

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



***“SUPERANDO UNA SENTENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL:  
UN ANÁLISIS SOBRE LA NECESIDAD DE RECONOCER EL DERECHO A LA  
IDENTIDAD DE GÉNERO”***

**Tesis presentada por**

**El bachiller en derecho José Carlos Vargas Soncco**

**Para obtener el Título Profesional de Abogado**

**AREQUIPA – PERÚ**

**2016**

~ 1 ~



A mis padres,  
José Vargas Villegas y Nilda Soncco Llanque,  
por ser y estar en mi tiempo

*“La libertad humana precede a la esencia del hombre y la hace posible, la esencia del hombre está en suspenso en su libertad”*

**Jean-Paul Sartre**



## AGRADECIMIENTOS

La presente investigación no hubiese sido posible sin la invaluable contribución de diversos actores a quienes, con justicia, pretendo citar:

A mis padres **José Vargas** y **Nilda Soncco** haciendo presente que estas líneas no son suficientes para expresar la enorme gratitud que siento hacia ellos, por cuanto su convicción y amor son invaluable para comenzar con fuerza y determinación mi vida profesional. Con ellos empiezo y a ellos dedico.

Expresar mi gratitud hacia mi **Tío Lucho**, por su presencia constante en el desarrollo de mi vida universitaria, además de su apoyo siempre incondicional. A él mi admiración y reconocimiento por su calidad humana.

Gracias a mi amigo **Jesús Zúñiga**; gestor, promotor y apoyo de éste proyecto desde el primer año de universidad, además de sus aportes y observaciones que contribuyeron a que este trabajo mejore. A él mi gratitud y reconocimiento por su inteligencia y calidad de persona.

Gracias a las personas que contribuyeron con este trabajo con unos minutos de su tiempo atendiendo consultas e inquietudes o incluso alentando a su desarrollo: Dalay Polar, Walter Manrique, Diego Sánchez, Julio Fernández, Luis Herrera, Katherine Villavicencio, Rogelio Scott, José Mario Azalde, Edward Pérez, Bruno Rodríguez, Ana Lucía Aguirre, Gabriela Pacheco, Marcela Giraldo, Alexandra Sandoval, Guadalupe Vargas y Gabriella Sarmiento

Gracias a mis amigos pasantes de la Corte IDH del periodo septiembre-diciembre 2015 de quienes pude aprender más que suficiente, en especial a Juan Cardona, Dolores Neira, Natalia Pedrozo, Stefania Rainaldi y Victoria Scarcella.

Un agradecimiento especial a mi alma mater la **Universidad Católica Santa María**, así como a su profesorado ya que gracias a ellos confirmé mi vocación: las leyes.



## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
ABSTRACT.....	14
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
MARCO TEÓRICO:.....	18
CAPITULO I.....	18
EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO COMO CONCEPTO INTRINSECO LIGADO A LA IDENTIDAD PERSONAL.....	18
1. Aproximándonos a una idea de Identidad de género.....	19
2. Persona y sus implicancias jurídicas.....	20
2.1. ¿Qué es ser persona y que implicancias contiene?.....	20
2.1.1. Persona en el campo filosófico.....	21
2.1.2. Persona en el plano Jurídico.....	22
2.1.3. Breve repaso del fundamento de los derechos de la persona.....	23
2. ¿Qué es la identidad?.....	25
3. ¿Qué se entiende por Derecho a la Identidad Personal?.....	27
3.1. Dimensiones del Derecho a la Identidad.....	31
3.2. Otros derechos vinculados a la identidad personal.....	32
3.3. Reconocimiento normativo del Derecho a la Identidad.....	34
3.4. El Derecho a la Identidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	36
4. La identidad sexual y su relación con la identidad de género.....	42
5. ¿Qué es Identidad Sexual?.....	44
5.1. Dimensiones biológicas y psicosocial de la identidad sexual.....	47
5.2. Aspectos biológicos sobre la identidad sexual.....	49
5.3. Dimensión psicosocial de la identidad sexual.....	53
6. Identidad de género como derecho.....	62
6.1. El Derecho a la Identidad de Género como Concepto Convencionalmente Protegido.....	66

6.2. Panorama latinoamericano sobre el reconocimiento a la identidad de género.....	72
6.3. El fallido proyecto de ley N° 1348/2011-CR.....	77
6.4. ¿Debe prevalecer la identidad de género sobre el sexo biológico?.....	79
CAPITULO II.....	84
EL CAMBIO DE SEXO REGISTRAL: un analisis contrastando la normativa internacional y los derechos que afecta la sentencia vinculante 139-2013-PA/TC.....	84
1. Palabras preliminares.....	85
2. La Categoría “trans” y su relevancia jurídica.....	85
2.1 La transexualidad en el orden jurídico.....	88
2.2 El Transgenerismo en el orden jurídico.....	92
2.3 Travestismo.....	93
3. Respuesta de la jurisprudencia peruana al transgenerismo.....	94
3.1. Caso Álvarez Rojas.....	95
3.2. Caso Karen Mañuca.....	97
4. Caso materia de análisis, el caso “Estela”.....	98
4.1 Decisión Del Tribunal Constitucional.....	101
5. Contraste de la Sentencia materia de análisis con el Derecho comparado.....	104
5.1. Suecia.....	108
5.2. Alemania.....	108
5.3. España.....	111
5.4. Reino Unido.....	113
5.5. Holanda.....	115
6. Respuesta de Tribunales Internacionales en Materia de Identidad de Género.....	116
6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	116
6.2. Sobre los elementos fijados por el TEDH para solicitar el cambio de sexo.....	131
6.3. Contraste de las sentencias “Goodwin” e “I” al caso peruano.....	133
6.4. Caso Y.Y vs Turquía.....	136
7. Corte Constitucional de Colombia.....	138
8. Principios de Yogyakarta.....	152

9	Declaración sobre los derechos orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas.....	154
10	¿Vulnera derechos la sentencia 139-2013/PA-TC? .....	156
10.1.	Sobre la afectación al Derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	158
10.2.	Sobre la afectación al Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica..	163
10.3.	Sobre la afectación al Derechos a la salud .....	167
10.4.	Sobre la afectación al Derecho a la Libertad.....	172
10.5.	Sobre la afectación al principio de no discriminación e igualdad .....	175
	CAPITULO III.....	192
	SUPERANDO LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL VINCULANTE, UNA RESPUESTA DESDE EL “CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD” .....	192
1.-	El Tribunal Constitucional y la jurisdicción constitucional.....	193
2.	La sentencia del Tribunal Constitucional: ¿es siempre es constitucional?.....	198
2.1.	Precedente Vinculante.....	203
2.2.	La Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional.....	204
2.3.	Diferencia entre el precedente vinculante y la doctrina constitucional vinculante ..	208
3.	El Control Difuso De Convencionalidad Como Solución A La Decisión Vinculante Del Tribunal Constitucional .....	209
3.1.	Conceptos preliminares: Control de Convencionalidad. ....	209
3.2	Importación del Control de Convencionalidad en sede nacional .....	212
3.3.	Control difuso de convencionalidad y su interacción con el derecho interno .....	216
3.4.	Aplicación de control difuso de convencionalidad sobre la STC 139-2013 .....	219
4.	Vía procesal idónea para la pretensión de “reconocimiento de identidad de género”: cambio de sexo registral <i>ex post</i> superación de la decisión vinculante.....	222
4.1.	¿Vía Contenciosa o no Contenciosa? Algunos antecedentes procesales.....	224
	Conclusiones .....	228
	Propuesta Normativa.....	231
5.-	Bibliografía .....	235

*“It is not the body alone which determines a person’s sex, it is also his soul”*

*Jurisprudencia suiza de hace 50 años<sup>1</sup>*

## **INTRODUCCIÓN**

El profesor americano RONALD DWORKIN expresó lo siguiente: “los derechos representan esa promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de estas serán respetadas”<sup>2</sup>. Dicho esto, a lo largo de la historia se han suscitado diversas luchas sociales que propugnaban el reconocimiento de derechos civiles y políticos en favor de determinadas minorías quienes se revelaban en contra de las minorías; pudiendo citar, la lucha histórica en contra de la segregación racial, así como la igualdad de género. Si bien es cierto, podemos colegir que tales hechos se encuentran parcialmente superados, es importante advertir que en ellas existían elementos comunes: luchas sociales que buscaban la materialización del principio-derecho a la igualdad, así como la proscripción de la discriminación y el reconocimiento de sus derechos.

En la actualidad, uno de los frentes que viene luchando por el reconocimiento de sus derechos, es la comunidad “trans”. Un grupo social que es víctima de constantes vulneraciones y agresiones en perjuicio de sus derechos fundamentales, en razón a la segregación histórica de la cual son objeto. Esta exclusión no solamente proviene de particulares, sino también, –como es el presente caso- del propio Estado. En ese aspecto,

---

<sup>1</sup> “Neuchâtel, 2.7.1945, *Schweizaerische Juristenseitung* 194. 23 = *Journal des Tribunaux* 1946.1.122”. WILL, Michael R. Legal Conditions of Sex Reassignment by Medical Intervention – Situation in Comparative Law. En: *Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of XXIIIrd Colloquy on European Law*, Vrije Universiteit Amsterdam (Netherlands) 14-16 April 1993. Consejo de Europa, Estrasburgo, Francia, 1995. Págs. 75-101.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, cuarta reimpresión, marzo 1999, pág. 303.

interesa a esta investigación estudiar el fenómeno de la “transgeneridad” así como los diversos dilemas jurídicos que plantea tal tema a la sociedad, como es –entre otros- “el cambio de sexo registral”.

En base a lo expuesto líneas arriba, el presente trabajo realizará una crítica respetuosa pero a la vez álgida, respecto de los argumentos jurídicos desarrollados por el Tribunal Constitucional en la sentencia “vinculante”: STC 139-2013-PA/TC; por la cual, dando respuesta al dilema jurídico del cambio de sexo registral, concluyó que una persona “trans”, no puede solicitar el cambio de su sexo en el registro civil *bajo ninguna circunstancia*, disponiendo que ningún juez nacional puede adoptar una interpretación en contrario.

El sentido resolutivo y sobre todo, el establecimiento de “doctrina constitucional vinculante” de tal sentencia, permite analizar ¿qué es la identidad de género? (entendido como el derecho que tiene toda persona a decidir su sexo/género en base a su comprensión personal) y la incidencia de ésta en la minoría sexual “trans”. En esa medida, la postura del presente trabajo de investigación pretende evidenciar que tal decisión vulnera derechos fundamentales por ser una práctica discriminatoria en perjuicio de toda una minoría creándose así una situación de desigualdad tanto de *jure* como de *facto*.

Es importante resaltar que dicha exclusión social promovida por el propio Tribunal Constitucional el cual –en teoría- debería defender a ultranza el ejercicio de los derechos fundamentales y más aún su reconocimiento. Dicho esto, cabe preguntarse ¿es infalible el Tribunal Constitucional? En respuesta a ello el juez JACKSON sostuvo alguna vez que los integrantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos (de corte análogo a los magistrados

del TC) “no tienen la última palabra porque sean infalibles, pero son infalibles porque tienen la última palabra”<sup>3</sup>. En base a ello, es cometido de la presente investigación detallar que no toda sentencia del TC se puede reputar como constitucional, en todo caso, al evidenciarse una brecha de “inconstitucionalidad” en una sentencia que constituye doctrina constitucional vinculante del TC, esta puede ser desacatada siempre y cuando se presenten argumentos de gran contundencia que se amparen en la mayor protección de la persona.

Habiendo hecho la apertura de los dilemas jurídicos que concurren a esta investigación, creemos que resulta oportuno dividir el presente trabajo en tres capítulos; el primer capítulo estará encaminado a estudiar el derecho fundamental a la identidad personal como fundamento y continente del derecho a la identidad sexual y consecuentemente la “identidad de género”. Asimismo, en tal capítulo estudiaremos las dimensiones de la sexualidad, comprendiendo que tal concepto no solo se agota con un componente biológico, sino también con un elemento psicológico donde se halla la identidad de género, para después hacer hincapié en que tal concepto, es autónomo. Por otro lado, haremos hincapié en el reconocimiento que viene mereciendo la identidad de género en gran parte de los países latinoamericanos, haciendo un contraste con la situación de Perú que en cuyo caso, es nula. Culminamos dicho capítulo, adscribiéndonos a una posición contraria a la del Tribunal Constitucional; dado que el postulado de este trabajo radica que cuando exista discrepancia entre el elemento biológico y psicológico de la sexualidad, debe primar este último y no el biológico como sostiene el TC, por cuanto solo así se garantiza una armonización personal.

---

<sup>3</sup> Voto concurrente del Juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953)

Con base en las ideas del primer capítulo, en el segundo capítulo someteremos a una "radiografía jurídica" la decisión del Tribunal Constitucional; para tal efecto, nos remitiremos a diversas opiniones internacionales, legislación comparada, así como la jurisprudencia especializada por parte del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante "Tribunal" o "TEDH"); para después identificar algunos derechos fundamentales que se vulneran en razón a la sentencia del Tribunal Constitucional a partir de la vulneración al principio de no discriminación e igualdad, cobrando especial relevancia desarrollar los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ello nos permitirá afirmar que dicha sentencia no propicia el reconocimiento de derechos sino más bien la restricción de estos.

Por último y como colofón de esta investigación partiendo de las conclusiones de los capítulos que preceden, cuestionaremos la "vinculatoriedad" de la sentencia del Tribunal Constitucional, proponiendo que el juez ordinario pueda apartarse de ella en aras de brindar una mayor protección constitucional sea a través de una interpretación *pro homine* o en su defecto usando el llamado control difuso de convencionalidad.

## RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

A lo largo de la historia, el cambio de sexo registral ha suscitado una gran polémica jurídica, esto en razón a que dicho procedimiento trastoca concepciones sociales como el de la familia, sexualidad, matrimonio entre otros. Los operadores jurídicos no han sido ajenos a este debate por lo que deben asumir una posición sea “a favor” o “en contra”. Respecto a ello, la sentencia vinculante 139-2013-PA/TC representa -a nivel nacional- el pronunciamiento más importante que se exprese en contra del cambio de sexo registral; y por otro lado, el presente trabajo de investigación pretende defender una postura a favor.

La disidencia antes señalada, reside en que, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional desconoce el derecho a la identidad de género en base al cual puede solicitarse el cambio de sexo, a pesar de que éste encuentra pleno reconocimiento en el derecho comparado, doctrina internacional además de pronunciamientos de organismos internacionales en materia de derechos humanos. En tal medida, a lo largo de los capítulos que conforman esta investigación, se estudiará el complejo fenómeno de la “transgeneridad” y su trascendencia jurídica, además de las repuestas jurídicas ante la disociación entre el sexo biológico y el sexo psicólogo. Asimismo, se detallará las razones jurídicas que permiten asumir que la decisión vinculante del Tribunal Constitucional vulnera derechos fundamentales creando un contexto de segregación social.

En último punto se planteará dos soluciones procesales que permitirán desacatar el pronunciamiento vinculante al ser éste último lesivo a los principios convencionales y constitucionales.

## ABSTRACT

Throughout history, sex change raises serious legal controversy, this due to the "sex change" subverts social concepts such as the family and sexuality. At this point, legal operators have not been outside this discussion although they must take a position "in favor or against". In this respect, the sentence 139-2013-PA/TC is against and this research (in favor).

This research dissents of the legal position taken by the Constitutional Court because it ignores the "right to gender identity", which allows the process of sex change. To that point, throughout the chapters of this research, the complex phenomenon of "transgendered" and its legal significance will be studied, besides to the legal responses to the dissociation between biological sex and sex psychologist; additionally, the legal treatment that has received a sex change in international context, in addition to the pronouncements of international courts on gender identity will be studied. Likewise, the legal grounds that allow assume that the binding decision of the Constitutional Court violates fundamental rights created a context of social segregation are also detailed.

Ultimately, we will develop two procedural solutions that would allow flout the binding statement because it is detrimental to conventional and constitutional principles

## RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación está dividido en tres segmentos argumentativos; el primer capítulo pretende analizar los alcances del derecho a la identidad personal, desde su génesis (la persona) hasta una de sus aristas: la identidad de género. En tal medida, concluimos que la identidad de género es un “derecho” que salta a relucir como posible respuesta jurídica cuando se suscite un conflicto interno entre el sexo biológico y el sexo psicológico en las personas “trans”, permitiendo que prevalezca el sexo psicólogo, en razón a que el sexo/género no es una fatalidad biológica sino que debe atenderse también la autodeterminación personal, motivada por la dignidad humana.

El postulado de tal derecho se avala en los pronunciamientos en su favor que emite la comunidad internacional y que son refrendados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese norte de ideas, podemos aseverar que la identidad de género viene siendo un concepto que estuvo y está en la agenda legislativa de diversos países, los cuales determinaron sancionar leyes sobre protección a la identidad de género” La investigación concluye que ésta avanzada en el reconocimiento de derechos, es ajena a nuestra nación e incluso se vienen promoviendo proyectos que buscan perpetrar la segregación social.

Habiendo observado que no existe marco normativo sobre la “identidad de género”; en el segundo capítulo se estudia el tratamiento jurisprudencial que ha merecido tal concepto por parte del Tribunal Constitucional tomando como base la sentencia vinculante STC 139-2013.PA/TC.

En tal sentido se realizó una “radiografía jurídica” de los argumentos expresados sometiénola al rigor de la jurisprudencia internacional, así como de la doctrina académica. Se observó que las razones jurídicas citadas en la sentencia nacional se equiparan a argumentos vertidos en los años de 1960 (V. gr. *Caso Corbett*); o incluso contraviniendo pronunciamientos de marcada importancia constitucional (V. gr. Corte IDH: *Caso Atala Riffo Vs Chile*, TEDH: *Caso Goodwin vs Inglaterra*), además, se advierte que la sentencia no sigue la línea progresiva que ha venido teniendo sus homólogos internacionales, quienes al enfrentar casos análogos, resolvieron en forma totalmente opuesta (V. gr. Corte Constitucional de Colombia). Este tipo de supuestos nos permite apreciar que el Tribunal Constitucional resolvió el caso sin tomar en cuenta los marcados avances internacionales en materia de identidad de género y en contrario estableció una “*regresión vinculante*” al prohibir el cambio de sexo. Esta decisión genera una “brecha social” que imposibilita la inclusión social de una minoría sexual la minoría “trans” al no permitirse el cambio de sexo como opción de vida, además de la afectación de derechos fundamentales como la libertad, salud, reconocimiento de personalidad jurídica y libre desarrollo de la personalidad en razón a un móvil discriminatorio.

El último resultado de esta investigación nos confronta con la autoridad jurisprudencial que tienen las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional. En tal caso, cabe preguntarse: ¿Se puede desacatar la doctrina constitucional vinculante? La respuesta es afirmativa y ello deriva de dos puntos: i) las obligaciones internacionales que tiene el Perú respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos a través del control difuso de convencionalidad; y, ii) los argumentos del mismo Tribunal Constitucional, en el caso Exp.

4853-2004-PA/TC, el cual determina que la “doctrina constitucional vinculante” puede ser desacatada por los demás jueces del poder judicial en aras de brindar una mayor protección constitucional.

Respecto del primer punto, se observó que el Tribunal Constitucional considera que la jurisprudencia proferida por la Corte IDH se encuentra asimilada de pleno derecho al ordenamiento jurídico peruano siendo vinculante –incluso- en su *ratio decidendi*, por otro lado, la Corte IDH ha venido desarrollando la técnica del control de convencionalidad la cual busca hacer prevalecer los principios de la Convención Americana además de su jurisprudencia. En tal aspecto, observamos que las sentencias *Karen Atala Riffo Vs. Chile* además de *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (Fecundación in vitro)* validan la protección de la identidad de género y compelen a los Estados a proscribir la discriminación en razón de ella. En esa medida, se concluye que los jueces constitucionales pueden usar el canon interpretativo de tales sentencias y realizar un “control difuso de convencionalidad” sobre la sentencia 139-2013-PA/TC evitando así, sanciones internacionales y haciendo prevalecer los derechos humanos. Por otro lado, de la investigación resultó que el precedente vinculante, difiere de la doctrina constitucional vinculante, ya que la primera reviste de mayor fuerza normativa, y según la jurisprudencia del TC, esta no puede ser complementada o integrada como si lo es “la doctrina constitucional” en ese línea argumentativa, la sentencia 139-2013-PA/TC no tiene un fuerte grado de vinculatoriedad por lo que los jueces constitucionales pueden fallar en contrario al analizar casos sobre cambio de sexo registral.

**MARCO TEÓRICO:**



## 1. Aproximándonos a una idea de Identidad de género

El nobel de la literatura, Gabriel García Márquez, cito alguna vez que: “Los seres humanos no nacen para siempre el día que sus madres los alumbran: la vida los obliga a parirse a sí mismos una y otra vez, a modelarse, a transformarse, a interrogarse (a veces sin respuesta) a preguntarse para qué [...] han llegado a la tierra y qué deben hacer en ella”.

Con gran atino, el autor se cuestionó a sí mismo, sobre el complejo asunto de la identidad humana, concluyendo que no es algo incólume, libre de cuestionamiento, dado que la persona es un sujeto proyectivo que hace su vida a cada instante, “[por lo que] [e]n definitiva, el ser humano es libertad que se proyecta<sup>4</sup>”.

Con este breve preámbulo, abrimos el primer capítulo de esta investigación, el cual busca analizar el complejo fenómeno de la identidad personal, desde su origen sobre ¿qué es la persona humana? para después extenderse hacia uno de sus elementos, la identidad de género. Iniciaremos entonces detallando -brevemente- que entendemos por “persona” y su relación de causalidad con el derecho a la identidad, comprendiendo que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien se es, “es [decir] un derecho a [crear su] propia biografía”<sup>5</sup>, *a posteriori* analizaremos el eje versal de ésta investigación que es la identidad de género.

En esa medida, al analizar la identidad de género, estudiaremos la injerencia del sexo/género como elemento clasificador o diferenciador de la persona, admitiendo la tesis de que cada

---

<sup>4</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1994) “*El derecho como libertad*”. 2da edición. Lima: Universidad de Lima., p. 73; y, “*Derecho y persona*” 1998. Lima: Grijley 3ra edición.p. 99. En este caso Fernández Sessarego distingue entre libertad “ontológica” (libertad como calidad del “ser”) y libertad “fenoménica” (como posibilidad de “hacer”)

<sup>5</sup> FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. (2000) “*Información genética y derecho a la identidad personal*”. En: Bioética y Genética. BERGELCANTÚ Coordinadores. Bs As, Ciudad Argentina. Citado por SIVERINO BAVIO, Paula, en “*El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina*” Publicado en: *Ius Et Veritas* Vol. 20 Nro. 41 Lima Pag. 51

persona es capaz autodeterminar su sexo/género atendiendo un proceso de construcción personal “interno” que emana del individuo mismo, así como de su dignidad<sup>6</sup>.

Por tal motivo, estudiaremos las razones jurídicas y meta jurídicas que permitan colegir que el concepto de identidad de género si forma parte del plexo de categorías jurídicas que conforma la identidad personal, y por tanto merece el reconocimiento jurídico y jurisprudencial.

Concluimos este ligero preámbulo con la siguiente frase:

*“el Derecho no está llamado a definir la realidad, más bien debe proteger las realidades que poseen ya una entidad propia y que encarnan a la persona humana, por ello en aras de cumplir esa función debe lograr al conocimiento de las realidades a las que se enfrenta<sup>7</sup>”.*

## **2. Persona y sus implicancias jurídicas**

### **2.1.¿Qué es ser persona y que implicancias contiene?**

El concepto de persona humana no es un concepto aislado, habida cuenta que su estudio no es ajeno al interés e indagación de distintas disciplinas del saber; tales como el campo filosófico, jurídico, sociológico o antropológico. Por tanto, el desarrollo de dicho concepto no es un problema netamente jurídico, motivo por el cual nos avocaremos a analizar – sucintamente- ¿Qué entendemos por persona?

---

<sup>6</sup> Siendo el primer punto donde se hace alusión a la dignidad, podemos contribuir con los siguientes conceptos esbozados por célebres autores, en esa línea Kant entendió que *“hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio”* (véase: KANT, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, traducción de Manuel García Morente. Edición digital basada en la 6ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres--0/>) por otro lado Ekmekdjian expresó que: la dignidad es *“el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano con todos los atributos de su humanidad”* (Véase: EKMEKDEJIAN, Miguel Ángel, “El valor de la dignidad y la Teoría del Orden Jerárquico de los Derechos Individuales” en BIDART CAMPOS, Germán J. (Coord.) “Los valores en la Constitución Argentina”. Ediar. Buenos Aires, 1999.)

<sup>7</sup> GATICA MIÑO, María del Carmen, (2008) *“Posibilidad Jurídica del reconocimiento de la identidad sexual como atributo de la personalidad”* UNAM Tesis de Grado. Introducción

### 2.1.1. Persona en el campo filosófico

Desde el campo filosófico destaca lo manifestado por Severino Boecio al referir que persona es una substancia individual de naturaleza racional (*rationalis naturae individua substantia*), por otro lado, Fernández Sessarego, parafraseando a dicho filósofo, explicó que el ser humano es una substancia indivisa, concluyendo así, que es una unidad psicósomática. Es decir, es la conjunción del cuerpo -en sentido estricto- y la psique<sup>8</sup>. Seguidamente, se puede afirmar que el ser humano no se reduce a ser tan sólo una unidad psicósomática, en efecto, se hace evidente que dicha unidad psicósomática se halla en función de **la libertad**, que es el “ser mismo” del hombre.<sup>9</sup> Dichas afirmaciones, nos permiten colegir que la persona se desarrolla con propia libertad de decisión, creando así su propia existencia “haciendo posible que la persona solo sea idéntica a sí misma.”

Ser “persona” conlleva también “ser libre”, -esto desde un aspecto netamente filosófico- como bien afirmaba Sartre: “la libertad se puede considerar el fundamento del ser”, *ergo*, el ser humano está condenado a ser libre.<sup>10</sup>

En ese orden de ideas, la libertad genera que la persona sea un ser dinámico y no acabado, por tanto la filosofía de la existencia establece que no es posible agotar la comprensión del ser humano en general, habida cuenta que la persona es un ser imprevisible capaz de realizar grandes hazañas o actitudes, ello conlleva afirmar que la compleja estructura existencial hace

---

<sup>8</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1997) En “Daño a la identidad personal”, publicado en la revista Themis Nro. 36 año. Pág. 246

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> BELLO, Eduardo. *De Sartre a Merleau-Ponty: Dialectica de la libertad y el sentido*. Ed. Editum. España. Pag. 158

que el hombre sea más de lo que sabe sobre él<sup>11</sup> por lo que según dicha filosofía de existencia el hombre o persona ni podría lograr disipar en definitiva el misterio que el hombre representa para sí mismo.

Las citadas conclusiones, revisten de gran importancia para la presente investigación, tomando en cuenta que el concepto de identidad de género, es pues, una construcción cultural que el ser humano ha creado por medio de su libertad incognoscible e indemostrable, entonces, existen ciertas “áreas” como el género, que evolucionan conforme a la comprensión de uno mismo.

### 2.1.2. Persona en el plano Jurídico

Vale mencionar que la persona, contrariamente a lo que acontecía en siglos anteriores donde la protección de la propiedad era la principal preocupación del derecho, es actualmente considerada como el eje y el centro del Derecho. Esta realidad se ha abierto paso penosamente en el tiempo dentro de la disciplina jurídica<sup>12</sup>. El maestro José León Barandiarán resaltando dicha importancia al citar que “la calificación del ente humano sub *specie juris* es tema fundamental de la ciencia jurídica. Y que, por ello, es necesario recapacitar en él, e ir considerando y reconsiderando los complejos asuntos que se ofrecen dentro de la unidad del tema”<sup>13</sup>. En ese aspecto, el profesor Juan Espinoza cita que “persona

---

<sup>11</sup> JASPERS, Karl, (1968) “*La fé filosófica*” Buenos Aires: Ed. Losada Pág. 49 Citado por: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El ‘proyecto de vida’, ¿merece protección jurídica?” Revisado en: 25 de Septiembre de 2015 Disponible en: [http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm#\\_ftnref2](http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm#_ftnref2)

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?*. Publicado en: [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_13.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF) o “Derecho PUCP”, N° 53, Universidad Católica, 2002. Revisado en fecha: 26 de septiembre de 2015

<sup>13</sup> Cfr. LEÓN BARANDIARÁN, José, en el Prólogo a la primera edición del libro “La noción jurídica de persona” escrito por Carlos Fernández Sessarego, publicado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima en el año de 1962, pág. 11. Extraído de:

es adscribible solo al ser humano, est[o] es titular de un plexo de derechos y deberes, los cuales tienen como fundamento su plena realización existencial.”<sup>14</sup> Concluyéndose así, que la persona humana no es más que el centro de derecho o como afirmaba Ennecerus, “la persona constituye la condición previa de todos los derechos”.<sup>15</sup>

Para culminar el aspecto jurídico y atendiendo a la interrogante de ¿qué es ser persona? Podemos indicar que “persona” es el sujeto de derecho, el ente al cual el ordenamiento jurídico positivo de cada país le atribuye “situaciones jurídicas subjetivas”, vale decir, un plexo de derechos subjetivos y de deberes. En palabras de Sessarego es el “Sujeto de derecho es así, una categoría jurídica formal, un puro concepto, un centro de referencias normativas. Saber sobre cuál sea su contenido es materia de otras interrogantes y de sus respectivas respuestas.”<sup>16</sup>

### 2.1.3. Breve repaso del fundamento de los derechos de la persona

El padre del historicismo jurídico, Norberto Bobbio, explicaba que al existir grandes diferencias e incompatibilidades entre la vasta gama de derechos de la persona no podemos centrarnos en un solo fundamento que les de base sino en una pluralidad de los mismo. Es como decir que cada derecho de la persona tiene su propio fundamento.<sup>17</sup> En forma disidente, Sessarego afirma que “los derechos de las personas se sustentan en la libertad ontológica del

---

[http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_13.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF). Revisado en fecha: 26 de septiembre de 2015

<sup>14</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de Personas*, Gaceta Jurídica 4ta Ed. Perú. Pág. 153

<sup>15</sup> ENNECERUS, Ludwig, en *Derecho Civil, Parte General*, vol. I, Barcelona, 1934, pág. 325 Citado en: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?* “Derecho PUC”, N° 53, Universidad Católica, 2002. Pág. 2

<sup>16</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?*

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. (1982) *“El problema de la Guerra y las vías de la Paz”*. Barcelona: Gedisa, 1 pág. 130

ser humano, la misma que hace viable una valoración que se funda en una ideología estimativa que se ha dado a llamar humanista o personalismo jurídico”

El exégeta León Barandiarán, compartiendo dicho criterio afirma que “el humanismo permite reconocer en cada hombre la dignidad de tal, por tanto, es esta última reside el fundamento de los derechos de la persona.”<sup>18</sup> En efecto, consideramos que el fundamento de cualquier derecho, se remite a la dignidad humana, y conforme a la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo. Ello en merito a que existe una interacción entre el papel que juega el Estado al momento de establecer como fin último la defensa de la dignidad humana y el desarrollo de la persona gozando de la cautela de sus derechos fundamentales por parte del Estado.

En similar sentido el Tribunal Constitucional ha recogido como vector el principio de dignidad al manifestar que:

*El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada.*<sup>19</sup>

El elenco de derechos a los que hace alusión el Tribunal Constitucional se puede entender como derechos fundamentales o los derechos de la persona, sin embargo, por no estar dentro del alcance de la presente investigación el cumulo de los derechos fundamentales, hemos de enfocarnos únicamente en lo que atañe al Derecho a la Identidad, estudio al cual nos inmergimos en las líneas que siguen.

---

<sup>18</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. cit.* Pág. 162

<sup>19</sup> Véase: Exp. Nro. 2016-2004-AA/TC (Caso Correa Condori) Fundamento Jurídico 18.

## 2. ¿Qué es la identidad?

El concepto de identidad es un concepto amplio, para la Real Academia Española, al definir que “identidad es el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, o también conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a los demás”<sup>20</sup> también se puede afirmar que la identidad describe los caracteres de personalidad del individuo lo cual conlleva características interpersonales e intrapersonales, siendo especialmente relevante para la presente investigación que la identidad también conlleva aspectos ideológicos aparejados con la interacción en sociedad.

Laing, citado por Chamané Orbe, manifiesta que: “identidad es el sentido que un individuo da a sus actos percepciones, motivos e intenciones. Siendo aquello por lo cual se es identificado.”<sup>21</sup> Complementando dicho concepto podemos decir que la identidad es un fenómeno subjetivo que está a cargo de una construcción personal, la cual se erige básicamente, gracias a la interacción con la sociedad y desenvolvimiento de la persona.

La persona misma cobra un rol protagónico en la elaboración de su identidad, motivo por el cual podemos mencionar que la identidad siempre está un proceso constructivo, no es estática ni coherente, ello en merito a que “cada persona reacciona de manera creativa al resolver su vida, y al resolverse, elabora los contenidos asignados a partir de su experiencia, sus anhelos y sus deseos sobre sí misma”<sup>22</sup>. Por otro lado, Carlos Pereda, cita que la identidad es “un

---

<sup>20</sup> Véase: Pagina Web de la Real Academia: Enlace <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=identidad> Consultado en:30 de septiembre de 2015

<sup>21</sup> CHAMANE ORBE, Raúl (2010) “*Diccionario de Derecho Constitucional*” Arequipa: Ed. Adrus 7ma. Ed. Pág. 303

<sup>22</sup> LAGARDE, Marcela, (2000) “*Claves feministas para la mejora de la autoestima*”, Revista: Horas y Horas Madrid, Pág. 61.

*proceso mediante el cual la persona va elaborando a lo largo de su historia, una caracterización de sí misma que no deja de reconsiderar mientras vive”<sup>23</sup>.*

El individuo está destinado a ser libre y valorativo **y el producto que se sigue de su libertad es su identidad** (la negrita es nuestra) ya que expresa su devenir personal<sup>24</sup>.

Complementando tal idea, Siverino Bavio detalla que “[e]s esta capacidad de la persona de autoconstruirse [en libertad] la [que] define como ser verdaderamente humano, el basamento de su dignidad, valor fundante de todos sus derechos”<sup>25</sup> Podemos concluir mencionando aquello que Fernández Sessarego afirmó al decir: “la identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir “yo” al referirse a “un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales”, la que se va forjando en el tiempo” Por tanto, a fin de garantizar una vida no solo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material, es necesario que la identidad sea un atributo protegido por el Derecho, razón por la cual el Derecho a la identidad personal no solo se erige como un concepto propio del derecho de personas, sino también como un derecho fundamental con pleno reconocimiento constitucional e incluso como Derecho Humano, conforme detallaremos en líneas posteriores.

Culminamos este punto citando la apreciación que tiene el maestro Bidart Campos sobre el derecho a la identidad, al expresar que:

---

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ, Silvia. “La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía”. Suplemento “La Ley” Directora: Graciela Medina. Argentina-Mayo 2012. Pág 15

<sup>24</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina.” En Ius Et Veritas Vol. 20 Nro. 41 Pag. 51

<sup>25</sup> Idem.

*“[E]s elocuente esta asociación entre dignidad e identidad para que [el] bienestar no configure una teorización abstracta sino que se dirija bien concretamente a su particularización en cada ser humano en cada circunstancia en que él se encuentre, conforme a lo que su dignidad y su identidad requiere para ese caso en las circunstancias propias”<sup>26</sup>*

### 3. ¿Qué se entiende por Derecho a la Identidad Personal?

La identidad personal es parte integrante del plexo de derechos de la persona y se erige como derecho fundamental, y es que, si bien es cierto todos los seres humanos somos iguales, dicha locución no es más que una afirmación insuficiente, ya que existe “diversidad”. Es ésta característica, la que permite la singularización del ser humano.

Los magistrados Eto Cruz y Mesia Ramirez, expresaron en su voto disidente del caso en análisis que “la libertad como sustento existencial permite que cada persona, en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una identidad propia que la conlleve a concretizar su proyecto individual de vida, convirtiéndola, por tanto, en diferente a las demás personas<sup>27</sup>.”

Podemos señalar también que “la identidad personal entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real<sup>28</sup>.”

---

<sup>26</sup> BIDART CAMPOS, Germán. (1998) “Por un derecho al bienestar de la persona”; IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética, Bs As 4-6 de noviembre de 1998; Mar del Plata; Suárez ;, p.3

<sup>27</sup> Vease Exp. Nro. 139-2013 PA/TC. Voto disidente de los Magistrados Eto Cruz y Mesia Ramírez. F.J. 7

<sup>28</sup> HOOFT, Pedro Federico. “*Transexualidad. ‘Cambio de sexo y nombre legal’ o ‘reconocimiento de sexo y nombre real.* Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego. Lima, Motivensa Editora Jurídica S.A., p. 228

Así también, el profesor Espinoza Espinoza, afirma que la identidad personal “no es más que una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), así como la proyección social (identidad dinámica)<sup>29</sup>”. De tales afirmaciones, diferenciamos que la identidad personal está compuesta por dos dimensiones, cuya conjunción determina su naturaleza jurídica. Es pertinente mencionar, que dicho concepto que combina la vertiente dinámica y estática, es novísimo, ya que en palabras de Fernández Sessarego, antes se aludía únicamente, a la dimensión estática, como atributo de la identidad personal.<sup>30</sup>

Asimismo, también podemos detallar que la identidad personal es un derecho de significación amplia que engloba otras clases de identidad. Adelantando brevemente los matices a desarrollar, es postulado de la presente investigación que dentro de la identidad personal se encuentra la identidad de género, concepto que deriva de la vertiente dinámica de la identidad es decir una situación jurídica subjetiva, en cuanto es una manifestación de la personalidad como una totalidad.

Prosiguiendo con la idea anterior, Fernández Sessarego afirmó que “identidad es el conjunto de datos biológicos, de atributos y características que, dentro de la igualdad de género humano, permitiría distinguir a una persona de todas las demás, es decir ‘ser el que soy y no

---

<sup>29</sup> Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004). “*Derecho de Personas*”, Perú: Gaceta Jurídica 4ta Ed. Pág. 253

<sup>30</sup> Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XX. Publicado, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, n° 24, dic. 2003. Fecha: 10 de octubre de 2015 disponible en: <http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/08/0000890.pdf>

otro’ ”.<sup>31</sup> Ergo el ser humano, es único e irrepetible, por tanto, es su identidad aquella condición particularmente especial que lo hace ser “uno” en concreto.

A este ejercicio se le puede denominar individualización, siendo plausible mencionar que nuestro Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

*"[el Derecho a la Identidad] se entiende como aquel que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)"*<sup>32</sup>

De aquello podemos mencionar que el Tribunal Constitucional, no únicamente reconoce como parte integrante de la identidad, elementos de percepción unidimensional sustentados en elementos objetivos o formales de la persona. “Sino también, aquellos que involucran una multiplicidad de supuestos que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, [que] en muchos casos, [son] más relevantes que los primeros.”<sup>33</sup>

Un punto álgido en este desarrollo lo propone la autora chilena Gómez de la Torre quien se pregunta “¿Qué se entiende por derecho a la identidad? -a lo que responde- “No hay definición dogmática ni en la ley, ni en la convención de los derechos del niño. Esta última bien establece sus características, no da un concepto –agregando- que pertenece a la gama de derechos humanos de tercera generación. “Entendiendo por él, a aquel derecho personalísimo

---

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1997) En “Daño a la identidad persona” publicado en Themis Nro. 36 Pág. 248

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano: STC 2273-2005- PHC/TC, Fundamento Jurídico: 21 (Caso Karen Mañuca)

<sup>33</sup> Ibidem. Fundamento Jurídico: 22

del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad.”<sup>34</sup>

En opinión de Figueroa “[en] el derecho a la identidad se han distinguido dos facetas: el derecho de toda persona a conocer su propia identidad personal y a que nadie se inmiscuya indebidamente para alterar su identidad personal, o para discriminarla, o para desmerecerla en razón de esa misma identidad personal”<sup>35</sup>

En atención a ello podemos encontrar que la identidad conlleva diversos aspectos, lo cuales deben ser objeto de protección jurídica a fin de que el ser humano puede concretar su derecho al libre desarrollo personal<sup>36</sup>. Asimismo es importante anotar que “la doctrina desmiembra el derecho a la identificación y el derecho a la documentación, como integrantes del concepto de identidad en su faz estática; la identificación aparece plasmada en los datos registrales y se diferencia de la identidad dinámica, mutable con la vida de cada persona.”<sup>37</sup> Todo esto

---

<sup>34</sup> GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. (2007) “*El sistema filiativo chileno.*” Santiago: Editorial Jurídica de Chile, , p. 47; RAMOS, René, (2005) “*Derecho de Familia.*” Quinta edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo II p. 49, Citado en: PALAVECINO Adriana. “*Justicia, Género y Sexualidad*”. Editorial Red Alas y Centro. 1ra. Ed. 2012-Chile. Pág 95

<sup>35</sup> FIGUEROA, Gonzalo. (2007) “*Derecho Civil de la Persona: Del Genoma al Nacimiento.*” Santiago: Editorial Jurídica de Chile, , pp. 260 y ss. Citado en: Idem.

<sup>36</sup> No está demás mencionar que previo al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad personal, encuentra su génesis jurídica por medio de la jurisprudencia italiana, siendo que la Corte de Casación Italiana el 22 de Junio de 1985 emite un fallo con la finalidad de proteger un derecho que ha dicha fecha no encontraba regulación (Derecho a la Identidad), bajo el argumento que es necesario proteger que cada persona no vea alterada su proyección social de su personalidad, su perfil social, por formar parte integrante de su identidad dinámica.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ SILVIA, “*La realización del proyecto de vida autoreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización*” Suplemento Especial de “La Ley” Argentina Mayo 2012. Directora Graciela Medida. Pág. 15 En ese mismo texto se citó que: “Matilde Zavala de González detalla como involucrados con el derecho a la identidad personal: a. el derecho a una identificación, b. el derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, c. derecho a una sana y libre formación de la identidad personal, d. derecho a transformar la identidad personal, e. derecho al respeto de las diferencias personales, f. derecho a la propia verdad personal. g. derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena, h. derecho a actuar según las personales convicciones, i. derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones”

nos permite comprender que la identidad se puede materializar en dos campos, el derecho a ser y el derecho a que “legalmente” te reconozcan como eres a través de la documentación.

### 3.1. Dimensiones del Derecho a la Identidad

Hemos afirmado que el derecho a la identidad ha superado la antigua postura “monista” que contemplaba únicamente a la dimensión estática. Ello en merito a que actualmente el concepto de identidad también comprende las manifestaciones de la personalidad. Bajo esa perspectiva comprendemos que la *dimensión estática* es aquella que “se hace visible a la percepción de los demás en el mundo exterior, denotando las siguientes características: signos distintivos, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que distinguen a una persona”<sup>38</sup>.

Así también, respecto de la identidad dinámica parafraseamos al doctor Fernández Sessarego cuando afirma que, “es aquella que se configura por el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Y es consecuencia [es] la suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explaya en el mundo de la subjetividad”<sup>39</sup>. Concluyendo así, que estas dimensiones orientadas hacia el exterior, son un bagaje de características que definen lo que él denominó como “**verdad personal**”.

La “verdad personal” se presenta como un interés existencial digno de tutela. Esto posibilitará que la persona sea representada tal y como es, sin alteraciones, distorsiones desnaturalizaciones, *contrariu sensu* se presentaría una disminución en su “verdad personal” lo cual no permitía se plasme la libertad del ser, afectándose así, la necesidad legítima de que

---

<sup>38</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1990) “*El Derecho de las Personas y Nuevas Perspectivas*”. Lima: Universidad de Lima 1ed. pág. 174

<sup>39</sup> Ibidem.

las personas vivan dignamente conforme a su entendimiento personal. En ese orden de ideas, “existe un deber de los “otros” de respetar la “historia” que el ser proyecta.”<sup>40</sup>

Recordando lo antes citado, *la identidad es lo que hace a uno y no otro*, si esto es así, para identificar a cualquier persona, en primer momento se ponen en evidencia sus caracteres somáticos o físicos, como pueden ser sus facciones, estatura o sexo. Sin embargo, dicho examen es insuficiente para determinar su identidad, ya que hace falta conocer el plano dinámico, y es que, para conocer a tal persona, también hace falta conocer sus creencias personales, y toda aquella característica que ha venido desarrollando en su vida como consecuencia del ejercicio de su libertad. Que conforme veremos más adelante (*ut infra Cap. I: 4 y 5*) conlleva también la identidad de género

En conclusión, la identidad de una persona se constituye por la unitaria conjunción de los elementos estáticos y aquellos sustentados en la libertad que son los dinámicos<sup>41</sup>, que merecen tutela jurídica, en la medida que permiten la realización personal de cada persona en sociedad.

### **3.2. Otros derechos vinculados a la identidad personal**

Hemos manifestado que el Derecho a la Identidad es un Derecho complejo, o un Derecho macro que conlleva dentro de sí, un cumulo de derechos accesorios, atendiendo tal postura, el profesor Rubio Correa, manifiesta que el catálogo de derechos conexos comprende a los siguientes:

- Los derechos a la integridad y libre desarrollo contenidos en el mismo inciso 1 del artículo 2 de la Constitución

---

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El *daño a la identidad personal*”, Ob. cit. Pág. 248

- La libertad de conciencia y religión establecida en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución
- Las libertades de opinión y difusión del pensamiento establecidas en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución
- Los derechos al honor y la buena reputación a la intimidad a la voz y la imagen reconocidos en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución
- La libertad de creación establecida con detalles adicionales en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución
- El derecho de participación en la vida de la Nación contenido en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución
- El derecho a mantener reserva sobre sus convicciones contenido en el inciso 18 del artículo 2 de la Constitución
- El derecho a la identidad étnica y cultural reconocido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución
- El derecho a la nacionalidad propia reconocido en el inciso 21 del artículo 2 de la Constitución
- El derecho a la libertad considerado en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución
- El derecho a la protección de la salud establecido en el artículo 7 de la Constitución
- El derecho a educarse que aun cuando no este expresamente señalado en el texto consta técnicamente de los artículos 13 y siguientes de la Constitución

- El derecho al trabajo en tanto medio de realización de la persona contenido en el artículo 22 de la Constitución Incluye la libertad de trabajo considerada en el artículo 2 inciso 15 de la misma Carta
- El derecho de ciudadanía establecido en el artículo 30 de la Constitución
- El derecho al nombre contenido en el artículo 19 del Código Civil<sup>42</sup>

De tal catálogo de derechos, propuesto por el maestro Rubio Correa, podemos inferir que en efecto, el Derecho a la identidad engloba un considerable número de ellos. Creemos que tal situación es consecuencia de la intrínseca relación que tiene el Derecho a la identidad y el proyecto de vida de una persona.

Conforme hemos venido detallando, el ser humano en su libertad busca concretar un proyecto de vida el cual es único e irrepetible, dicha proyección da pábulo a “la personalidad del ser” la cual está relacionada con características psicológicas, culturales psicológicas, **de género y sexuales**. Por tanto, como la identidad le otorga a cada ser humano su propia verdad, es factible que uno afirme “soy yo” y que dicha conjetura sea protegida por el Estado y Derecho a través de su máxima contenida en el artículo 1 de la constitución: “La defensa de la persona humana y su dignidad es el fin último del Estado”.

### 3.3. Reconocimiento normativo del Derecho a la Identidad

Hemos venido aludiendo que el derecho a la identidad conforma parte integrante del plexo de “Derechos de la Persona” sin embargo, dicho derecho no está expresamente regulado en el Código Civil de 1984. Dicha ausencia, no es acorde al anteproyecto elaborado por el

---

<sup>42</sup> RUBIO CORREO, MARCIAL. (1999) “*Estudio de la Constitución Política de 1993 Tomo I*”, Lima, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ed. Pág. 127 y 128

maestro Fernández Sessarego (autor del libro de derecho personas) quién sí incluyó el derecho a la identidad dentro de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 5 del Código Civil actual, sin embargo, fue retirado del proyecto preliminar en merito a que gran parte de los códigos civiles vigentes a dicha fecha no contaba con el novísimo derecho fundamental.<sup>43</sup>

Sin perjuicio de lo antes citado, el derecho a la identidad si se encuentra reconocido en nuestra carta magna, específicamente en el artículo 2.1 lo cual le irroga la categoría de derecho fundamental, habilitándose la protección del mismo a través de las acciones de garantía constitucional (Proceso de Amparo) además de ello, el mentado derecho también sería parte de la cláusula abierta contenida en el artículo 3 de la constitución. Por otro lado, merece especial mención que la Ley 27337 (Código del Niño y Adolescente) prescribe en su artículo 6 que “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad” esta norma es de especial relevancia, ya que el derecho a la identidad debe ser cautelado desde el inicio de la vida personal.

En el marco de protección supranacional, el derecho a la identidad no encuentra reconocimiento normativo la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, en dicho tratado si se encuentra el llamado “derecho al nombre” el cual representa una parte de este complejo Derecho como también lo representa el derecho a la nacionalidad, abordando esta idea en el siguiente punto

---

<sup>43</sup> Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (2014) En el artículo *El código Civil Peruano Treinta Años Después*, publicado en Estudios Críticos del Código Civil. Gaceta Civil 1ed.. Pag 31

### 3.4. El Derecho a la Identidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien es cierto, el derecho a la identidad *per se*, no está taxativamente reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, ello no implica que aquel derecho no haya merecido especial atención en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH dicho ello, el caso *Gelman Vs. Uruguay*<sup>44</sup> y el caso *Contreras y otros Vs. El Salvador*<sup>45</sup>, constituyen un punto de partida en el reconocimiento de tal derecho. Asimismo, el ex magistrado de la Corte IDH, Cançado Trindade, a través de su voto disidente en el caso *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*<sup>46</sup>- desarrollo en forma apropiada el contenido de este derecho. Es importante detallar que la mayoría de los casos con los cuales la Corte IDH tuvo contacto con el derecho a la identidad, se desenvuelven en el marco de desapariciones forzadas y casos que tuvieron como eje principal, la afectación de derechos de niños y comunidades indígenas; ante este hecho, cabe resaltar que la Corte determinó que “si bien la identidad entraña una

---

<sup>44</sup> El citado caso tiene sus antecedentes facticos a la fecha de 1976, en el marco del denominado “Plan Condor”. María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976 junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, en su residencia de Buenos Aires, por comandos militares uruguayos y argentinos siendo Nora Eva Gelman liberada cuatro días después junto a Luis Eduardo Pereda. El 14 de enero de 1977 la hija de María Claudia de Gelman habría sido colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija propia aproximadamente un año y medio más tarde. Dicho acto constituyó una violación al derecho a la identidad de María Macarena Gelman, ya que a consecuencia del actuar del Estado se le habría impedido conocer su verdadera identidad personal, respecto de su familia.

<sup>45</sup> Los hechos del presente caso se desarrollan en el marco de un conflicto armado interno en El Salvador, durante el cual se estima que más de 75.000 personas resultaron víctimas. Entre 1981 y 1983 miembros de las fuerzas armadas, en el transcurso de diferentes operativos de contrainsurgencia, sustrajeron y retuvieron a Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera. Se estimó que al igual que en el caso Gelman, el sustraer a una persona de su ámbito familiar propicia una afectación al Derecho a la identidad habida cuenta que no permite conocer su verdad personal.

<sup>46</sup> En el caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs El Salvador trata sobre la desaparición de Erlinda y Ernestina, niñas que fueron captadas por grupos militares en el marco de la “operación limpieza”. Dichas menores fueron sustraídas de su ámbito familiar y supuestamente se les asignó una nueva identidad, lo cual a criterio de la Corte representó una violación a su derecho a la identidad.

importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción; y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años<sup>47</sup>. Por tanto, se reconoce que la identidad no es un concepto inerte, sino más bien dinámico, que no se agota en un momento indeterminado ya que viene evolucionando con la persona misma.

Por otro lado, haciendo referencia al carácter evolutivo de los tratados sobre derechos humanos, y encontrando que el derecho a la identidad no tiene reconocimiento expreso en la Convención Americana, la Corte manifestó que “se ha movido conscientemente en la dirección correcta, en el ejercicio de una facultad que le es inherente, y tomando tanto la Convención Americana como sus interna corporis como instrumentos vivos, que requieren una interpretación evolutiva (como señalado en su jurisprudencia constante), para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano<sup>48</sup>”. Por tanto, gracias al carácter evolutivo de los tratados, el reconocimiento del derecho a la identidad, llegaría a ser una realidad, por cuanto la construcción jurisprudencial que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dota de contenido a la Convención Americana de Derechos permitiendo el reconocimiento de derechos vinculados a la identidad personal.

---

<sup>47</sup> Cfr. Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2, 12 y 18.3.3, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo. Recogido en la sentencia Contreras y otros Vs. El Salvador <sup>48</sup>. Cfr. en este sentido, los *obiter dicta in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párrs. 37-38; Corte IDH Opinión Consultiva OC-16/99, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 114-115, y Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 9-11; Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia (sobre reparaciones) del 22.02.2002, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 3.

Puntualizando el desarrollo del presente acápite en lo que respecta al derecho a la identidad, el hoy magistrado de la Corte Internacional de Justicia afirma que “el derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos, para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. Dicho derecho tiene además un notorio contenido cultural (además de social, familiar, psicológico, espiritual), mostrándose esencial para la relación de cada persona con las demás e incluso su comprensión del mundo exterior, y su ubicación en el mismo.”<sup>49</sup>

Es importante detallar la relevancia jurídica de la relación entre la identidad y la personalidad jurídica ya que la Asamblea General de la OEA señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la DADDH y la Convención Americana”<sup>50</sup>.

En ese sentido, el Comité Jurídico Interamericano, ha expresado que el Derecho a la identidad tiene varias implicancias ya que lleva inmerso componentes sociológicos, culturales, psicológicos y socioculturales; de ahí también que la Corte IDH haya ampliado su conceptualización y haya emitido pronunciamiento sobre tipos de identidad como la “identidad

---

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso Hermanas Serrano Cruz Versus El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120 Voto Disidente del ex magistrado Cansado Trindade párr. 14

<sup>50</sup> Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010

cultural”. Así también no puede obviarse conceptos derivados como la identidad religiosa e incluso el que es materia de estudio la identidad de género.

Retomando el criterio del hoy magistrado de la Corte Internacional “el derecho a la identidad busca satisfacer una necesidad existencial”; es sumamente trascendente para el postulado de la presente investigación, citar que la “identidad de género” es que busca satisfacer una realidad existencial que vive el sujeto, consecuentemente, se encuentra dentro de los alcances de protección que le irroga el Derecho.

Lo citado anteriormente, se encuentra justificado por medio de lo siguiente:

*“Sin la identidad propia uno no es persona. La persona humana, a su vez, se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí mismo, y que lo realiza a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. La salvaguardia de su derecho a la identidad tornase esencial para ese fin”<sup>51</sup>.*

Así también, la Corte IDH con motivo del caso *Fornerón Vs. Argentina*, tuvo a bien reiterar que el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”<sup>52</sup> Dicha consideración jurisprudencial ya se había efectuado en el famoso caso *Gelman Vs Uruguay*, y es que, según la Corte Interamericana, “*el Derecho a la Identidad constituye un elemento temático dentro del cual giran demás derechos, por ende el reconocimiento de la identidad, también es pre-requisito para el efectivo goce de*

---

<sup>51</sup> Corte IDH, Caso Hermanas Serrano Cruz Versus El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120 Voto Disidente del ex magistrado Cansado Trindade párr. 14

<sup>52</sup> El caso *Fornerón Vs Argentina*, analizó el proceso de tenencia de Leonardo Foveron respecto de su hija biológica, la cual habría sido dada en adopción sin su consentimiento, lo cual propició que no pueda vivir con su padre biológico, afectándose así su identidad.

*derechos*”. Es decir, sin la identidad uno no es persona ya que es el respaldo sobre el cual se sitúa el reconocimiento de la personalidad jurídica, sirviendo de colofón para proyección de una persona en las relaciones con sus semejantes. (Criterio también asumido en la jurisprudencia del alto tribunal)

Por otro lado, es importante detallar que según la Corte IDH “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.”<sup>53</sup>

Otros casos en los cuales se hizo alusión a la relevancia del derecho a la identidad, se encuentra en los casos *Yean y Bosico Vs. República Dominicana* y *Personas haitianas Vs República Dominicana*<sup>54</sup> en dichas sentencias se identificó una vulneración a la personalidad jurídica y a la nacionalidad, que a la vez en su conjunto afecta el derecho a la identidad. Lo cual nos permite comprobar nuevamente, que el Derecho a la identidad es un derecho macro.

Atendiendo al párrafo que precede, traemos a colación que el derecho a la identidad cultural que fue analizado en primera oportunidad en el caso de la *comunidad Yakye Axa versus Paraguay*, en tal caso, donde nuevamente el ex magistrado Cancado Trindade con el magistrado Manuel

---

<sup>53</sup> Corte IDH: Caso Fornerón Vs. Argentina Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242. Párr. 123

<sup>54</sup> Ambos casos citados, presentan una similar plataforma fáctica, y es que con motivo de la migración masiva (en forma irregular) de personas haitianas a República Dominicana. Este último ha venido restringiendo el acceso a la nacionalidad y en algunos casos sustrayéndola. En el caso *Yean y Bosico*, se negó la emisión de las actas de nacimiento a favor de Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi a través de las autoridades del Registro Civil, ya que tenían ascendencia haitiana. En el caso de “Personas haitianas” se cuestionó una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de dicho país que sustraía la nacionalidad de personas con ascendencia haitiana quienes presuntamente habrían ingresado en forma irregular. Dichas sentencias según la Corte IDH, vulnera el derecho a la identidad ya que no permite el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y la nacionalidad, conceptos íntimamente ligados con la identidad personal.

Ventura Robles corroboraron las ideas citadas, como que a pesar que el derecho a la identidad cultural no se encuentre expresamente regulado, este puede verse afectado por conexión directa a otros Derechos. Ello bajo los siguientes términos:

*“La identidad cultural tiene raíces históricas, y, en las circunstancias del presente caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, encuéntrase vinculada a la tierra ancestral. Pero lo que amerita aún mayor énfasis es el hecho de que la identidad cultural es un componente o agregado del propio derecho a la vida lato sensu; así, si se afecta la identidad cultural se afecta inevitablemente el propio derecho a la vida de los miembros de la referida comunidad indígena.”<sup>55</sup>*

En efecto, podemos observar que una vez más el carácter evolutivo de los tratados en materia de Derechos Humanos, permiten colegir que a pesar que no existir una regulación del mentado derecho en la CADH, ello no es óbice para que a través de una interpretación del “Derecho de la Vida” –en el citado caso- u otros, se evidencia la existencia del derecho a la identidad cultural.

Como colofón del presente acápite y en aras de cimentar la tesitura del presente trabajo, es trascendente mencionar que la Corte IDH, en el caso *Karen Atala Riffo y niñas Vs Chile*<sup>56</sup>, mencionó lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana (principio de no discriminación), los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la*

---

<sup>55</sup> Corte IDH: Caso Yakye Axa Vs. Paraguay. Voto disidente conjunto de los magistratos Manuel Ventura y Antonio Cancado. Párr. 18

<sup>56</sup> El caso Atala Riffo constituye un hito jurisprudencial interamericano, ya que es el primer caso respecto de orientación sexual. En dicho caso, se analizó la afectación a la vida privada de Karen Atala al negársele la custodia de sus menores hijas por razón de orientación sexual (lesbiana). En tal caso se determinó que el estado chileno era responsable al haber violado el deber contenido en el artículo 1.1 de la Convención América el cual es “No Discriminación”

*Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*<sup>57</sup>

En atención a tal párrafo, se puede observar que la identidad de género se encuentra protegido por el “canon de convencionalidad” del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual consagra el deber de no discriminar, y en consecuencia se encuentran proscritas toda clase de normas y/o actos estatales que tiendan disminuir el ejercicio de los derechos consagrados en la convención basados en un supuesto discriminatorio. Dentro de tales actos se encuentran también las sentencias que sean lesivas al orden constitucional.

#### **4. La identidad sexual y su relación con la identidad de género**

Al producirse el nacimiento de una persona, la primera pregunta que surge es: ¿nació varón o mujer?; de hecho, “*el sexo/género actúa como pre-requisito para el reconocimiento como ser humano y también para la individualización*”<sup>58</sup>. En tal supuesto, al ver que para la individualización es necesario determinar el sexo/género del recién nacido es lógico afirmar que este constituye un aspecto comprendido dentro de la identidad personal, más aún si la identificación del sexo/género constituye uno de los primeros momentos donde la persona tiene contacto con la Ley, ya que al Derecho le interesa que se consigne legalmente su sexo/género<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Corte IDH: Caso Karen Atala Riffo y niñas Vs Chile Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91

<sup>58</sup> GONZALEZ-SALZBERG, Damian A. (2014): *"The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/ Gender by the European Court of Human Rights."* American University International Law Review 29 no. 4 pag. 798

<sup>59</sup> La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece que los actos concernientes al estado civil de las personas –en primer término, por supuesto, el nacimiento– se harán constar en el registro

Por otro lado, está establecido que el reconocimiento legal a través de la partida de nacimiento se basa en un orden *binario* es decir o se es “varón” ó “mujer”, esto en razón a que dicha determinación obedece a una construcción legal la cual dispone que el pertenecer a un sexo excluye automáticamente poder pertenecer al otro; si esto es así, la norma solo protege a aquellos sujetos que encajan dentro una categoría del orden binario originando un problema en aquellos que no se sujetan a dicho sistema o a la denominada “*heteronormatividad*”<sup>60</sup>.

Atendiendo lo mencionado, es de interés para la presente investigación dilucidar la situación jurídica respecto de aquellas personas que no encajan en el modelo *binario*, es decir, aquellas personas que estando biológicamente asignadas a un sexo al nacer (varón o mujer), psicológicamente no se identifican con aquel.

Para solucionar dicha problemática –que tiene matiz jurídico- es necesario adentrarnos en el estudio de la sexualidad humana, el cual nos permitirá conocer las dimensiones biológicas y psicosociales de la misma, para finalmente descubrir la identidad de género, como partes integrantes de la dimensión psicosocial.

Asimismo, ulteriormente se buscará determinar si es lícito o no admitir el cambio de sexo registral (variación de hombre a mujer o viceversa) en base al “convencimiento” de la persona de pertenecer -por su inclinación psicológica comportamientos y actitudes- al género contrario al de su origen biológico. Es decir, si el derecho a la identidad de género permite

---

civil. Las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas dependencias

<sup>60</sup> Ididem. Pag. 799

que una persona (trans) pueda solicitar la rectificación y reconocimiento de su sexo psicológico.

Atendiendo a las líneas que preceden, previamente debemos dilucidar ¿Dónde tiene su origen la denominada identidad sexual? ¿Qué se comprende por las dimensiones de la sexualidad? ¿Cuál es la trascendencia de la identidad de género?, ¿Cuál es la diferencia que existe entre el sexo y género?, ¿Es el sexo/genero un concepto inmutable? ¿Obedece el sexo/genero únicamente a aspectos biológicos? Parte de estas interrogantes serán abordadas en esta parte del trabajo de investigación, valiéndonos de los conceptos ya desarrollados.

##### **5. ¿Qué es Identidad Sexual?**

Es necesario encuadrar que en el contexto jurídico occidental contemporáneo la identidad sexual de las personas, o el “sexo” como es comúnmente denominado, posee un incuestionable interés para el Derecho debido en base a la identidad sexual que establecen determinados efectos jurídicos.

Es así que para el maestro Fernández Sessarego “la identidad sexual constituye un elemento de la identidad personal en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. Es, por ello, que no puede prescindirse de su tratamiento cuando se hace referencia a la identidad personal”.<sup>61</sup>

Así también, Fernández Sessarego identificó esta disonancia y la encasillo, también, en un modelo dual, al reafirmar la existencia de un sexo estático y un sexo dinámico, por ello explicó lo siguiente:

---

<sup>61</sup> Idem. Pag. 4

*“El sexo, al integrar el genérico concepto de identidad personal, presenta también dos vertientes que, si bien normalmente guardan armonía, algunas veces entran en conflicto, creando situaciones existencialmente angustiosas. De un lado, es posible referirse al sexo desde un punto de vista estático, como un elemento inmutable. Nos referimos, en este caso, al sexo cromosómico. El sexo de las personas se identifica, salvo rarísimas excepciones, por sus caracteres anatómicos y fisiológicos y por su morfología externa. El sexo estático es aquel con el que cada persona nace y muere, bajo el cual el sujeto es inscrito en los registros del estado civil (...) De otro lado, cabe aludir a un sexo dinámico, referido a la personalidad misma del sujeto, a su actitud y comportamiento psicosocial, a sus hábitos y modales, a su manera de sentir y de vivir”<sup>62</sup>*

Por tanto, podemos comprender que la identidad sexual, es una expresión ontológica del ser humano, la cual no está limitada a aspectos netamente biológicos o cromosómicos, sino también depende de elementos psicológicos.

En ese orden, como parte integrante del aspecto subjetivo de la identidad sexual, podemos citar tres. En primer término el “rol de género” el cual alude a la expresión externa sobre masculinidad o feminidad de un individuo acorde a las reglas determinadas –culturalmente– por la sociedad.<sup>63</sup> Es decir, que al nacer uno varón este predestinado a usar prendas como el color azul y las mujeres el color rosado, también podemos citar ejemplos como que los varones no pueden jugar con muñecas sino con carros y de hacerlo estaría quebrantando los roles convencionalmente aceptados por la sociedad. Por ende, esta clase de comportamientos basadas en estereotipos, hacen que una persona se adhiera a un sexo (varón o mujer).

---

<sup>62</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Sexualidad y bioética: la problemática del transexualismo.” Revisado: 15 de octubre de 2015 En: [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/sessarego\\_sexualidad.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/sessarego_sexualidad.pdf) Pág. 4

<sup>63</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. (2010) “El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas”. En Autores varios, Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 57-81, pp. 77-78

Como otro elemento tenemos a la “orientación sexual” que se refiere a la atracción e incluso a la capacidad de mantener relaciones afectivas con, otras personas, pertenecientes a su mismo género, a otro género distinto o a más de un género. También se puede enunciar que es el grado de preferencia que una persona tiene por actividades sexogenitales y/o sexoafectivas con personas del mismo sexo, del sexo diferente o de ambos.

Como último eslabón tenemos la “identidad de género” referida a la vivencia interna que tiene cada persona de pertenecer a un sexo o a otro, es decir, parte de la identificación subjetiva propia. en ese sentido es aquella vivencia interna e individual del género, tal y cual la persona lo percibe y experimenta, siendo que aquella puede o no corresponder con el sexo asignado al momento de su nacimiento, incluye además la autopercepción personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.<sup>64</sup>

En aras de particularizar la presente investigación, en líneas posteriores se ahondara el concepto de identidad de género, habida cuenta que es este último el cual es materia de estudio, no sin antes dedicar unas cuantas líneas en lo que respecta a las dimensiones psicosociales y biológicas de la identidad sexual.

---

64 Orientación Sexual e Identidad De Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos << [www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual.htm](http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual.htm)>> Pág. 3 Revisado: 12 de octubre de 2015

### 5.1. Dimensiones biológicas y psicosocial de la identidad sexual

El sexo de una persona está configurado por varios componentes: el cromosómico o genético (XX para la mujer, XY para el hombre) que es invariable; el gonádico condicionado por el anterior, representado por los ovarios y los testículos; el morfológico o genital externo (que es el que autoriza la asignación registral del sexo al momento del nacimiento) representado por la vagina para uno y el pene y testículos para el otro; el anatómico que es el conjunto de caracteres sexuales secundarios (vellosidad, registro de voz, etc.) y el psico-social o psicológico (este componente aunque condicionado por los anteriores puede disociarse de ellos) es el resultado de las vivencias y de los sentimientos más profundamente enraizados de una persona, representado por el género, femenino o masculino.<sup>65</sup> En atención a ello, podemos comprender que estas dos dimensiones, biológica y psicológica, determina la sexualidad humana o la llamada identidad sexual. Motivo por el cual es pertinente efectuar un desarrollo conceptual de cada de las dimensiones citadas (biológica y psicológica), a fin de entender la problemática que de ella se suscita; es decir, la eventual divergencia entre el sexo biológico y psicológico en una persona.

No esta demás mencionar que respecto de los elementos que componen la identidad sexual el Tribunal Constitucional Peruano, expresó lo siguiente:

Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, **sicológico**, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma

---

<sup>65</sup> Extraído del proyecto de Ley de Identidad de Género de Argentina. Publicado en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5259-D-2007> Revisado el 15 de octubre de 2015

que lo configuran. “Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse<sup>66</sup>”.

Seguidamente; y, retrotrayéndose de la postura ya asumida, el Tribunal Constitucional descarta la dimensión psicológica para adherirse únicamente a la dimensión biológica como elemento determinante de la sexualidad humana, en atención a lo siguiente:

*“Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino)”.*<sup>67</sup>

Para seguir ahondando en lo que el Derecho entiende por la definición de “sexo” es pertinente traer a colación la opinión de la cual se valió la Corte Constitucional Colombiana para motivar un fallo:

*“El sexo es una categoría construida culturalmente, que desde el siglo XVIII se entiende en la cultura occidental a partir de nociones biológicas que dividen a los seres humanos en mujer y hombre (...) Esta noción nutre también una clasificación cultural y dicotómica hecha para todos los mamíferos en general (...) según el sistema reproductivo y de acuerdo con las características genéticas, endocrinas, anatómicas y fisiológicas (...) sin embargo estas nociones han sido cuestionadas gradualmente al establecerse que incluso en términos genéticos no existe, de manera objetiva, tal dimorfismo sexual y que más bien existe una amplísima gama de variaciones genéticas y fenotípicas no dimórficas en donde caben hombres y mujeres con fenotipos y genotipos muy variados, así como personas intersexuales*<sup>68</sup>

En atención a los párrafos citados, podemos observar que se demarca claramente cuál es la problemática propuesta del presente trabajo de investigación, y residiría en determinar: ¿que

---

<sup>66</sup> Exp. 2273-2005-PHC/TC Fundamento Jurídico 15 (Caso Karen Mañuca)

<sup>67</sup> Exp. 0139-2013-PA/TC Fundamento Jurídico 5 (Caso Estela)

<sup>68</sup> Corte Constitucional Colombiana: T-099/2015 (Magistrado ponente: Gloria Ortiz Delgado)

dimensión de la identidad sexual debe primar en caso de divergencia en el aspecto biológico y psicológico?; o también, ¿la identidad de género (elemento integrante del aspecto psicológico) es justificación suficiente para el eventual cambio de sexo?.

## **5.2. Aspectos biológicos sobre la identidad sexual.**

En el presente punto, únicamente nos limitaremos al desarrollo de la dimensión biológica de la identidad sexual, por lo cual, es necesario detallar el tracto biológico que atraviesa la persona a lo largo de su vida, lo cual le permitirá identificarse en *prima facie* a un sexo/género determinado. En ese entender “la asignación del sexo se da en forma progresiva y en forma secuencial de la siguiente forma: i) genético o cromosómico; ii) el gonádico; iii) el género somático o conductos genitales internos iv) género fenotípico dado por los genitales externos.”<sup>69</sup> Es necesario puntualizar que en este extremo únicamente nos limitaremos a detallar el desarrollo biológico de la persona, para luego analizar el matiz psicológico.

Es pertinente, hacer hincapié en dos momentos biológicos los cuales son la “determinación sexual” y “diferenciación sexual”; ya que, el primero de ellos consiste en la determinación del sexo por medio de la fase cromosómica; y, el segundo por la diferenciación del sexo por medio de los órganos que se generan a partir de la carga cromosómica establecida en la fecundación; es decir, el desarrollo morfogénico.

### **5.2.1. Sexo cromosómico**

El sexo genético o cromosómico es aquel que se da en la fecundación una vez que los gametos femeninos y masculinos se han unido, esto en mérito a que cada gameto tanto el femenino

---

<sup>69</sup> AYALA, Aquiles R. (2006) “*Medicina de la reproducción humana*”, 2ª ed., México, Editores de Textos Mexicanos, Pág. 227.

(ovulo) y masculino (espermatozoide) tiene una carga genética específica, cuya combinación da origen al sexo cromosómico, es pues el primer momento en el que se establece el primer dimorfismo sexual que caracteriza a los mamíferos<sup>70</sup>.

Se sabe que en la especie humana hay 23 pares de cromosomas, de ellos un par son heterocromosomas y 22 pares son autosomas. El sexo masculino se caracteriza por la presencia de un heterocromosoma X y de un heterocromosoma Y; el sexo femenino, por la presencia de dos heterocromosomas X.<sup>71</sup>

Es importante delimitar la carga genética X y Y por cuanto el embrión humano es inicialmente “bipotencial” con respecto del desarrollo gonadal y el primer paso de la determinación gonadal tiene una base cromosómica y génica.

En términos científicos se precisa que “la mujer es homogamética porque sus células sexuales son XX, por tanto, todos los cromosomas serán portadores de un cromosoma X; en cambio, el varón es heterogamético, con cromosomas sexuales X y Y, por lo que en cada eyaculación habrá dos tipos espermatozoides, unos con un cromosoma X y otros con un cromosoma Y”<sup>72</sup>

De ello, podemos apreciar que el origen del sexo cromosómico, es la primera fase de la diferenciación sexual, conociéndosele también como “determinación primaria del sexo”, habida cuenta que es en base a esta etapa primigenia que se suceden el resto de fases.

---

<sup>70</sup> Cfr. ARANGO DE MONTIS, Ivan (2008) “*Sexualidad humana*” México, Manuel Moderno, pág 186.

<sup>71</sup> GATICA NIÑO, María del Carmen, *Posibilidad Jurídica del reconocimiento de la identidad sexual como atributo de la personalidad*, UNAM 2008, Página 16

<sup>72</sup> Ibidem.

### 5.2.2. Sexo gonádico

Una vez determinada la carga cromosómica del embrión, tiene a lugar la organogénesis de las gónadas en función al sexo genético de este último, siendo esta etapa, meramente consecencial ya que el sexo ya se determinó cromosómicamente, por lo que el sexo gonádico implica únicamente el desarrollo de las gónadas primitivas como son los testículos y el ovario.

En efecto, el sexo gonádico se determina a través del desarrollo embrionario en el vientre materno es decir tienen una connotación temporal, es así que “aproximadamente a la sexta semana después de la concepción comienza a diferenciarse sexualmente el embrión”<sup>73</sup>.

Es importante detallar que “[l]a diferenciación comienza por las gónadas, avanza luego a las estructuras reproductoras internas y se completa con la diferenciación de los genitales externos como masculinos o como femeninos”<sup>74</sup>

La diferenciación masculina subsiguiente se produce por la acción de hormonas testiculares.

*“El testículo puede ser identificado a las 6 semanas, cuando los cordones gonadales se diferencian en cordones testiculares, que son los precursores de los túbulos seminíferos”. Al principio del segundo trimestre, los cordones testiculares desarrollan gradualmente una luz, es decir, se convierten en túbulos seminíferos revestidos de células sustentaculares. Se desarrollan dos tipos de túbulos: rectos y curvados, así como una túnica albugínea”.*<sup>75</sup>

Si el embrión es genéticamente femenino las células germinativas primordiales tienen un complejo de cromosomas sexuales XX, y según la teoría de desarrollo gonadal disimétrico,

---

<sup>73</sup> MONEY, John y EHRHARDT, Anke A., “Desarrollo de la sexualidad humana. Diferenciación y dimorfismo de la identidad de género desde la concepción hasta la madurez” Trad. A. Guerra Millares, Madrid, Morata, 1982, Pág. 51.

<sup>74</sup> MONEY, John y EHRHARDT, Anke A. Op. Cit. Pág. 83

<sup>75</sup> GATICA MIÑO, María del Carmen, Ob. Cit, pág. 21

la gónada femenina determinada genéticamente continúa su fase indiferenciada creciendo hasta que se forman los folículos ováricos.

Posteriormente “se inicia la fase fetal, la cual tiene como punto de partida la octava semana de gestación hasta el nacimiento, en términos concisos esta etapa se caracteriza por el perfeccionamiento en la morfología de los órganos, tejidos y sistemas relacionado con el crecimiento acelerado del cuerpo.”<sup>76</sup> Es en esta fase que comienza el desarrollo de los genitales externos que posteriormente permitirán la identificación del sexo, también se podría denominar la fase del nacimiento del “sexo anatómico”

### 5.2.3. Sexo Somático y genital

Prosiguiendo con el desarrollo biológico que tiene a lugar en el vientre materno; tiene a lugar dentro de la séptima semana el desarrollo de los primeros conductos femeninos y masculinos, a saber: “dos pares de conductos genitales: los mesofrénicos o de Wolf, con potencialidad masculina y; los paramesofrénicos o de Müller, con potencialidad femenina”<sup>77</sup>.

Gatica Miño continúa haciendo una referencia a que en esta etapa “al producirse la testosterona en el feto genéticamente varón, como ya se ha hecho referencia, se estimula la proliferación de los conductos de Wolf que son la base de la que se generarán las estructuras masculinas reproductoras internas, estimulándose de esta manera la formación de la uretra, el desarrollo de la próstata y de las vesículas seminales, a la par del crecimiento del pene y la fusión de las eminencias escrotales.”<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> GÓMEZ DUMM, César. (2003) *Embriología humana (Atlas y textos)*, Argentina, El Ateneo, , Pág. 50

<sup>77</sup> AYALA, Aquiles R. (2006) “*Medicina de la reproducción humana*”, 2ª ed., México, Editores de Textos Mexicanos, Pág 232. Citado en: Gatica Niño, María del Carmen, Op. Cit, pag. 22

<sup>78</sup> GATICA MIÑO, María del Carmen, Op. Cit. Pag 22. En la misma página de la investigación que hacemos referencia se complementa la conclusión con lo siguiente: “En el feto femenino el conducto paramesofrénico

Respecto del **sexo genital**, es pertinente señalar que es aquel en donde se produce la diferenciación entre hombre y mujer, “la diferenciación sexual externa se inicia desde la novena semana y se completa hasta la semana doce”<sup>79</sup>. Esta diferenciación sexual se desarrolla en dos formas; i) interna; y, ii) externa. Mientras que en la diferenciación interna se forman el útero en la mujer y los canales deferentes y las vesículas seminales en el varón. La diferenciación externa opera de manera diferente. Como señala *Gatica Miño*, tenemos que:

*“El tubérculo genital estructura los cuerpos cavernosos y el glande, bien del pene, o bien del clítoris. En la mujer, los pliegues uretrales permanezcan separados y se convierten en los labios menores. En el varón, los pliegues uretrales se fusionan para rodear al conducto uretral del pene. En la mujer, las tuberosidades labioescrotales permanecen separadas y forman los labios mayores. En el varón se fusionan en la línea media y constituyen el escroto. El tubérculo genital se alarga para dar lugar el pene, en el caso del varón y, en la mujer disminuye para convertirse en un clítoris.”<sup>80</sup>*

### **5.3. Dimensión psicosocial de la identidad sexual**

Hemos venimos sosteniendo que el ser humano es *per se* un ser ontológicamente libre que tiene la capacidad de efectuar decisiones por sí mismo; *ergo*, la libertad de la cual goza, le permite crear su propia biografía personal desplegando conductas y comportamiento que dan origen al denominado “proyecto de vida”, bajo ese orden de ideas, cabría la interrogante ¿El género/sexo también es susceptible de moldearse o variar en base a la dimensión psicosocial de la sexualidad, o mejor aún que este prime sobre la dimensión biológica?

---

se convierte en el conducto genital principal de la mujer, ante la no recepción de testosterona, por la estimulación de estrógenos incluso maternos y placentarios, este conducto de Müller se transforma en la trompas de falopio, útero y en el tercio superior de la vagina”.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> GATICA NIÑO, María del Carmen, Ob. Cit, pág. 24

Siguiendo los lineamientos determinados por García Miño, hemos concluido de que antes de la dimensión psicológica, es necesario desarrollar la dimensión psicosocial de la misma, y es que es posible afirmar que la diferencia entre un varón y una mujer no está exclusivamente limitada a una dimensión fisiológica, sino que también “existen diferencias psicológicas entre los sexos debidas a las transformaciones sociales que han influido en su desarrollo”<sup>81</sup>

Complementando el punto citado, puede surgir la idea de que la vida humana aparece realizada en dos formas profundamente distintas, por lo pronto dos realidades somáticas y psicosociales bien diferentes: varones y mujeres<sup>82</sup>; sin embargo, el postulado del presente trabajo busca reexaminar el concepto *binario* de la sexualidad, dotando al elemento subjetivo-psicológico un papel protagónico para delimitar el sexo/genero de uno mismo, y es que como lo afirman Alicia González y Beatriz Castellanos: “nacemos con un sexo biológico, pero devenimos psicológica y socialmente a través de un proceso que discurre en los marcos del desarrollo ontogénico de la personalidad y conduce a la construcción individual activa de la identidad sexual”<sup>83</sup>.

Atendiendo el párrafo que precede, es innegable que la injerencia que tiene el factor psicosocial para la determinación del sexo/género de una persona en el transcurso de su vida, y es que si bien es cierto la carga genética y aspectos somáticos revisten de cierta relevancia,

---

<sup>81</sup> GATICA NIÑO, María del Carmen, Op. Cit, pag. 30

<sup>82</sup> MARÍAS, Julián, “*Antropología metafísica*”, Madrid, Alianza, 1983, Pág. 121. Citado en Gatica Niño, Maria del Carmen, Ob. Cit, pag. 30

<sup>83</sup> CASTELLANOS, Beatriz y GONZÁLEZ, Alicia. (1996) “*Sexualidad y géneros. Una reconceptualización educativa en los umbrales del tercer milenio*” Colombia, Magisterio, t. I, Pág. 15. Citado en Citado en Gatica Niño, Maria del Carmen, Op. Cit, pag. 30

no lo son todo ya que la persona a lo largo de su vida viene descubriendo su sexualidad, por ello Polaino-Lorente expresa:

*“a pesar de la relevancia innegable que tienen los factores genéticos, gonadales, hormonales, morfogenéticos y nerviosos en la determinación del sexo y en su diferenciación y manifestaciones, no es válido afirmar, no obstante, que el comportamiento sexual humano pueda reducirse, o sea resultante sólo de estos factores (...) Ningún profesional que en la actualidad esté minimamente informado sobre cuestiones psicológicas y psiquiátricas relativas a la sexualidad, podrá defender el determinismo biológico de comportamiento sexual de la persona humana”<sup>84</sup>.*

Concluimos que el sexo psicosocial se aparta de las características netamente físicas de la personas y se refiere más al *“aprendizaje de un comportamiento sexual considerado como normal, para uno u otro sexo en un contexto social”<sup>85</sup>*

Como bien citamos en páginas anteriores, la identidad sexual en su fase subjetiva, está integrada por tres conceptos los cuales son i) el género y rol de género; ii) orientación sexual; y, finalmente iii) identidad de género.

### **5.3.1. Género y rol de género**

El género es concebido como una construcción cultural basada en la percepción de los sexos femenino y masculino, el ya denominado orden binario, también se puede representar como “un sistema ideológico cuyos distintos procesos orientan el modelaje de la representación social diferenciada de los sexos, determinando formas específicas de conductas asignadas en

---

<sup>84</sup> POLAINO-LORENTE, Aquilino (1992), *“Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual”* Madrid, RIALP, Pág. 159.

<sup>85</sup> BYNE, W. – PARSONS, B. *“Human sexual orientation. The biologic theories reappraised”*, New York, 1996.

función del sexo biológico”<sup>86</sup>. En esa ilación de ideas, el término "género" se refiere a “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas<sup>87</sup>”.

Respecto de la expresión de género, la Comisión Internacional de Juristas analizó lo siguiente:

*“[l]a noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género”<sup>88</sup>*

Citando una idea adicional, para la Organización Mundial de la Salud el género deviene a ser “los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. Las diferentes funciones y comportamientos pueden generar desigualdades de género, es decir, diferencias entre los hombres y las mujeres que favorecen sistemáticamente a uno de los dos grupos”<sup>89</sup>

Valiéndonos de tales definiciones podemos concebir que el género no es más que el conjunto de acciones socialmente diseñadas para determinado sexo, por lo que podemos inferir, inicialmente, que el género es consecuencia del sexo determinado. Sin embargo, como

---

<sup>86</sup> FLORES PALACIOS, Fátima (2001) “*Psicología social y género. El sexo como objeto de representación socia*”, México, McGraw-Hill, Pág. 7

<sup>87</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

<sup>88</sup> Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 4, 2009, pág. 23.

<sup>89</sup> Revisado en: <<http://www.who.int/topics/gender/es/index.html>>.

analizaremos más adelante esta proposición no resulta del todo cierto a la luz de los nuevos estudios de la filosofía post-estructuralista.

### 5.3.2. Orientación Sexual

Es importante dedicar unas cuantas, de líneas a la orientación sexual, y es que, aunque la misma no sea materia de investigación, es común observar que tal concepto es muchas confundido con la identidad de género.

La OEA, como órgano internacional a través de su Comité de Asuntos Jurídicos estableció una definición para la orientación sexual, siendo así, manifestó que: “la orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”<sup>90</sup>.

En dicho estudio, la OEA, también agrupó como conceptos integrantes de la orientación sexual, a la heterosexualidad, homosexualidad, y bisexualidad. Por lo que se concluye que la orientación sexual, no es más que la inclinación afectiva y no el entendimiento sobre a qué sexo/género se pertenece.

---

<sup>90</sup> OEA: Relatoría Sobre El Derecho De Las Personas LGTBI: “*Precisiones y términos relevantes*” Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp> revisado el 28 de octubre de 2015

### 5.3.3. ¿Es lo mismo sexo y género o debe denominar sexo/género?

Comenzamos esta disquisición con la afirmación de Wesrt al citar que “tradicionalmente [...] el sexo es biología, mientras el género es un status adquirido, construido a partir del entorno psicológico sociológico y cultura. Mientras uno es dado, el otro es adquirido”<sup>91</sup>. Convencionalmente se asume que sexo y género son conceptos íntimamente ligados, empero para fines del presente trabajo de investigación, es necesario hacer un oportuno deslinde en su comprensión, y es que es común mencionar que “la diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social”.<sup>92</sup> A esta distinción también se acoplan diversos estudiosos del derecho como Fernández Sessarego, al expresar que:

*“[Si bien es cierto] esta distinción se sitúa dentro de una perspectiva que considera al sexo como un hecho complejo, en el que confluyen e interactúan diversos elementos. Los especialistas suelen mencionar un conjunto de factores, en síntesis, aquellos de orden biológico, de carácter psicológico o de naturaleza o jurídico social (...) [por ello] se suele reservar la expresión “sexo para referirse a sus connotaciones anatómicas y fisiológicas mientras que al término “género” se le otorga un contenido conceptualmente más extenso, dentro del cual se comprende “todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana y, sobre todo, el momento psicológico y cultural”<sup>93</sup>*

Integrando las ideas citadas, no podemos dejar de hacer alusión a las obras post-estructuralistas que tiene entre una de sus mayores exponentes a la filósofa *Judith Butler*, precursora de la teoría *queer*, quien revolucionó el entendimiento respecto del “sexo” y

---

<sup>91</sup> La evolución de los conceptos en WESRT. C. y Zimmerman, D. “Doing Gender” <Gender and society, vol I, Núm 2 (junio de 1987) pág. 125. Citado en ESPIN ALBA, Isabel. (2008) “*Transexualidad y Tutela Civil de la Persona*” en Madrid: Colección Jurídica General. Ed. Reus. Nota al Pie 13, pág. 14

<sup>92</sup> OEA: Orientación Sexual, Identidad De Género Y Expresión De Género: Algunos Términos Y Estándares Relevantes: Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos, “*Derecho a la Identidad Personal*” Ob cit. Pág. 292, 293

“género”. El trabajo de Butler se enfoca en desafiar el esquema binario de sexo y género, y es que para la teoría *queer*, tanto el sexo como el género deben ser analizadas, ambas, como productos culturales, es decir, propone abandonar la concepción biológica del sexo y ulterior consecuencia cultural del género, para que ambas categorías sean comprendidas unísonamente, esta revolución conceptual tiene su base en las raíces históricas del pensamiento feminista, el cual parte de la premisa de superar el concepto biológico como elemento vector de la identidad de las personas, así como su posición en la sociedad dado que las teorías feministas propugnan poner fin a las injusticias que generan los roles de género y diferenciación sexual.

La visión *queer*, parte de la idea de que la distinción entre sexo y género, no es una distinción *per se*, ya que no existe una relación causal “necesaria” que sustente dicha diferenciación. Esa es la razón por la cual “convencionalmente” siempre existe la coincidencia entre el sexo y género, así Butler manifiesta “Si se refuta el carácter invariable del sexo, quizás esta construcción denominada «sexo» esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizá siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal”<sup>94</sup>. Así también para la teoría *queer* la orientación sexual y la identidad de género de las personas son el resultado de una construcción social y que, por lo tanto, no existen papeles sexuales esenciales o biológicamente inscritos en la naturaleza humana, sino formas socialmente variables de desempeñar uno o varios papeles sexuales.<sup>95</sup> Ello nos permite entender que también la concepción de “sexo” es una concepción cultural y

---

<sup>94</sup> BUTLER, Judith “*El Género en disputa. Feminismo y subversión de la identidad*” Ed. Paidós. Barcelona 1999 Pág. 55

<sup>95</sup> GIL RODRÍGUEZ, Eva (2002), “¿Por qué le llaman género cuando quieren decir sexo?: Una aproximación a la teoría de la performatividad de Judith Butler”. Revista Athenea Digital, n° 2, otoño, págs... 30-41.

consecuentemente no existe una necesidad de sujetarnos a un orden binario y diferenciar el sexo del género.

Para ejemplificar lo antes citado, mencionamos la locución “si eres varón debes comportarte como varón”. Sin embargo como afirma Butler “no está claro que la construcción de «hombres» dará como resultado únicamente cuerpos masculinos o que las «mujeres» interpreten sólo cuerpos femeninos. Además, aunque los sexos parezcan ser claramente binarios en su morfología y constitución (que tendrá que ponerse en duda), no hay ningún motivo para creer que también los géneros seguirán siendo sólo dos”<sup>96</sup>. Esta sutil idea, respecto del sexo y del género nos permite concebir que la división entre el sexo y género es repetitiva, porque la comprensión del género y sexo, necesariamente, “tienen un matiz cultural por lo que no existe una relación mimética entre género y sexo, en la cual el género refleja el sexo y se encuentra limitado por él”<sup>97</sup> sino que el género es algo completamente independiente del sexo, el género mismo pasa a ser un artificio ambiguo, con el resultado de que hombre y masculino pueden significar tanto un cuerpo de mujer como uno de hombre, y mujer y femenino tanto uno de hombre como uno de mujer<sup>98</sup>.

Por ende, “el intento de superación de la dicotomía sexo/género, resumido en la idea de que el tratamiento normativo de la identidad sexual basada en dicha diferenciación acaba perpetuando el sentido biológico y natural del sexo, y no explica realidades como el

---

<sup>96</sup> Ibidem pág. 54

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> Ibidem

transexualismo, prueba de la imposibilidad de una verdad biológica absoluta, pero que no encuentra en el género respuestas absolutas.<sup>99</sup>”

Habiendo sintetizado tales ideas, es propuesta del presente trabajo de investigación ir más allá del modelo binario o heteronormativo, y asimilar que el “género” como concepto autónomo debe primar en base a la libertad, o como bien concluye Butler que:

*“En la tradición filosófica que se inicia con Platón y sigue con Descartes, Husserl y Sartre, la diferenciación ontológica entre alma (conciencia, mente) y cuerpo siempre defiende relaciones de subordinación y jerarquía política y psíquica. La mente no sólo somete al cuerpo, sino que eventualmente juega con la fantasía de escapar totalmente de su corporeidad. Las asociaciones culturales de la mente con la masculinidad y del cuerpo con la feminidad están bien documentadas en el campo de la filosofía y el feminismo. En consecuencia, toda reproducción sin reservas de la diferenciación entre mente y cuerpo debe replantearse en virtud de la jerarquía implícita de los géneros que esa diferenciación ha creado, mantenido y racionalizado comúnmente”<sup>100</sup>*

Entonces, he ahí la explicación por la cual hemos venido equiparando al sexo y género a través de la fórmula: “sexo/género” y es que la distinción entre ambas es inocua como bien manifiesta Butler.

Siguiendo con la idea, es intención de la presente investigación afrentar el entendimiento binario legal que estima al sexo/género en un orden dual, y es que es importante concebir a la libertad como elemento matriz para la determinación del género, ya que es una realidad jurídica que existen personas que no encajan en el diseño legal de varón o mujer

---

<sup>99</sup> COWAN, S. “Gender is not substitute for sex. A comparative human rights analysis of the legal regulation of sexual identity” *Feminist Legal Studies*, 2005, núm 13, pp. 73. Citado en Espin Alba Isabel, *ob cit*, pág. 16. En ese punto de inflexión reside el razonamiento de Judith Butler, al calificar que el sexo también es un producto cultural. Al respecto véase con mayor detenimiento la obra “Transexualidad y tutela civil de la persona” en donde se analizan los antecedentes propositivos del feminismo.

<sup>100</sup> Idem. 64

imperativamente asignados a su nacimiento, y buscan que prevalezca su identidad de género es decir que se les identifique como el sexo opuesto al que la Ley le reconoce.

## **6. Identidad de género como derecho**

El punto que pasamos a detallar, además de ser un elemento de la identidad sexual, se erige como el pilar de la presente investigación, ello en merito a que el fin último de éste trabajo es el reconocimiento de la identidad de género como “Derecho” y consecuentemente susceptible de protección legal. Y es que, conforme hemos venido afirmando la minoría sexual identificada como el grupo “trans” en su psiquis interna, no se identifica con el sexo/género legalmente asignado al nacer por lo que buscan que su fuero interno o autopercepción de género, sea reconocida por el Derecho y que consiguientemente se les reconozca legalmente como tales.

En esa ilación, el derecho a la identidad de género es un término que ha involucrado amplio estudio a nivel jurídico; sin embargo, al tratarse de un tema novísimo, su reconocimiento se encuentra dividido y es que su aceptación jurídico no es absoluta, ello en razón a que existen grupos que están a favor y otros en contra; este conflicto se evidencia aún más cuando el debate jurídico alcanza los niveles más altos de la jurisdicción. En el presente caso el Tribunal Constitucional, con motivo de la STC 139-2013, decantó la posición de la Judicatura peruana y no reconoce la identidad de género como Derecho considerando la sexualidad como concepto inmutable.

Por tal efecto, es importante tomar como punto de partida los Principios de Yogyakarta, los cuales detallaron que la identidad de género es: “la vivencia interna e individual del género

tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales<sup>101</sup>". Es menester mencionar que la opinión de tan destacados juristas a nivel internacional, fue recogida en el Derecho Comparado, habida cuenta que el Estado Argentino, en el Art. 2 de la Ley de identidad de género<sup>102</sup>.

Por otro lado, podemos tomar en consideración lo expresado por la escuela de estudios de género de la Universidad Nacional de Colombia cuya posición fue valorada por Corte Constitucional Colombiana, al expresar que: la identidad de género "se refiere a la identificación subjetiva que las personas hacen con su sexo biológico registrado al nacer y que les permite auto-percibirse (sic) como hombres o como mujeres"<sup>103</sup>

De lo expuesto podemos concluir que la identidad de género es un concepto complejo que no obedece a un momento estático sino más bien dinámico, es decir, son las personas quienes a través de su experiencia individual se apropian de su sexualidad, permitiendo identificarse a sí mismas con el género que se identifican. Por lo que la definición de identidad de género es revaluada a partir de la experiencia personal conforme a su verdad personal.

---

<sup>101</sup> Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Relanzados oficialmente en Ginebra el 26 de marzo de 2007, en sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Principio 3

<sup>102</sup> Además de ello, los principios sirven de orientación para la interpretación jurídica al momento de analizar este tema tan sensible y representa un gran aporte de la doctrina de derecho internacional

<sup>103</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-099-2015

Atendiendo lo citado, mencionamos en puntos anteriores que toda persona a fin desplegar su libertad existencial, crea su propia verdad personal y autobiografía. Si esto es así, el pleno respeto a tal atribución, el pleno respeto a identificarse como uno cree que es, guarda ilación con el respeto a la dignidad personal. *Ergo*, la identidad predomina sobre la sexualidad, es decir, una persona transexual al ser también persona se antepone a ser varón o a ser mujer. En tal medida, esta minoría sexual, en base a la construcción de su ser o como afirma el maestro Fernández Sessarego en base a su verdad personal “*puede ser, el que es*” y decidir que su sexo psicosocial impera sobre su sexualidad biológica. Y si convergen ideas reaccionarias a tal postulado hemos de preguntarnos, ¿Cómo asumir una posición restrictiva de la dignidad humana? ¿Cómo negar el ejercicio de la identidad misma y del ser? ¿Cómo negar a esta minoría sexual (trans) el pleno despliegue de su realización personal? En respuesta a tales interrogantes, solo queda sostener que el derecho a la identidad de género viene reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su "verdad personal"<sup>104</sup> De ahí su relevancia, con incidencia directa en la personalidad y capacidad jurídicas de la persona humana en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional.

Dicho ello, es evidente que la identidad de género, no es un concepto en abstracto, es decir, un derecho inerte, por lo que cabe preguntarse ¿Cómo se materializa la identidad de género? Respondiendo ello, se materializa con el respeto irrestricto del Estado con la auto percepción del transexual respecto de su identidad sexual, por lo que es preciso sostener que “primero

---

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Derecho a la Identidad Personal*”, ob. Cit., págs. 99-100 y 126.

es la identidad, y después es la identificación<sup>105</sup> en esa medida, los documentos de identificación que brinda el Estado deben atender la realidad personal que vive la persona “trans” entonces no solo es legítimo sino también trascendente que el Estado reconozca legal y materialmente la identidad de género. No está demás decir que dicho actuar positivo del Estado constituiría un paso para la inclusión ciudadana de las personas transgenero y transexuales, y reflejaría un profundo respeto de la libertad y diversidad sexual, reiterando además el reconocimiento de la personalidad jurídica como aspecto fundamental de la dignidad humana.

Se trata pues simplemente –como lo afirma Pietro Barcellona– “(...) de reconocer al diferente, al ‘otro’, no como un acto de caridad sino por la conciencia adquirida de que no puedo dar cuenta de mi identidad sin afirmar la diferencia del otro y custodiarla como una necesidad vital”.

Creemos conveniente traer a colación las palabras de Laura Saldivia, quien expresa que “[e]l reconocimiento de la existencia de las personas de género variado, obliga a transformar las concepciones tradicionales sobre el género y el sexo creando la necesidad de redefinir la sexualidad humana de acuerdo a un modelo más abarcador e integrador de las diferencias

---

<sup>105</sup> Cobra vital trascendencia importar el concepto de identificación esbozado por Paula Siverino al afirmar que: “la identificación responde no a una actividad-necesidad personal (ser-hacer) esto es, a un devenir existencial, sino a un imperativo social, como elemento de orden y control ejercido por el Estado, que toma datos de la realidad, plasma los seleccionados, y los coteja a posteriori. Existe una clara distinción de rango y naturaleza ontológica entre identificación e identidad.” Consultado en Siverino Bavio, Paula: “El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina” Publicado en *Ius Et Veritas* .Vol. 20 Nro. 41

sexuales. Dicho modelo es aquel que considera a la sexualidad humana como un ‘continuado’ (‘continuum’) de formas, opciones y matices de sexo/género.”<sup>106</sup>

Coincidimos con la idea expresada por Saldivia al hacer alusión al género ‘continuado’<sup>107</sup> ya que dado cuenta la complejidad de la sexualidad humana, no es posible subsumirla a un criterio absoluto binario (varón-mujer) sino más bien un criterio relativo ya que la realidad supera los hechos jurídicos, motivo por el cual el derecho tiene el desafío constante de adecuarse a tales avances.

### **6.1. El Derecho a la Identidad de Género como Concepto Convencionalmente Protegido**

Hemos venido detallando que el reconocimiento del derecho a la identidad de género posibilita el libre desarrollo personal de la minoría sexual “*trans*” generando que este colectivo se desenvuelva ampliamente en el plano social en igualdad de derechos y condiciones.

Asimismo, tal concepto se encuentra plenamente vinculado y cautelado por el marco jurídico de los Derechos Humanos, en esa línea argumentativa, tomando en cuenta los derechos contenidos en la Convención Americana; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se erige como aquel límite al poder estatal, ya que tal derecho asegura el

---

<sup>106</sup> SALDIVIA, Laura (2015) “*Reexaminando La Construcción Binaria De La Sexualidad*” pág. 12 Consultado en: 12 de octubre de 2015 Disponible en: [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Saldivia\\_Sp\\_PV.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Saldivia_Sp_PV.pdf)

<sup>107</sup> Saldivia en el mismo estudio antes referido señalaba que: “Ya en 1920 Magnus Hirschfeld fue el primero en afirmar que existían más de dos sexos/género. Este médico concluyó que las varias formas de variación de género que existían –los llamó ‘intermedios sexuales’ (intermediate)- eran el resultado de anomalías endocrinológicas y que por lo tanto tenían una base biológica. La creencia de Hirschfeld era que la homosexualidad, el travestismo y otras formas de variantes de género eran un fenómeno importante, extendido y natural y que el derecho y las costumbres sociales debían adecuarse de una forma racional con esta existencia natural de diversidad de tipos de seres humanos.”

reconocimiento de la persona “*independientemente de su condición existencial o jurídica*”<sup>108</sup> debiendo entender que respecto de condición existencial también hablamos de condición sexual.

Es importante determinar que el máximo intérprete de la Convención Americana, la Corte IDH, no ha tenido oportunidad de pronunciarse en específico sobre un caso de identidad de género y una práctica discriminatoria –como si lo hizo sobre orientación sexual- sin embargo, ello no es óbice para no desarrollar conceptos vinculados a la identidad de género. En atención a ello, es propuesta del presente trabajo, que la identidad de género se encuentra protegida por el derecho a la vida privada contenida en el artículo 11 de la CADH<sup>109</sup> en relación al deber de no discriminar contenido en el artículo 1.1<sup>110</sup>.

La Corte Interamericana, al momento de analizar la vida privada, concluyó que dicho derecho, así como el de identidad personal, esta tutelada por los alcances del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por tal razón transcribimos lo siguiente:

*“[L]a protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir*

---

<sup>108</sup> Corte IDH: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade, párr. 34

<sup>109</sup> **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación

<sup>110</sup> Reiteramos que las obligaciones de respeto y garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente, dado que esas no son obligaciones autónomas; sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrados en la Convención Americana en casos concretos y respecto de titulares de derechos específicos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos a la luz de las obligaciones particulares( Véase *En Convención Americana de Derechos sobre Humanos Comentada*, Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 1ed. 2014 México. pág. 54) . Motivo por el cual al momento de que la Corte declara la responsabilidad internacional de un artículo de la Convención Americana siempre utiliza la formula “en relación al artículo 1.1 y/o 2 de la CADH” habida cuenta que son obligaciones generales

*sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. [...]La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás.<sup>111</sup>”*

En ese entender, cuando la Corte Interamericana, expresa que “[la] vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás”<sup>112</sup>.

Por otro lado, la Corte IDH enuncia que la vida privada también conlleva la posibilidad “desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, *determinar su propia identidad*” así también, hace mención de la autopercepción de uno, caracteres que coinciden con el discurso que hemos sosteniendo, por lo que en razón a ello, podemos concluir que la identidad de género es un concepto protegido por la Convención en cuanto al artículo 11 de la CADH.

Por otro lado, el Comité Interamericano de Juristas, estableció algunas opiniones sobre el derecho a la identidad determinando que “el impedimento de su ejercicio o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan *los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación* y obstaculizan el derecho que toda persona tiene

---

<sup>111</sup> Corte IDH: Caso Artavia Murillo Vs Costa Rica, Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257 párr. 143 y Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, Párrafo 113

<sup>112</sup> Corte IDH: Caso Artavia Murillo Vs Costa Rica, Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257 párr. 143

al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.<sup>113</sup> Entonces habiéndose corroborado que la identidad de género es un concepto protegido por la CADH, no se puede negar la protección de tal derecho mediante practicas institucionales de un Estado, más todo lo contrario debe propenderse a garantizar el mismo.

Al respecto la Corte citó que “(...)la **identidad de género** de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual e [identidad de género] de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual e [identidad de género]”<sup>114</sup>

Respecto del marco europeo de protección de derechos humanos no existe una disposición que expresamente reconozca un derecho a la **identidad** en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado en forma constante que el artículo 8 del Convenio europeo "protege un derecho a la **identidad** y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y

---

<sup>113</sup> Cfr. Opinión Aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad en el 71° Periodo Ordinario de Sesiones, párr. 17

<sup>114</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 91

*desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior*"<sup>115</sup>. Así, la vida privada incluye aspectos de la "**identidad** social y física del individuo".

“La vida privada, además, protege "la identificación de **género**, nombre, **identidad sexual** y vida sexual [...] el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior"<sup>116</sup>”. Es importante tener una idea previa de que en el marco de la jurisprudencia europea si existe una especial atención al derecho de identidad sexual y consecuentemente la identidad de género por estar inmersa en ella, empero tales avances jurídicos serán abordados con mayor detenimiento en el siguiente capítulo (*ut infra* Cap. II Punto. 6.1).

Se puede concluir que en el marco de protección interamericana, la Corte IDH, ha afirmado su intención de proteger a la identidad de género en base al *soft law*<sup>117</sup>, además de ello, es importante comprender que la identidad de género si se encuentra protegida por los alcances del artículo 11 de la CADH. Por ello, si bien no se reconoce el cambio de sexo como derecho, sí reconocen expresamente la identidad de género el cual es en sí, el presupuesto para su admisión

Deseamos finalizar este punto trayendo a colación lo establecido en la Resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género proferida por el Consejo de

---

<sup>115</sup> TEHD: Caso Bensaid Vs. Reino Unido (aplicación no. 44599/98). Juicio de 6 Febrero 2001, párr. 47; también, Caso Pretty Vs. Reino Unido (aplicación no. 2346/02. Juicio de 29 Abril 2002, párr. 61

<sup>116</sup> TEHD: Caso Bensaid Vs. Reino Unido (aplicación no. 44599/98). Juicio de 6 Febrero 2001, párr. 47; también, Caso Pretty Vs. Reino Unido (aplicación no. 2346/02. Juicio de 29 Abril 2002, párr. 61, citado en el caso Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, Párrafo 112

<sup>117</sup> El *Soft Law*, es una expresión que se usa en el Derecho Internacional para referirse a aquellas normas que fueron expedidas por fuera del sistema de fuentes formales del derecho internacional, pero que gozan de cierta influencia al admitirse como criterio valido de interpretación. También consideradas "*normas ligeras*".

Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la cual se cuestionó la discriminación ejercida contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, frente a lo cual se instó a los Estados a eliminar las barreras que enfrentan las Lesbianas, los Gays y las Personas Bisexuales, Transgénero, e Intersexo (LGBTI) en el acceso a la participación política, a otros ámbitos de la vida pública, incluso a los sistemas administrativos para la rectificación del sexo en los documentos de identificación<sup>118</sup>.

Asimismo, a pesar de no formar parte del canon interamericano, es importante mencionar la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia en el caso “*K.B Vs. Nat’l Health Servs*”<sup>119</sup> el cual concluyó que una norma británica que no permitía la inserción de la identidad de género era contraria al derecho a la igualdad de retribución reconocido en el artículo 157<sup>120</sup> del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el derecho a no ser discriminado. En ese entender, según tal Tribunal, el impedir que un transexual hombre (que ha realizado su reasignación de sexo) celebrara un matrimonio heterosexual con fundamento en su sexo biológico generaba una situación de desigualdad, ya que al no ser su esposo no podía tener derechos hereditarios si la otra persona fallece

---

<sup>118</sup> Apunte extraído de la Sentencia T-063-15 de la Corte Constitucional Colombiana, punto 6.2.1

<sup>119</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europeo: Caso C-117/01, *K.B. v. Nat’l Health Svc. Pensions Agency*, 2004

<sup>120</sup> Artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE: 3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

## 6.2. Panorama latinoamericano sobre el reconocimiento a la identidad de género

La idea que postula este trabajo de investigación ha estado en la agenda legislativa de gran parte de los países latinoamericanos, y es que con gran espíritu progresista y de promoción de Derechos Humanos, no en pocos países caló el clamor social del grupo “trans” por el reconocimiento de su derecho a la identidad de género, incluso, existen países que han concedido rango constitucional al derecho a la identidad de género entre ellos Argentina, Ecuador, Colombia, Panamá, Uruguay, Costa Rica y México, por otro lado, no está demás mencionar que Chile y Bolivia<sup>121</sup> consideran el tema de identidad de género como un punto importante en su agenda legislativa

En el caso de **Argentina**, país pionero en promoción de derechos LGBTI, se sancionó la Ley 26.743 cuyo marco de protección autoriza el reconocimiento de identidad de género de una persona transexual, permitiendo de tal forma que inicie un trámite administrativo ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales, y de tal forma solicitar que se rectifique su partida de nacimiento así como la emisión de un nuevo documento nacional de identidad. Así también, podemos agregar que en caso de menores de edad, el trámite administrativo puede ser llevado por sus padres o apoderados debiendo contar el menor con la asistencia de un abogado, este trámite administrativo presta especial consideración a los deseos del menor, y en caso que alguno de los padres o representantes no exprese su

---

<sup>121</sup> Véase: <https://redaccion.lamula.pe/2015/09/21/michelle-bachelet-da-suma-urgencia-a-la-ley-de-identidad-de-genero/ginnopaulmelgar/> Revisado en: 18 de octubre de 2015

consentimiento, se puede recurrir a un trámite judicial en la vía sumarísima, donde los jueces atendiendo el principio de interés superior del niño resolverá en forma definitiva.

Un punto que contempla la denominada Ley de Identidad de Género argentina es que el cambio de nombre y rectificación de sexo tienen vigencia desde la inscripción en los registros del parte correspondiente, además de ello la variación de tales datos no varía la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. Es decir, la nueva identidad es únicamente un aspecto formal de reconocimiento legal, pero no afecta la relación jurídica concebida antes de dicho cambio.

Otro ejemplo claro de la cautela de derechos civiles está presente en **Uruguay**, donde se sancionó la Ley 18.620 la cual entre otras cosas, concede el derecho a toda persona de solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo o ambos, cuando no coincidan con su identidad de género, es decir permite materializar la identidad de género en documentos legales importantes para el ejercicio de los derechos como el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil y el documento nacional de identificación. Al igual que en el sistema argentino, el reconocimiento de la identidad de género opera de pleno derecho, es decir, no es necesario haberse realizado una cirugía de reasignación sexual. Es importante anotar que en Uruguay si es necesario judicializar la petición siendo competentes los jueces especializados de familia, y se requiere prueba la cual será aportada por un equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad de la Dirección General del Registro de Estado Civil.

La identidad de género en **Ecuador**, es un concepto protegido constitucionalmente, ello, en razón que la Constitución de Ecuador del 2008 prevé en su artículo 11 que nadie puede ser discriminado por razón de identidad de género, es decir, está proscrita cualquier práctica que atente contra dicha noción. En ese sentido, es la carta fundamental la cual dirige la praxis judicial en el país vecino, ello se ve reflejado en el carácter tuitivo que desarrolla la Defensoría del Pueblo Ecuatoriano, en una sonada demanda que entablo en contra del Registro Civil, Identificación y Cedulación de Ecuador, donde requirió que se respete el contenido del artículo constitucional por sobre la negatoria de la institución registral que denegó el cambio de sexo. Respecto de **Colombia**, es importante detallar el papel dinámico que desempeñó la Corte Constitucional Colombiana ya que vía activismo judicial pudo desencadenar consecuencias positivas para la correcta vigencia de los derechos humanos respecto de la situación de vulnerabilidad de las personas transexuales.

Así, marca un hito la sentencia T-918 de 2012, en ella la Corte Constitucional estudió la acción de amparo de una mujer transexual que había solicitado a su EPS la práctica de una cirugía de reasignación de sexo. El Tribunal consideró que la mujer tenía el derecho a que se le realizara la intervención y a que, después de la misma, la Registraduría modificara el sexo en su registro civil y en los demás documentos de identificación. La Corporación argumentó que las personas tienen el derecho a contar con una identidad sexual definida con plena autonomía bajo la protección constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana. Esta sentencia sirve de corolario para que en vía judicial se pueda reclamar el cambio de sexo en Colombia, es decir desde el 2012 era

razonable activar la vía judicial para que gracias a sentencia judicial se disponga el cambio de sexo en el DNI.

Posterior a la sentencia antes citada, recientemente la Corte Constitucional Colombiana emitió la **Sentencia T-063/15**, en dicho caso una persona transexual que previamente había sido operada para su reasignación de sexo, en vez de acudir al trámite regular que es vía acción civil, acude a una notaría para la rectificación de sexo de su partida de nacimiento, su solicitud es rechazada teniendo en cuenta que el procedimiento regular es ante el juez de familia siendo necesario la presentación de pruebas que acrediten la disforia de género y consecuentemente el amparo de su pretensión. Ante tal supuesto, la persona interpone recurso de amparo o acción de tutela –como se denomina en Colombia- a efecto que se disponga su cambio de sexo sin más trámite alguno que la expresión de su voluntad y su identidad de género. A lo cual la Corte Constitucional responde:

*“la exigencia impuesta a las personas transgénero de acudir a la vía judicial para lograr la corrección del sexo inscrito en el registro civil, supone la afectación de múltiples derechos fundamentales (...) y representa un trato desigual respecto del que se dispensa a las personas cisgénero”.*<sup>122</sup>

La argumentación culmina con la siguiente línea:

*“En conclusión, al constatar la existencia de un medio alternativo que cuenta con cobertura legal, es menos lesivo de los derechos fundamentales y reviste idoneidad equivalente para alcanzar los fines constitucionales que se satisfacen con el proceso de jurisdicción voluntaria, la Sala encuentra que la obligación impuesta a la accionante de acudir a este último mecanismo para realizar la corrección del sexo inscrito en el registro civil, es una medida innecesaria y gravosa para sus derechos, y que además representa un trato discriminatorio en relación con el que se dispensa a las personas cisgénero, quienes pueden corregir este dato mediante escritura pública”*

---

<sup>122</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T 063-15 fundamento jurídico 7.2.5

Producto de este fallo judicial, y atendiendo la innegable presencia que tiene la Corte Constitucional Colombiana, el ejecutivo mediante Decreto 1227-2015<sup>123</sup> agregó el derecho a las personas transexuales a poder corregir su sexo, gracias a la identidad de género, en vía notarial. En esa medida es flagrante la promoción de Derechos Humanos que viene desarrollando la Corte Constitucional de Colombia, no solo para tal país sino también para el resto de Latinoamérica.

Otro caso a resaltar en el marco latinoamericano, es el de **México**, ya que en dicho país se acepta el cambio de sexo previo trámite judicial; en efecto, tal marco se encuentra regulado en el reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, en el artículo 69-A<sup>124</sup>, empero existe en agenda legislativa una tendencia a flexibilizar el proceso judicial atendiendo los argumentos determinados por la Corte Constitucional, siendo que el obligar a que las personas lleven este proceso judicial, es un re-victimización al respecto.

Otros casos a resaltar son los de **Chile**<sup>125</sup> y **Bolivia**<sup>126</sup>, en los cuales se observa la voluntad política y social de incorporar a su a su ordenamiento jurídico una ley que garantice la

---

<sup>123</sup> Puede verse el contenido de la norma en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/%23%20decretos/1.%20DECRETO%202015-1227%20sexo%20c%C3%A9dula.pdf> Revisado en 9 de diciembre de 2015

<sup>124</sup> Artículo 69 Bis.- Para la autorización del acta de nacimiento que deba registrarse en cumplimiento a la resolución judicial que ordene un nuevo registro de nacimiento, por reasignación sexo genérica, los interesados deberán presentar: I. Solicitud debidamente requisitada; II. Oficio emitido por el Órgano Jurisdiccional que ordene la inscripción de la Secretaría correspondiente; III. Sentencia debidamente ejecutoriada que ordene el registro de una nueva acta de nacimiento por reasignación sexo-genérica; IV. Copia certificada del acta de nacimiento primigénea para el efecto de que se haga la reserva correspondiente; V. Comparecencia de la persona a registrar con original y copia fotostática simple de su identificación oficial; VI. Para el caso de que la persona a registrar sea menor de edad, deberá comparecer quien ejerza sobre esta la Patria Potestad o Tutela con original y copia fotostática simple de su identificación oficial, y VII. Comprobante de domicilio

<sup>125</sup> Al respecto, véase la nota de prensa en: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/12/680-659069-9-ley-de-identidad-de-genero-senado-inicia-esta-semana-su-discusion-en-sala.shtml> Revisado el 10 de Diciembre de 2015.

<sup>126</sup> Al respecto, véase la nota de prensa en: <http://www.sentidog.com/lat/2015/11/aprueban-ley-de-identidad-de-genero-en-bolivia.html> Revisado el 10 de Diciembre de 2015

identidad de género. En ambos dispositivos se garantiza la posibilidad de realizar el cambio de sexo y nombre respectivo. Tal intención nace del reconocimiento de la segregación y discriminación en contra de las personas “transgénero” quienes se ven imposibilitadas de anexarse a la vida social. Tales dispositivos normativos constituyen una solución justa a la problemática social objeto de estudio y si bien es cierto aún no se encuentran válidamente aprobadas, se advierte que al menos, está en boga su consecución.

### 6.3. El fallido proyecto de ley N° 1348/2011-CR

En nuestro país, la voluntad política sobre derechos LGBTI es un tanto parca, sino silenciosa. En tal medida se aprecia proyecto de ley N° 1348/2011-CR denominado también “Ley de protección de la identidad y la tutela jurisdiccional del cambio de nombre de pila o patronímicos” el cual fue presentado por el grupo parlamentario “Alianza Parlamentaria” a iniciativa del congresista Mariano Portugal Catacora. En el referido proyecto de ley se pretende regular la incertidumbre jurídica que suscita el proceso civil de cambio de nombre, de la exposición de motivos se desprende lo siguiente:

*“(…) [existe]incertidumbre en el fuero judicial, [sobre la] pretensión de cambio de nombre. Al no estar expresamente regulada[,] permitió que la vía procedimental y el juez natural sean asignados por interpretación; designación que no es la más adecuada porque ha creado incertidumbres, idas y venidas al confundirla con una rectificación generando dudas como: ¿el cambio de nombre se puede tramitar procesalmente como si fuera una rectificación de partida?, ¿el cambio de nombre es procedente por las mismas razones que la rectificación?”<sup>127</sup>*

Interesa a la presente investigación la mención expresa que hace sobre la realidad del colectivo “trans” citando para ello el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso Karen Mañuca, citando lo siguiente:

---

<sup>127</sup> Véase La Exposición De Motivos Del Proyecto De Ley N° 1348/2011-CR. Pág. 2

*“Además, es inevitable comprender una realidad paralela pero existente, la identificación sexual de género masculino o femenino, teniendo en cuenta la salud mental en el desarrollo de las personas, por esto, como ya ha desarrollado el Tribunal Constitucional los elementos de la identidad sexual son: “cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismo que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran[...]*

*[...]estamos seguros se debe regular en nombre de la libertad y autodeterminación de la persona humana, el supuesto especial de las personas que han decidido adecuar su físico y género psiquis, claro está, pero previo los análisis y tratamientos médicos, psicológicos y psiquiátricos en un tiempo razonablemente prolongado; no regularlos es dejar al margen de la tutela jurisdiccional efectiva a estas personas, quienes además requieren de determinados mecanismos procesales especiales que justifiquen una decisión arreglada a derecho”<sup>128</sup>*

Nótese que este proyecto únicamente regula el supuesto de “cambio de nombre” más no de sexo motivo por el cual, cuando hace alusión a que dicho proyecto reconoce el derecho a la autodeterminación e identidad sexual, se está completamente alejado de la realidad. La concepción sostenida en el proyecto de ley desconoce abiertamente lo que la comunidad internacional ha referido acerca de la identidad de sexual ya que la misma no se limita al cambio de nombre.

La situación se agrava más cuando establece requisitos legales para la posibilidad de cambio de nombre de una persona “trans”, ya que requiere: i) Un periodo no menor de 3 años en los que la persona debe acreditar “uso” de la identidad que reivindica; ii) Haberse adecuado quirúrgicamente el sexo, para lo que se requiere un informe médico “sobre el tratamiento médico para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo pretendido; iii) Adjuntar un informe psicológico y psiquiátrico que den cuenta de un “tratamiento mental durante al menos seis meses anteriores, para asegurar estabilidad permanente del sexo

---

<sup>128</sup> Idem.

asumido” y “que diagnostique la disforia de género”; iv) Adjuntar un informe psicológico y psiquiátrico que den cuenta de un “tratamiento mental durante al menos seis meses anteriores, para asegurar estabilidad permanente del sexo asumido” y “que diagnostique la disforia de género”; v) No haberse casado y no tener hijos/as y ratificar de manera personal e indelegable la decisión en audiencia.

La referida ley agrava el *statu quo* dejado por la STC-139-2013/PA, ya que crea más barreras al reconocimiento de la identidad de género. En ese sentido es necesario una adecuada técnica legislativa para solucionar el problema del desconocimiento de la identidad de género que en vez de retroceder, brinde un avance significativo.

#### **6.4. ¿Debe prevalecer la identidad de género sobre el sexo biológico?**

Michel Foucault analizaba la inmutabilidad del sexo/genero, por ello afirmaba que desde el punto de vista del derecho, “esto implica evidentemente la desaparición de la libre voluntad de elegir. Que ya no corresponde al individuo decidir de qué sexo quiere ser, jurídica o socialmente; al contrario, es el experto quien determina el sexo que ha escogido la naturaleza, y al cual, por consiguiente, la sociedad debe exigirle que se atenga.”<sup>129</sup>

Al momento de que *Foucault*, cita el experto, se refiere al operador jurídico o al médico, ya que incluso hasta nuestros tiempos, la propia percepción de uno mismo respecto de su identidad de género, no parece tener relevancia, ello en razón a que el único que puede dirimir tal contexto es el Juez contando con la opinión del Médico.

En ese supuesto, al formularse la interrogante ¿Qué debe primar, el sexo biológico o psicológico? Hallamos la respuesta en: “el concepto del derecho a la identidad de género”;

---

<sup>129</sup> FOUCAULT, Michel (2007), *Herculine Barbine llamada Alexina B.* Madrid, Ed. Talasa 2da. Edición. Pag. 13.

y, es que conforme hemos venido desarrollando, la identidad de género es un Derecho inmerso dentro de la amplia gama conceptual integrada a la identidad personal que no debe depender del “experto” como afirmaba Foucault sino más bien de uno mismo.

En ese orden de ideas, el presente trabajo aboga por la superación de la *heteronormatividad* como modelo social de vida; aquel que expone a la persona transexual a confrontar el “sexo/género” biológico y socialmente impuesto, con su realidad personal (sexo psicológico).

Proponemos y defendemos la posición de que cuando no coincida el elemento biológico con el elemento psicológico de la sexualidad, es la autodeterminación la cual determina el sexo de la persona, ya que aquella autodeterminación parte de la dignidad humana, y -conforme ha interpretado la Corte Interamericana<sup>130</sup>- la identidad comprende la comprensión de cómo es uno mismo. Complementando tal idea la Corte Constitucional Colombiana última

“el registro civil que tiene una persona transgénero es en sí mismo una coacción ajena, pues las personas transgénero entienden que la asignación de sexo legal ha sido una imposición que responde a paradigmas tradicionales de qué es la persona. En particular, esta asignación está asociada a la genitalidad como único elemento que define a la persona en términos de género y subsecuentemente su rol en la sociedad, y sin reconocer que el género también tiene relación con cierta tradición de los oficios, y consulta elementos culturales relacionados con la educación, entre otros.”

---

<sup>130</sup> La Corte IDH, en el caso Atala Riffo vs Chile, expresó que: “[E]l concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”<sup>130</sup>.

Asimismo, concebimos que no se puede restringir la inmutabilidad del sexo al binario “varón-mujer” ya que la realidad social muestra la existencia de las personas transexuales e intersexuales quienes desafían este “*modelo*” las cuales buscan una transición.. Motivo por el cual no se puede restringir el reconocimiento jurídico de tales personas ya que la dignidad humana va más allá de modelos socialmente aceptados, debiendo prevalecer la identidad de género al tratarse de un supuesto personalísimo y privado de la persona. Esta teoría de derecho permite la materialización del principio de no discriminación por razón de sexo promoviendo la creación de condiciones necesarias para que el colectivo “trans” obtenga el reconocimiento del estado como personas jurídicas y consecuentemente el desarme del modelo “*binario*”, en ese orden de ideas, la identidad sexual es algo que trasciende los elementos objetivos como son los elementos biológicos, cruzando así, la frontera de lo psíquico y lo social.

La autodeterminación personal, motivada por la dignidad humana, es el motor que facilita el reconocimiento de la identidad de género sobre la identidad biológica ya que de ella depende la construcción personal y social en el devenir histórico de la persona. En ese norte de ideas, se erige el principio de autonomía de la persona el cual –según el maestro Carlos Nino- detalla que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de exigencia humana, el Estado —y los demás individuos— no debe interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, cuyos límites se encuentran en la no afectación de legítimos derechos de terceros”<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> NINO, Carlos Santiago (1989). “*Ética y Derechos Humanos*” Buenos Aires, Astrea. pág. 204.

Creo conveniente mencionar la conclusión de *Saldivia* al expresar –con ánimo armonizador– la confluencia de lo biológico y cultural respecto de la identidad de género:

*“[N]o hay nada certero en utilizar a la biología para caratular a alguien como hombre o mujer ya que la interpretación que se hace de dicha biología es también un producto de la cultura. Si el género en su propia construcción hubiese seguido a la naturaleza y emergido de la evidencia que ella misma presenta, hubiese hablado una infinidad de idiomas, no sólo dos. Más que insistir en la primacía de lo natural o lo cultural como fuente de las diferencias de género, tal vez sea hora de reconocer que ambos juegan un rol y que ninguna explicación se reduce a una sola de estas variables, sino que sólo tendrán sentido si se las integra.”<sup>132</sup>*



---

<sup>132</sup> SALDIVIA, Laura “*Reexaminando La Construcción Binaria De La Sexualidad*” pág. 27 Disponible en: [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Saldivia\\_Sp\\_PV.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Saldivia_Sp_PV.pdf)

## CAPITULO II

### EL CAMBIO DE SEXO REGISTRAL: UN ANALISIS CONTRASTANDO LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS QUE AFECTA LA SENTENCIA VINCULANTE 139-2013-PA/TC



## 1. Palabras preliminares

A fin de dar inicio al presente capítulo, es pertinente preguntarnos: ¿En el Perú, es lícito admitir el cambio de sexo registral de una persona “trans” en base a su identidad de género? Dicho ello, la posición del presente trabajo abogaría por una respuesta afirmativa, tomando como punto de referencia las ideas vertidas en el primer capítulo sobre la identidad de género; sin embargo, la respuesta a tal interrogante se encuentra contenida en la sentencia 139-2013-PA-TC ya que en ella, el Tribunal Constitucional de Perú desconoce la posibilidad de cambio de sexo registral, vetando el concepto de identidad de género.

En base a tales conclusiones, interesa al presente capítulo comprender cómo afronta el derecho el fenómeno de la “transgeneridad” tomando en cuenta la doctrina, legislación comparada y la jurisprudencia internacional para así confrontarlo con el razonamiento jurídico empleado por el Tribunal Constitucional.

En tal contexto, en el presente capítulo se enunciará las consecuencias jurídicas que ocupa el desconocimiento de la identidad de género como derecho, traducido en la afectación de diversos derechos fundamentales en relación con el principio de no discriminación.

## 2. La Categoría “trans” y su relevancia jurídica

Habiendo determinado que la identidad de género es un concepto protegido por el Derecho, es consecuente iniciar el análisis respecto de la minoría sexual que busca materializar tal derecho, el grupo *trans*.

El grupo *trans*, es *per se*, un concepto plural ya que dentro aquel concepto él, se encuentran inmersos demás categorías, a saber: i) transexuales; ii) transgénero y; iii) travestis, en esta medida, tales personas tienen un factor común y es que cuestionan de alguna forma la

relación que existe entre su sexo/género asignado biológicamente con su autopercepción de género psicológica.

En esta medida, haciendo una diferenciación puntual entre los conceptos antes citados podemos mencionar lo establecido por Milan Benavides afirmando que “[t]iende a entenderse que una persona es transgénero cuando se identifica con un género diferente u opuesto al que le fue asignado al momento del nacimiento, independientemente de que haya realizado intervenciones y transformaciones sobre su cuerpo para expresar dicha identidad. Tales intervenciones, como los procedimientos médicos y las operaciones quirúrgicas, tienden a ser relacionados específicamente con las personas transexuales, aunque en algunos casos ambos conceptos son equiparados<sup>133</sup>”.

Complementando tal concepto, respecto de los travestis se dice que son “aquellas personas que asumen una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto, sobre el cual es pertinente precisar que algunas personas travestis intervienen sus cuerpos con hormonas y cirugías, pero no desean transformar quirúrgicamente sus genitales”<sup>134</sup>.

El destacado profesor de *Salvador Vidal Ortiz* de la American University señala que “los trans [atravesan] una experiencia lineal de cambio de un sexo al otro. Por ejemplo, cuando una persona asignada mujer en su nacimiento se identifica como un hombre en el transcurso de su vida y modifica su cuerpo o expresión género para ello. Una segunda definición es la

---

<sup>133</sup> Benavides, C., Millan (2008). *Cuerpos y diversidad sexual: aportes para la igualdad y el reconocimiento*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, pág. 15. Citado en: MORENO PABÓN, Diana Carolina (2014) “*Derecho, persona e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans*” Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 11: 123-143, enero-diciembre. Pág. 125

<sup>134</sup> Corte Constitucional T-314 de 2011

de lo trans como una categoría de género, como una tercera opción dentro de la lógica binaria: hombres, mujeres y trans. La tercera definición es la de lo trans como una experiencia por fuera de todo concepto de lo femenino y lo masculino, que trasciende la noción de género mismo. Por ejemplo, aquella persona cuya identidad sexual fluye constantemente o mantiene constantemente expresiones de género que no son específicas de nuestras concepciones de lo que caracteriza a una mujer o a un hombre”<sup>135</sup>.

Para el Consejo de Europa, “el transexualismo se refleja en el individuo como un síndrome que tiene como característica una doble personalidad, física y psicológica, a la vez que tal convicción de pertenecer al sexo distinto le lleva a pedir que se realicen las correcciones correspondientes en su cuerpo”.<sup>136</sup>

Para terminar la idea, podemos traer a colación lo concluido por la Corte Constitucional Colombiana la cual cita que “[e]n materia de definición de personas transgeneristas el debate está abierto de manera que no se propone un intento de cierre o clasificación en una categoría única. Por el contrario, atendiendo a los procesos de organización política y de auto reconocimiento, debe enfatizarse en la denominación personas trans teniendo en cuenta los debates identitarios y la multiplicidad de denominaciones empleadas para hacer alusión a la diversidad de género.”<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Vidal Ortiz, Salvador. Transgender and Transsexual Studies: Sociology’s influence and future steps. *Sociology Compass* 2/2. 2008. At. 435 Citado en: MORENO PABÓN, Diana Carolina (2014) “*Derecho, persona e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans*” Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 11: 123-143, enero-diciembre. Pág. 126

<sup>136</sup> Tal conclusión deriva de la Recomendación 1.117 de la Asamblea del Consejo de Europa de fecha 29 de septiembre de 1989. En forma literal se desprende lo siguiente: “[I]s a síndrome characterised by a dual personality, one physical the other psychological, together with such a profound conviction of belonging to the other sex that the transsexual personal is promoted to ask to the corresponding bodily ‘correction’ to be made”

<sup>137</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-63/2015, párr. 5.3.1

De todo lo afirmando sostenemos que el transgenerismo es una minoría sexual cuya particularidad reside en que sus integrantes transitan entre el sexo biológico y su propia autopercepción inquiriendo que la percepción propia prime sobre el sexo biológico; en esa medida, la relevancia jurídica que sale a la luz es que el “transgenerismo” es una opción de vida legítima y consecuentemente cobra importancia su reconocimiento como categoría jurídica protegida por el Derecho ya que ello es coherente con el respeto de la libertad, libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Es importante mencionar las palabras de Joan Roughgarden, quien ocupa la cátedra de evolución en la Universidad de Stanford en California, al sostener que “si se utiliza un argumento naturalista acerca del comportamiento humano, es necesario contemplar y aceptar que la transexualidad o el transgenerismo, así como las diferentes formas de orientación sexual, son características biológicas y culturales inherentes al mundo de lo humano”<sup>138</sup> por lo que “el cuerpo sería sólo una condición necesaria para el desarrollo de la presencia no corporal, que lo trasciende.”<sup>139</sup>

### **2.1 La transexualidad en el orden jurídico**

En palabras de Fernández Sessarego, el transexualismo es descrito como “una situación existencial que se despliega de en la dimensión intersubjetiva y que, por lo tanto, no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica”<sup>140</sup>. Prosiguiendo con las definiciones establecidas por el jurista, afirma que el transexualismo se suele considerar como “un síndrome

---

<sup>138</sup> Es importante referir que tal alegación se dio en el marco del proceso sentenciado por la Corte Constitucional de Colombia (T-314/2011) donde Joan Roughgarden intervino en calidad de *amicus curiae*

<sup>139</sup> ANDRUET, Armando (2004) “*Bioética, Derecho y sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*” Madrid: Alveroni, p. 379.

<sup>140</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal, Ob cit. Pág 315*

caracterizado por el hecho de que una persona, que desde un punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, pero que tiene conciencia de ser del sexo opuesto”.

Para el connotado jurista Zannoni, “El transexual tiene una persistente preferencia por el rol del género al otro sexo y está atrapado o atrapada en el cuerpo equivocado, pese a conservar la anatomía normal para su sexo (...), ello le impulsa a asumir las modalidades del sexo opuesto al genético y, como para completar su identidad psicológica, a inyectarse hormonas y someterse a cirugía para modificar su aspecto externo”<sup>141</sup>. Por tales aseveraciones se infiere que el transexual es aquel que tiene un profundo deseo y sentimiento de pertenecer al “otro” sexo que no coincide con su asignación somática. Este sentimiento de pertenencia al otro sexo es tan grande que viene acompañado de un deseo incontrolable de modificar su sexo somático para poder realizarse como persona<sup>142</sup>.

Para complementar tal idea, Fernández Sessarego cita a Stanzione quien describe dos claros caracteres que denotan a una persona transexual: “i) el sentimiento, difuso y profundo de pertenecer al sexo opuesto a aquel que desde el nacimiento le asignó la naturaleza, y cuya características biológicas son evidentes y normales ii) Poseer un deseo invencible de cambiar de sexo dentro de las posibilidades de la ciencia y para los efectos de que se le reconozca jurídicamente como un nuevo estado”<sup>143</sup>. De las ideas mencionadas se observa que el

---

<sup>141</sup> ZANNONI, E. “Concepto de sexo. Factores. Transexualismo”. (Comentario a la Sta. De la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, Marzo 31 de 1989). Derecho de Familia. Extraído de: revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 4 (Buenos Aires. Abeledo- Perrot, 1990, pág. 135.

<sup>142</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la identidad personal” *ob. Cit.* pág. 317

<sup>143</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Nuevas Tendencias En El Derecho De Las Personas” *ob. Cit.* Pág. 212

transexualismo tiene su génesis en la psiquis de la persona humana, y se viene manifestando desde la infancia de la persona a través de comportamientos de género opuesto al de su sexo biológico, (v. gr. Que una niña asuma una afición por jugar con carros o el modo de expresarse con los demás). Fernández Sessarego continúa desarrollando este supuesto y menciona que “[l]uego, con la pubertad y la adolescencia, el transexual llega a darse cuenta de una mejor manera del «problema» que tiene y el conflicto interior se agudiza. Es así que el transexual siente incomodidad por los atributos físicos que no siente como propios; en el ámbito social, el transexual empieza a sentir el rechazo propio de una sociedad que suele temer y rechazar lo que es distinto a lo «normal». Pero el proceso del transexual no se detiene. Es así que entra en el «travestismo», pero al no obtener satisfacción busca un cambio más radical. En ese momento el transexual recurre a la adecuación de sexo”<sup>144</sup>.

Si esto es así, podemos observar que la expresión de género del transexual, no solo se limita a saberse de un género opuesto al genético, sino también, en la voluntad intrínseca de que se le reconozca como tal, por lo que busca además de acudir a una solución medica traducida en una cirugía de reasignación de sexo, se le reconozca jurídicamente en su nuevo estado en cuanto a su género, y de tal forma poder desarrollar su biografía personal conforme a su verdadera identidad.

Es pertinente agregar que la transexualidad, en términos médicos, se entiende como “disforia de género” el cual se caracteriza por desarrollar un deseo no controlable de cambio de género, entre otras características la disforia de género reclama la existencia de algunos presupuestos,

---

<sup>144</sup> Ibid. pp. 212-213

a saber: “i) sentimiento de disconformidad y repugnancia con el sexo anatómico, junto a un sentimiento de larga duración de pertenecer al sexo opuesto; ii) deseo de cambio de sexo para poder vivir en un rol de sexo opuesto, junto a un comportamiento del sexo opuesto y una vestimenta de sexo opuesto sin producción de excitación sexual; iii) Ausencia de síntomas o comportamientos homosexuales; iv) presencia de los síntomas durante un mínimo de dos años; v) ausencia de anomalías físicas, de estados intersexo, o anomalías genéticas; y, vi) ausencia de etiología esquizofrénica.”<sup>145</sup>

Es importante detallar que para el CIE 10<sup>146</sup> (Clasificación Internacional de Enfermedades) elaborada por la OMS (Organización Mundial de salud) la transexualidad es definida como “el deseo innato de vivir y ser aceptado como miembro del sexo opuesto, este deseo se acompaña con el malestar interno y desacuerdo con el sexo anatómico propio, por lo que nace el deseo de cambiar tal situación a través de un tratamiento hormonal o quirúrgico para adaptar el cuerpo al sexo autopercebido”. Asimismo, no está demás detallar que a la actualidad es más común usar el término “disforia de género” superando la antigua

---

<sup>145</sup> LOZANO VILLEGAS, German. “El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: ‘El Transexualismo’”. IV Jornadas de Derecho constitucional y administrativo, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. Nota al Pie.- 10. Consultado en 15 de noviembre 2015 Disponible en: << <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/24.pdf>>>

<sup>146</sup> Es importante puntualizar que “Recientemente, el Manual de Clasificación Diagnóstica y Estadística de Trastornos Mentales modificó la categorización “*desorden de identidad de género*” por “*disforia de género*,” considerando que la primera conceptualización creaba y mantenía un estigma social y un prejuicio cultural contra estas personas y sus familias, al tiempo que desconocía que la variedad de géneros y sus dinámicas son expresiones válidas de identidad. (Extraído de la sentencia T-099/15 de la Corte Constitucional)

Ante tal idea, es conocido que importantes corrientes de pensamiento, vienen desvinculando el transexualismo del CIE 10, tal y como sucedió con la homosexualidad la cual fue considerada enfermedad hasta parte de la década de los 90’s. Creemos que tal situación aún no encuentra consenso por lo que cabe la posibilidad que su incorporación en el CIE 10 siga latente unos años más. Cabe destacar que la sentencia que examinamos no es coherente con una visión *pro-homine* ya que se refiere a la transexualidad como un trastorno: Fundamento jurídico 13.

denominación: “trastorno de género”, lo cual permite deslindar la transexualidad de una enfermedad propiamente dicha, máxime si la disforia de género se entiende como “la falta de sintonía entre el sentimiento de la persona y el sexo que socialmente le fue asignado, y que suele manifestarse ya en la infancia y adolescencia y más raramente en la edad adulta”<sup>147</sup>.

## 2.2 El Transgenerismo en el orden jurídico.

Como bien resaltamos, la persona transgénero es aquella que a pesar de sentirse identificada con el sexo opuesto al suyo biológico, no posee esa sensación interna de adecuar su anatomía al sexo del cual se cree parte. Tal idea parte de la maximización del derecho a la identidad de género e identidad sexual, el cual no solo debe ser identificado como la posibilidad de transición material efectiva entre el sexo biológico y el sexo psicológico, sino más bien, con la posibilidad de cada persona pueda desarrollar su personalidad conforme al sexo/genero con el cual se siente identificada.

Bajo esta premisa, se empieza a hablar de transgénero como “un término de reciente aplicación a los estudios de género que se refieren a individuos, comportamientos y grupos que presentan divergencias con los roles de género duales más tradicionales, ya que traspasan las fronteras de identidad genérica comúnmente asignadas. Por lo que “ya no se consideraría determinante el deseo de reasignación de sexo ya que estos no son esenciales para la construcción de la identidad de género”<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> ESPIN ALBA, Isabel (2008) “Transexualidad y Tutela Civil de la Persona” Madrid: Colección Jurídica General. Ed . Reus. pág. 19 En tal texto, se hizo alusión a que “disforia” es entendido – en términos médicos- como disconformidad o desasosiego, es decir un profundo desacuerdo entre el sexo biológico y el sexo psicológico.

<sup>148</sup> Martín Casares. A. (2006) “*Antropología del género: cultura, mitos y estereotipos sexuales*” Madrid., pág. 53 Citado en Isabel Espín Alba (2008) “*Transexualidad y Tutela Civil de la Persona*” Ob. Cit. pág. 21

En ese sentido, el reconocimiento de la categoría “transgénero” surge de la desvinculación del término “transexual” los cuales son diferentes, empero, coinciden ser manifestaciones de la identidad de género. En esa lógica, la jurisprudencia española expresa que “‘transgenero’ o transexual no genuino, [es un] termino más amplio que el de transexual y que se usa para designar a aquellas personas que a pesar de no sentirse bien con su sexo legal, no desean tampoco una adaptación completa al sexo legal contrario (tratamiento hormonal o cirugía de reasignación sexual), esto es, quien vivir un rol distinto al asignado, manteniendo su cuerpo inalterable o parcialmente alterado, puesto que pueden sentir que no encajan en ningún género, en ambos, o en el género contrario y que podrían modificar su percepción en el futuro”<sup>149</sup>.

Bajo tal punto, podemos afirmar que el transgenerismo está un paso antes de la transexualidad, sin embargo, el reconocimiento de ambos supuestos, debe interesar al derecho ya que la expresión de género es una manifestación del derecho a la libertad y otros conexos. Esta idea nos lleva a reafirmar que la identidad personal es dinámica ya que es la persona quien define su proyección personal, lo cual nos permite aceptar la superación de la *heteronormatividad* representada en las categorías binarias sexo/género.

### 2.3 Travestismo

Otro grupo minoritario en el colectivo “trans” son los travestis, los cuales, sin identificarse plenamente con el sexo biológico opuesto, desempeña únicamente el “rol de género” opuesto al que le impone el colectivo social. Esta conducta se traduce en la voluntad de querer “vestirse” o “verse” de diferente género.

---

<sup>149</sup> Ibid. 21 y 22

David Barrios expresa que “el travestismo es una manifestación de la diversidad sexual caracterizado por el empleo de vestimenta, lenguaje, estilos de comportamiento, accesorios y manierismos que en el grupo cultural de referencia de cada persona se consideran propios del otro género”<sup>150</sup>. La OMS cita que “[El travestimo no fetichista] consiste en llevar ropas del sexo opuesto durante una parte de la propia existencia a fin de disfrutar de la experiencia transitoria de pertenecer al sexo opuesto, pero sin ningún deseo de llevar a cabo un cambio de sexo permanente y menos aún de ser sometido a una intervención quirúrgica para ello”<sup>151</sup>. Por otro lado, hacemos referencia a la consideración que dio la jurisprudencia argentina sobre el travestismo y la transexualidad, léase:

*“Más allá de la distinción que desde la perspectiva médica y bioética cabe entre los cuadros de "transexualidad" y "travestismo" (cuestión respecto de la cual no se ha incorporado información en la causa), tal diferenciación en nada incide en la perspectiva constitucional en lo referente a la tutela jurídica de la esfera de la privacidad, en la medida que se tratare de conductas autorreferentes que no afectan legítimos derechos de terceros ni ofenden la moral pública”<sup>152</sup>*

### 3. Respuesta de la jurisprudencia peruana al transgenerismo

Interesa a esta investigación, detallar aquellos casos en los cuales el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de emitir pronunciamiento vinculado a la minoría “trans” con anterioridad

---

<sup>150</sup> BARRIOS MARTÍNEZ, David y GARCÍA RAMOS, María Antonieta, *Transexualidad: la paradoja del cambio*, México, Alfil, 2008, pág. 14. Citado en GÁTICA MIÑO, María del Carmen. Ob. Cit. Pág. 76

<sup>151</sup> Concepto establecido por la OMS en la clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y problemas relacionados con la salud CIE 10, aprobada por la ONU.

<sup>152</sup> Juzgado "J.C.P. S/Acción de Amparo", con nota "Transexualidad: Qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?" por Graciela Medina y Héctor D. Fernández publicada en J.A. 2001-IV, fascículo n.12, número especial de Bioética, 2da. parte, ps.46 y sstes.- Consultado en: 30 de octubre 2015 Disponible en:

["http://www.bioeticaclinica.com.ar/bioetica\\_panorama/bioetica\\_panorama\\_leg\\_arg\\_jurisprudencia\\_travestismo.html"](http://www.bioeticaclinica.com.ar/bioetica_panorama/bioetica_panorama_leg_arg_jurisprudencia_travestismo.html)

a la sentencia 139-2013/PA-TC. En esa ilación de ideas, en el acervo jurisprudencial del TC existen dos sentencias las cuales pasamos a mencionar

### 3.1. Caso Álvarez Rojas<sup>153</sup>

En el caso *Álvarez Rojas* el Tribunal Constitucional analizó la destitución de un efectivo policial quien supuestamente cometió faltas disciplinarias contra el decoro, obediencia y el espíritu policial. En tal proceso, el demandante alegó que se vulneró su derecho a la defensa así como una violación al principio *nen bis in ídem* por lo que solicitó se deje sin efecto su pase al retiro y se disponga su reincorporación al cuerpo policial.

Según consta de los hechos, los argumentos que motivaron la sanción se basan en que *“el 03 de mayo de 1996 el recurrente se casó con Óscar Miguel Rojas Minchola quien, para tal efecto, asumió la identidad de Kelly Migueli Rojas Minchola, [...] manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil [...] demostrando, con estos hechos, total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP”*<sup>154</sup>

En ese orden de ideas, el TC valoró que si bien es cierto el recurrente demandó la vulneración del derecho al debido proceso, el Tribunal, en ejercicio del principio *Iura Novit Curia* puede analizar la vulneración de otros derechos, motivo por el cual, tomando en cuenta los hechos materia de demanda, examinó la proporcionalidad de la medida disciplinaria adoptada (pase al retiro) tomando en consideración los hechos que ocasionaron la sanción (casarse con una persona transexual).

---

<sup>153</sup> STC: N.º 2868-2004-AA/TC Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>

<sup>154</sup> Ibid. Fundamento Jurídico 19

El TC estudió si es posible sancionar la convivencia con una persona transexual, recordando los alcances del artículo 1 de nuestra constitución, el cual “*no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener*”<sup>155</sup>. Es importante resaltar este razonamiento, ya que el TC sienta las bases para promover el respeto pleno de los derechos las personas LGTBI así como considerar que las preferencias sexuales nada obstan en el reconocimiento de derechos. En esa consideración, el Tribunal analizó la injerencia que pueden tener cuestiones morales al momento de determinadas sanciones, motivo por el cual el Tribunal Constitucional consideró que no corresponde al derecho administrativo sancionador, verificar actos morales e imponer una sanción, afirmando que “en un Estado constitucional de derecho, que se sustenta en una comunidad de hombres libres y racionales, las relaciones entre moral y derecho no se resuelven en el ámbito de los deberes, sino de las facultades”<sup>156</sup> por lo que declaró fundada la demanda de amparo, constituyendo un claro reconocimiento de la diversidad sexual que existe en nuestra sociedad, más aún si la pretensión del recurrente fue estimada.

---

<sup>155</sup> Cfr. Ibid. Fundamento Jurídico 23. Complementando tal punto, el TC enunció que: “El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría”

<sup>156</sup> Ibid. Fundamento Jurídico 24. El TC citó, además, las ideas de Gustavo Radbruch para validar su argumento, tal como se transcribe: “*El derecho sirve a la moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el lado de los deberes. Garantiza derechos a los individuos, para que puedan cumplir mejor sus deberes morales. (...) El orgullo moral, que siempre va unido a lo que el hombre se da a sí mismo, va ligado en los derechos subjetivos a lo que uno aporta a los demás; el impulso y el interés, encadenados siempre por la norma, quedan ahora libertados por la misma norma. Mi derecho es, en el fondo, el derecho a cumplir con mi deber moral. En sus derechos lucha el hombre por sus deberes, por su personalidad*”

### 3.2. Caso Karen Mañuca<sup>157</sup>

El caso data del año 2005, donde Karen Mañuca Quiroz Cabanillas (transexual) interpone demanda de hábeas corpus en contra de la RENIEC, ya que ésta institución le denegó la emisión de un duplicado de su DNI, considerando que tal hecho vulnera su derecho a la identidad y la libertad personal.

En la contestación de demanda, la RENIEC; aludió que no se otorgó el duplicado ya que a consecuencia de un examen de confrontación monodactilar se concluyó que la identidad de la demandante pertenecía a Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, existiendo dualidad de partidas siendo la primera la de Manuel Jesús identificado con sexo masculino, y la segunda de Karen Mañuca de sexo femenino.

El TC declaró que la RENIEC debe brindar el duplicado del DNI de la recurrente, considerando que ya se había llevado a cabo un proceso judicial de rectificación judicial del nombre del recurrente (de nombre masculino a nombre femenino), el cual fue inscrito en su partida de nacimiento; sin embargo, dispuso la intangibilidad de los demás elementos identificatorios, tales como el *sexo*.

Debe prestarse especial atención a que si bien es cierto, el TC declaró fundado el habeas corpus, las consideraciones que motivaron tal decisión fueron parcas e incluso tímidas, ya que en ningún extremo de la sentencia, el TC expresó que el derecho a la identidad personal también implica la posibilidad que una persona use el nombre conforme a su identidad de género. Más sí limitó el reconocimiento de este derecho, al disponer la “intangibilidad” de otros rasgos de la identidad como el “sexo”.

---

<sup>157</sup> Sentencia N.º 2273-2005-PHC/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

Esta decisión, a diferencia del caso Álvarez Rojas, constituye un retroceso jurisprudencial ya que el Tribunal Constitucional pudo desarrollar conceptos atinentes a reconocer el derecho a la identidad de género de las personas transexuales, empero desarrolló argumentos como vinculados a la inocuidad del cambio de nombre<sup>158</sup>. Consideramos esta sentencia, un intento pírrico sobre el reconocimiento de la identidad de género, ya que el ejercicio del derecho a la identidad de género no se agota con el cambio del prenombre, sino también con el cambio de sexo en el registro civil.

#### **4. Caso materia de análisis, el caso “Estela”**

La sentencia del Tribunal Constitucional N°139-2013-PA/TC (caso Estela)<sup>159</sup> data del 18 de marzo del año 2014. Tal sentencia resuelve en última instancia la demanda de amparo interpuesta por la representación legal de Estela -persona transexual- cuya pretensión principal era que el Tribunal Constitucional, constante la violación a su derecho a la identidad de género y consecuentemente ordene a la RENIEC, efectúe el cambio de sexo (de masculino a femenino) en el documento nacional de identificación (DNI) y partida de nacimiento reflejando así su verdad personal.

Formaba parte de sus argumentos que a la fecha de interposición de demanda, habría conseguido que se cambie judicialmente su nombre de masculino a femenino; sin embargo, la RENIEC al expedir su nuevo DNI cumplió con cambiar su nombre, no haciendo lo propio

---

<sup>158</sup> *Cfr.* Al respecto, resulta ilustrativo el párrafo 20 de la sentencia citada en el cual menciona que el “cambio de nombre” debe atender a circunstancias expresamente necesarias, sin mencionar “la transgeneridad”, pese a que tal caso, versaba sobre una persona transexual, lo cual evidencia la parquedad y temor del Tribunal Constitucional de ese entonces, para analizar un caso relativo a identidad sexual

<sup>159</sup> A fin de analizar el texto de la sentencia de fecha 18 de marzo de 2014 véase: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

con el sexo, el cual, seguía siendo “masculino”. Refirió la demandante que tal supuesto motivaba incomodidad y malestar respecto del reconocimiento de su identidad.

En tal caso, la demandante expresó que es una persona “transexual” la cual habría acudido a una cirugía de reasignación de sexo, motivo por el cual debería ser tratada como tal, y que no basta solo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su identidad.

La recurrente sometió a consideración del Tribunal Constitucional, los argumentos que fundamentan que el “sexo” no es un concepto estático, sino más bien dinámico, la cual al amparo de las recientes consideraciones internacionales, expresan que el sexo es una característica que se desarrolla conforme al entendimiento propio de la persona. Motivo por el que el “sexo, como categoría conceptual, debe ser visto como un todo, es decir, como una entidad bio-psicosocial, por lo cual, de existir alguna contradicción entre esas dimensiones —la biológica o cromosómica, la física, social o psicológica—, es la persona la que elegirá libremente a qué sexo pertenecer y el sexo elegido debe guardar coherencia con el consignado registralmente”<sup>160</sup>

Por parte de los demás actores procesales, intervino la RENIEC, quien en su contestación de demanda expresó que el cambio de sexo registral no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del RENIEC), que precisa los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, entre los que no se encuentra el cambio de sexo. A su vez, se remitieron a consideraciones de orden jurisprudencial citando la STC 2273-2005-PHC/TC

---

<sup>160</sup> STC 139-2013- PA/TC Antecedentes del caso

(caso Karen Mañuca Quiroz) en el cual si bien se ordenó el cambio de prenombre masculino a femenino de una persona transexual, en dicha sentencia se mantuvo intangibles los demás elementos de identificación (edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento.

Respecto de los otros actores procesales la Municipalidad distrital de Miraflores, se amparó en lo expresado por el Tribunal Constitucional en el caso Karen Mañuca, en la medida que tal sentencia concluyó que el cambio de prenombrados de una persona transexual, no implica el cambio de sexo.

El caso objeto de estudio tuvo diversos pronunciamientos, el Juez Especializado en lo Civil de la Corte Superior de San Martín, con criterio y lucidez, declaró fundada la demanda el 03 de mayo de 2012, ordenando a la RENIEC realice el cambio de sexo en el DNI así como en la partida de nacimiento de la recurrente. En tal decisión, el *a quo* consideró que si bien es cierto el sexo siempre ha sido considerado un elemento estático de la personalidad, en la actualidad, dicha característica debe analizarse a la luz de un enfoque multidisciplinario que involucra tomar matices sociales y psicológicos de la persona ya que en el transcurso de vida de la persona, esta desarrolla hábitos y comportamientos que pueden contradecir su sexo biológico-cromosómico, en cuyo supuesto, es la persona quien decide libre y voluntariamente a que sexo pertenecer.

La referida sentencia fue apelada por la parte demandada, siendo que, la Sala Mixta descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocó la sentencia declarándola improcedente en atención a que el amparo no es la vía idónea para determinar

el cambio de sexo, debiendo ceñirse al proceso de conocimiento conforme al inciso 1 del artículo 475 del Código Procesal Civil<sup>161</sup>.

Previamente, podemos anotar que la sentencia objeto de estudio, reviste de un gran valor jurídico, ya que el criterio interpretativo de los derechos alegados, no solo se extiende a la demandante (Estela) sino también hacia toda una minoría sexual integrante del colectivo LGTBI, como es el grupo “trans”. En esa medida, la decisión del presente caso era trascendente para poder verificar una posible integración social de tal colectivo, permitiendo el reconocimiento de sus derechos para una efectiva unificación social todo ello a partir de efectiva comprensión de la diversidad sexual.

#### 4.1 Decisión Del Tribunal Constitucional

En tal sentencia, el Tribunal Constitucional, declara infundada la pretensión de la demandante al no comprobarse la vulneración del derecho a la identidad, además de establecer *ad pedem litterae* que “[...]la sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria (el subrayado es nuestro) para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”<sup>162</sup>.

En aras de efectuar el análisis de dicha sentencia y contrastar su correspondencia con el derecho a la identidad de género, procederemos a citar extractos de la sentencia que sirven de sustento jurídico para cimentar tal decisión.

---

<sup>161</sup> Código Procesal Civil: **Artículo 475.- Procedencia:** Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que: 1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación;

<sup>162</sup> Al respecto véase el segundo punto resolutivo de la sentencia objeto de análisis.

Respecto de la concepción legal del “sexo” el Tribunal Constitucional afirma:

*“Para el Derecho,[...] el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). **La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en "la naturaleza de las cosas"** (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.”*<sup>163</sup>

Seguidamente, el Tribunal Constitucional hace alusión a que el fundamento antes citado, encuentra respaldo en la construcción jurisprudencial que viene edificando, así, cita:

*“La doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC / 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose "la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento)”*<sup>164</sup>.

Asimismo, otro vector analizado por el Tribunal Constitucional es el relativo a la certeza jurídica sobre el sexo biológico y sexo psíquico, en atención a ello menciona:

*“[E]ste Tribunal advierte que este es un planteamiento sobre el cual no existe actualmente certeza o consenso científicos, sino, por el contrario, un arduo debate. En efecto, aquello que el recurrente y P.E.M.M. afirman concluyentemente sobre la cirugía como el tratamiento indicado para el trastorno de la transexualidad y la consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, está en realidad sujeto a gran polémica en el mundo científico”*<sup>165</sup>.

Seguidamente se citan las razones jurídicas que motivaron al Tribunal Constitucional a disponer que en fallo en mención, debe ser doctrina constitucional vinculante:

*“[E]ste Tribunal es consciente de que una decisión favorable al pedido de cambio de sexo de P.E.M.M., podría generar que se invocara este caso para estimar*

<sup>163</sup> STC 139-2013-PA/TC Fundamento Jurídico 5

<sup>164</sup> Ibid. Fundamento jurídico 7

<sup>165</sup> Ibid. Fundamento jurídico 21

*casos similares, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, por lo que no puede dejarse de considerar los efectos o el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución este Tribunal debe observar el principio de previsión de consecuencias, derivado del artículo 45 de la Constitución”<sup>166</sup>.*

Culminan los argumentos del Tribunal Constitucional al cobrar un matiz “consecuencialista” es decir, comienza a analizar posibles supuestos de ampararse la pretensión de la demanda, citando los siguientes párrafos:

*“[L]a modificación del sexo en el registro civil **no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros** (el subrayado es nuestro) si, por ejemplo, en caso llegara a permitirse al transexual el matrimonio según el nuevo sexo, la otra parte no tuviera forma de conocer que se ha dado esa modificación, pues lo contrario, además de hacer cómplice al registro civil de un posible engaño”<sup>167</sup>.*

Asimismo, el Tribunal Constitucional definió a su modo la transexualidad, citando lo siguiente:

*“El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, **pero el error está en su mente, no en su anatomía**” (subrayado nuestro)<sup>168</sup>.*

Otro tema que en el cual el Tribunal Constitucional pudo establecer su posición es relativo en torno al cambio de sexo como procedimiento quirúrgico, sobre aquel expresa:

*“[L]as denominadas operaciones de cambio de sexo sólo transforman (y ni siquiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos hormonales”<sup>169</sup>.*

<sup>166</sup> Ibid. Fundamento jurídico 32

<sup>167</sup> Ibid. Fundamento jurídico 41

<sup>168</sup> Ibid. Fundamento jurídico 14

<sup>169</sup> Ibid. Fundamento jurídico 18

Complementando el desarrollo del Tribunal Constitucional, hace mención de un argumento de corte científico, el cual se subsume a lo siguiente:

*“[L]os científicos no están todavía de acuerdo es sobre cuál sea el tratamiento más eficaz. El Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.”<sup>170</sup>*

Culminan los argumentos del Tribunal Constitucional al cobrar un matiz “consecuencialista” es decir, comienza a analizar posibles supuestos de ampararse la pretensión de la demanda, citando los siguientes párrafos:

*“[S]i la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo”<sup>171</sup>*

Con el ánimo de ampliar nuestra opinión en líneas posteriores, el caso antes citado, pone en manifiesto los serios problemas que atraviesa la judicatura peruana respecto de aquellas personas que buscan el reconocimiento de su identidad de género. En esa medida los argumentos antes citados ponen en relieve los prejuicios y recelos que causa el transgenerismo en nuestra sociedad civil, sin advertir que dichas acciones propician un ambiente discriminatorio ajeno al respeto de la diversidad y derechos humanos.

## **5 Contraste de la Sentencia materia de análisis con el Derecho comparado**

Creemos oportuno traer a colación las palabras del maestro Gustav Zagreblesky el cual citaba que “el examen de fuentes extranjeras legales y jurisprudenciales supone el reconocimiento modesto de otras perspectivas y puntos de vista de quiénes han avanzado de un modo más

---

<sup>170</sup> Ibid. Fundamento jurídico 27

<sup>171</sup> Ibid. Fundamento jurídico 32

amplio y profundo que nosotros en temas de común interés como son los Derechos Humanos”<sup>172</sup>

Seguidamente, Zagreblesky también detallo que el recurrir al derecho comparado “se trata de recurrir a ‘un amigo con gran experiencia’ para hacernos pensar mejor, para desvelar energías potenciales latentes y para extender y enriquecer las argumentaciones respecto a la controversia constitucional que concretamente se le plantea al juez constitucional nacional. La imagen de la comparación jurídica como un espejo dónde podemos observarnos y comprendernos mejor es la que resume esta idea del beneficio que reporta la recepción de fuentes extranjeras por parte de los tribunales constitucionales.”<sup>173</sup>

En tal medida, en líneas posteriores identificaremos pronunciamientos internacionales en materia de identidad de género, así como referencias de la legislación internacional los cuales se han pronunciado a favor del reconocimiento de la identidad de género, en tal contexto se verificará la relación de dichos pronunciamientos con la sentencia materia de análisis, sometiéndola a una suerte de “radiografía jurídica” concluyendo así, la posibilidad de admitir el cambio de sexo como una opción válida.

La regulación normativa del cambio de sexo atravesó una línea evolutiva muy demarcada. De antemano, podemos prever que tal avanzada jurídica tuvo sus inicios en países europeos los cuales fueron conciliando el impacto jurídico-social que ocasiona la regulación del cambio de sexo. Y es que, en un inicio se consideró que tal regulación constituiría un alivio a la zozobra personal en la cual vivían las personas “trans” al no poder desenvolverse

---

<sup>172</sup> Citado en el voto disidente en el Exp. 139-2013-PA/TC, suscrita por los jueces Esto Cruz y Mesia Ramirez pág. 18.

<sup>173</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo (2008) *"El juez constitucional en el siglo XXI"*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, Año 2008, págs. 249-267

conforme a su identidad de género, pero a la vez, existe la innegable consecuencia de trastocar estructuras sociales y jurídicas históricamente reguladas como pueden ser: matrimonio, familia, y filiación.

Para la regulación del cambio de sexo, la experiencia comparada nos enseña que debe superarse el denominado principio de “inmutabilidad del sexo”, ello en razón a que como bien manifestó el Tribunal Constitucional en la sentencia *in commento*, la autorización de asumir una nueva identidad sexual crea inexorables consecuencias sociales. Tal como lo entiende *Espín Albina*, es un problema de “quiero pero no puedo”, es decir, querer dar solución al sufrimiento moral que trae consigo la falta de un reconocimiento legal del cambio de sexo, pero no se quiere que ello implique una debacle del sistema social y familiar preestablecido<sup>174</sup>.

En esa línea, *Espin Albina*, citando a *Carbonier*, desarrolla el llamado “discurso de perplejidad” al responder ¿Qué tipo de ley brinda una respuesta al transexualismo? Brindando cuatro posibles respuestas; la primera, relacionada con la idea de crear un “tercer sexo” la cual - a criterio del autor- no parece atractiva ya que daría lugar a “clases de parias”; como segunda opción, propuso adecuar el estado civil al sexo psicológico permitiendo la rectificación del acta de nacimiento y la eventual disolución del matrimonio actual, permitiendo que la persona pueda contraer matrimonio con su nueva identidad; seguidamente como tercera opción, está el no regular en absoluto el cambio de sexo, más sí permitiendo que los transexuales vivan libremente adoptando la conducta del sexo opuesto, empero, esta

---

<sup>174</sup> Cfr. Isabel Espín Albina. “*Transexualidad y Tutela Civil de la persona*” Ob. Cit. Pág. 59

situación expone a las personas “trans” a padecer el estigma social al tener que enseñar su documentación. Y como última opción, que es aquella que adopta nuestro país, esta permitir el cambio de nombre, más no de sexo.<sup>175</sup>

Es clara nuestra posición respecto de que existe el derecho a la autodeterminación sexual y consecuente la posibilidad de cambio de sexo, esta prerrogativa se encuentra protegida por el derecho a la identidad de género y el derecho a libre desarrollo de la personalidad. Este derecho es reflejo de la dignidad humana de cuya inmanencia dimana un catálogo de derechos que a pesar que no se encuentren reconocidos legalmente, su existencia excede la voluntad del legislador, así como del juzgador, por lo cual al margen que no exista marco normativo nacional que autorice el cambio de sexo, es tarea de los operadores jurídicos garantizar el ejercicio de los derechos.

A fin de visualizar el panorama normativo del tema que ocupa a esta investigación, examinaremos algunos ejemplos de ordenamientos jurídicos que contemplan el cambio de sexo, a saber: Suecia regula tal supuesto desde 1972; Sudáfrica desde 1974; Panamá desde 1975; Canadá en desde 1977; seguidamente, Alemania desde 1980, Italia en 1982, Holanda en 1985; Israel desde 1986; Turquía y Australia en 1988; Lituania en el 2000; Reino Unido y Japón en el 2004; tomando por último los ejemplos de Bélgica y España en el 2007. En base a ello, desarrollaremos algunos de los ejemplos más importantes

---

<sup>175</sup> *Cfr.* Ibid.

### 5.1. Suecia

Suecia es el país pionero en incorporar el cambio de sexo como derecho. ello gracias a la ley 119 de 21 de abril de 1972, en dicho cuerpo normativo se preveía la posibilidad de solicitar el cambio de sexo una vez realizada una intervención quirúrgica a través de un trámite administrativo, nótese que en los inicios de esta norma, se previno la posibilidad de activar el aparato administrativo antes que el judicial. Ya en el artículo 1 de tal dispositivo normativo se determinaba: “El que desde su juventud experimente que pertenece a otro sexo distinto del que aparece inscrito en el Registro Parroquial y se comporta en consecuencia y, según toda probabilidad, se seguirá comportando del mismo modo, puede a petición propia obtener la constatación de que pertenece al otro sexo”<sup>176</sup>. Prosiguiendo con la regulación sueca, tenemos que entre los requisitos que exigía tal dispositivo normativo esta: i) ser de nacionalidad sueca; ii) ser mayor de edad (18 años); iii) estar incapacitado para la procreación.

### 5.2. Alemania

El cambio de sexo en Alemania se encuentra regulado desde el año 1980<sup>177</sup>, en este cuerpo normativo se tomaron en cuenta dos puntos importantes. El primero de ellos relativo a la adecuación jurídica del prenombre de una persona transexual; y como segunda opción, la posibilidad de adecuar el sexo a aquel deseado por el solicitante en base a su identidad de género. Cabe destacar que tal norma, es consecuencia del activismo judicial promovido por el Tribunal Constitucional Alemán en base a una resolución de octubre de 1978<sup>178</sup>, en el cual,

---

<sup>176</sup> Cfr. Ibid.

<sup>177</sup> Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen [Ley sobre modificación del nombre y determinación de la asignación sexual en supuestos especiales] de 10 de septiembre de 1980.

<sup>178</sup> Creemos conveniente resaltar que además el fallo proferido por el Tribunal Constitucional Alemán dio pábulo a que se solucione –vía acuerdo amistoso- el primer caso sobre transexualidad ventilado ante el TEDH,

salvaguardando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, dispuso la adecuación de sexo en el registro civil de una persona transexual. El Tribunal Constitucional Alemán, estableció que para autorizar el referido cambio de sexo, previamente, debe comprobarse medicamente la transexualidad del solicitante.

La legislación alemana prevé que para el cambio de nombre a uno de género opuesto, debe acudirse ante los tribunales internos para que estos verifiquen determinados presupuestos, a saber: i) que el solicitante se identifique como transexual por el plazo de tres años y que este respaldado por informes médicos; ii) tener por lo menos 25 años al momento de la solicitud; y, iii) ser nacional o residente alemán. No está demás mencionar que tal legislación garantiza el derecho a la intimidad, ya que solo se podría tener acceso a la anterior identidad o nombre con previa autorización del titular.

Por otro lado, para el cambio de sexo en el registro civil, la legislación alemana establece algunos requisitos como son: i) no haber contraído matrimonio; ii) no poder procrear (esterilización) ; y, iii) acudir a una cirugía de reasignación de sexo. De comprobarse tales presupuestos, la persona transexual se encuentra autorizada para cambiar su sexo registral y por tanto será reconocido de acuerdo al sexo genético opuesto.

Creemos conveniente detenernos en este punto a fin de hacer la salvedad de que los requisitos establecidos en la norma de 1980, se vienen adecuando al carácter progresivo de los Derechos

---

“X Vs. República Federal Alemana”. El citado caso no entro a consideración del alto tribunal europeo ya que el gobierno alemán acepto su responsabilidad en merito a que los fallos locales determinaron que “prima la dignidad humana y el derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de su personalidad, exigiendo que se adapte la condición personal del individuo al sexo al que pertenece conforme su constitución psicológica y física” (extracto de la sentencia proferida por el TC alemán en 1978).

Humanos, y es que, conforme lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*ut supra* 6.5, Caso Y.Y vs Turquía), imponer la esterilización a una persona transexual, es contrario al respeto de la dignidad humana y constituye una violación al derecho a la intimidad. Coincidimos con tal criterio ya que tal imposición es desde ya una esterilización forzada, máxime si la solicitud de cambio de sexo es la manifestación del derecho a la identidad de género y conforme lo han entendido diversas organizaciones internacionales tales procedimientos constituyen una censura al derecho a la identidad.

Por otro lado, respecto del requisito de no encontrarse casado, es célebre la sentencia del 27 de julio de 2008, donde el Tribunal Constitucional Alemán tuvo oportunidad de analizar “un caso difícil”. En él, un varón casado y con tres hijos, decide recurrir a una reasignación de sexo, seguido de ello, solicitó el reconocimiento judicial de su nueva identidad sexual femenina, sin embargo, tal solicitud fue rechazada atendiendo a que la demandante aún se encontraba “casada”. Entre los fundamentos que motivaron el rechazo de la solicitud se le indicó que debía divorciarse y una vez realizado tal hecho, podría solicitar nuevamente el cambio de sexo deseado. El Tribunal Constitucional Alemán analizó en última instancia el caso antes mencionado y con sagaz criterio, declaró inconstitucional el artículo 8.1 de la ley de 1980 que establecía entre sus requerimientos el no estar casado<sup>179</sup>. En tal sentencia el Tribunal Constitucional Alemán arguyó que:

*“en los casos de que aquí se habla se trata únicamente de un reducido número de transexuales que, habiendo contraído matrimonio primero como hombre y mujer, descubren o revelan ya existente el matrimonio su transexualidad y, sin*

---

<sup>179</sup> Con mayor profundidad puede revisarse el artículo de García Pechuán, Mariano: “Una primera protección constitucional para el matrimonio homosexual en Alemania: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 27 de julio de 2008”. En Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 60-61 (2007), y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que allí se glosa.

*embargo, no se destruye la relación de pareja como consecuencia de tan profunda transformación.”*

### 5.3. España

El 3 de marzo de 1989, el Tribunal Supremo Español, con motivo de una solicitud que buscaba tutelar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Manifestó que es procedente inscribir el sexo psicológico de una persona ya que tal hecho conlleva el desarrollo personal y social del individuo, por lo que tal criterio debe primar sobre el criterio del sexo biológico. Se refiere además, que “el Tribunal Supremo acude al recurso de la ficción como figura para atribuir a un sujeto un tratamiento jurídico necesario o justo; en la medida que considera debe hacer una ficción para darle al hombre – en tal caso- una identidad de mujer para proteger sus derechos”<sup>180</sup>.

Otro avance representativo del reconocimiento de identidad de género y cambio de sexo está contenido en la Ley 3/2007 de 15 marzo, la cual regula la rectificación registral en lo relativo al sexo de las personas<sup>181</sup>. Es importante resaltar que forma parte de la exposición de motivos de tal norma, el respeto irrestricto de la identidad de género como derecho del solicitante, entre otros puntos, el preámbulo de la ley vasca especifica lo siguiente:

*“la personas transexuales no demandan que se les atienda porque sufren una patología o un trastorno, sino por los obstáculos sociales que encuentran en el libre desarrollo de sus derechos más fundamentales, y por el dolor y la angustia con que tales dificultades llenan sus vidas. De ahí que deba partirse, necesariamente, de la premisa de que la configuración del sexo de una persona va más allá de la simple apreciación visual de sus órganos genitales externos,*

---

<sup>180</sup> LOZANO VILLEGAS, German”. *El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: el transexualismo*” pag. 11 Disponible en: [http://www.rua.unam.mx/repo\\_rua/temas\\_transversales\\_de\\_interes\\_general/300\\_ciencias\\_sociales/306\\_cultura\\_e\\_instituciones/\\_5534.pdf](http://www.rua.unam.mx/repo_rua/temas_transversales_de_interes_general/300_ciencias_sociales/306_cultura_e_instituciones/_5534.pdf)

<sup>181</sup> Para obtener acceso a tal norma, se encuentra disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11251-11253.pdf>

*presentes en el momento del nacimiento. Habremos de adoptar como guía, por tanto, un concepto no puramente biológico del sexo (...) sino, sobre todo, psicosocial reconociendo que imperan en la persona las características psicológicas que configuran su forma de ser y otorgando soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física”*

Uno de los puntos de partida que antecedió a la citada norma, se encuentra en la modificación del código penal vigente a dicha fecha, en la cual se adhirió una eximente de responsabilidad penal de los médicos<sup>182</sup>. Tal modificatoria, sentó las bases para el debate jurídico respecto de la admisibilidad del cambio de sexo. En buena medida, el debate resultó en favor del reconocimiento de la identidad de género<sup>183</sup>.

Por otro lado, es importante traer a colación la Ley 2/2013 del ocho de julio de dos mil catorce de Andalucía, España. Dicha ley es una de las primeras leyes en el continente que se aparta del modelo “médico” y despatologiza la transgeneridad teniendo como base el principio de no discriminación por motivos de identidad de género. Dicha ley regula la atención a

---

<sup>182</sup> Tal adhesión se debió en razón a que la intervención quirúrgica de reasignación de sexo podía conllevar responsabilidad penal al médico que la realizaba. Motivo por el cual, se estableció que está exento de responsabilidad penal, aquel médico que realice tal intervención cuando la persona autorice libre y voluntariamente la cirugía de reasignación de sexo.

<sup>183</sup> Es importante resaltar el contenido de la norma la cual expresa lo siguiente: “1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. 2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.”

personas trans en lo que refiere a la educación, seguridad social, familia además de atención de salud a personas “trans”.

#### 5.4. Reino Unido

En el Reino Unido se atravesó un cambio progresivo respecto del reconocimiento del derecho a la identidad de género, siendo el detonante para su admisión un pronunciamiento internacional proferido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*ut supra 6.1*). El primer contacto que tuvo la jurisprudencia anglosajona con la transexualidad como dilema jurídico, se presenta en el célebre caso “*Corbett vs Corbett*” del año 1963. En tal contienda judicial, la judicatura inglesa se enfrentó con la disyuntiva de determinar la validez jurídica de un matrimonio de una mujer transexual llamada April Ashley quien adoptó la apariencia femenina luego de someterse a diversas intervenciones quirúrgicas; y, un varón de nacimiento llamado Sr. Corbett. Planteado el conflicto jurídico, el juzgador debió decidir a qué sexo pertenecía April Ashley, para lo cual se valió de la opinión de nueve peritos médicos, quienes manifestaron que si bien es cierto el tratamiento hormonal e intervención quirúrgica consiste en el método más apropiado para tratar la “transexualidad”, ello no cambia el sexo biológico, ya que el sexo viene determinado por los cromosomas los cuales son inalterables. En tal aspecto, el Tribunal inglés determinó que el matrimonio era inválido ya que tal institución es la unión libre de un “varón” y una “mujer” es decir, una relación heterosexual, y que si bien es cierto, el señor Corbett conocía la transexualidad de la señora Ashley, “el matrimonio como

institución es amparado jurídicamente por razones de bien común y que su contenido no puede encontrarse sujeto a la voluntad de las partes”<sup>184</sup>.

Debe contrastarse que los argumentos vertidos en la sentencia de 1963, guarda gran similitud con la sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional, en el sentido que hace prevalecer el denominado principio de la “inmutabilidad del sexo”, el cual únicamente atiende a circunstancias biológicas y bajo ningún aspecto hechos psicológicos.

Conforme mencionamos anteriormente, es en merito a pronunciamientos internacionales que Reino Unido adoptó medidas positivas de reconocimiento de identidad de género, entre ellas la adopción de la Ley de Reconocimiento de Género en el 2004. En tal norma, se contempló un modelo “técnico” ya que se señala que para la determinación del género debe señalarse un panel compuesto por expertos en medicina y leyes, quienes atendiendo la identidad de género del solicitante, dictamina la posibilidad del cambio de sexo registral., un punto tangencial en dicha norma reside en que “no se exige la cirugía de reasignación de sexo, teniendo como requisitos: i) Ser mayor de 18 años; ii) padezca de disforia de género; iii) que haya adoptado el género opuesto al biológico por lo menos dos años; y iv) manifestación expresa de pretender vivir con el nuevo género adquirido el resto de su vida. Seguidamente, la norma cauteló que debe cautelarse la información vinculada a la identidad anterior a la adoptada.

---

<sup>184</sup> APARISI MILLARE, A. (1995) “*La revolución americana*”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 30 y ss. Citado en: Gatica Miño, María, Ob. Cit. Pág.104 y 105.

### 5.5.Holanda

La experiencia vivida en el país de Holanda tiene su matriz en el código civil holandés promulgado en 1898, el cual tras una serie de reformas, en agosto de 1985 adicionaba cuatro artículos vinculados al cambio de sexo en el libro pertinente al derecho de personas y familia. En el que se detallaba: i) que hace prevalecer el sexo psicológico refiriendo que tiene legitimación “todo holandés que esté convencido de no pertenecer al sexo indicado en su certificado de nacimiento; ii) establece que para tal requerimiento es necesario acudir a un procedimiento judicial (ante el *landgericht*) que puede ser antes o después de la cirugía de reasignación de sexo, tal proceso culminará con la decisión de rectificar o no el acta de nacimiento. Entre los requisitos que determina tal norma específica: i) no estar casado; ii) estar incapacitado para procrear iii) acreditar mediante dictamen de una comisión médica el convencimiento permanente de pertenecer al sexo opuesto al biológico.

Cabe anotar que al finalizar tal proceso judicial, el cambio de sexo registrará *ex nunc*, es decir a partir del día siguiente en el que se inscribe en el registro el cambio de sexo respectivo. Es importante resaltar que a diferencia de muchos países, en Holanda se regula el cambio de sexo en el código civil y no mediante una ley especial.

Es importante anotar que hace un par de años, específicamente el 2013, el parlamento holandés emitió una norma que consolida el reconocimiento de la identidad de género, permitiendo que la rectificación de sexo en el registro civil opere sin necesidad de acudir a un procedimiento de esterilización forzada o reasignación de sexo. No cabe duda que dicha normativa es un avance en el reconocimiento de derechos de personas “trans” los cual crea un ambiente que tenga como principal arista la “igualdad”.

## 6. Respuesta de Tribunales Internacionales en Materia de Identidad de Género

Interesa a la presente investigación, efectuar un contraste entre la decisión interna y demás pronunciamientos internacionales. En la medida que es importante someter a escrutinio el razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional respecto de otros tribunales internacionales. Tal procedimiento nos permitirá verificar si existe un orden progresivo en cuanto a garantizar el respeto de derechos fundamentales y el Tribunal nacional se mantiene al tanto de los pronunciamientos de avanzada.

### 6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos o también llamado Tribunal de Estrasburgo, es un órgano judicial que nace con motivo de la adopción del Convenio Para La Protección De Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>185</sup>, este órgano tiene competencia internacional para analizar las eventuales violaciones a los Derechos Humanos por parte de los estados miembros del Consejo de Europa que hayan ratificado el mismo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, forma parte de los tres sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, siendo pertinente resaltar que dentro sus pares, es el más antiguo y consecuentemente el Tribunal que ha desarrollado mayor jurisprudencia en materia de derechos humanos. En atención a tal idea, procederemos a desarrollar las principales sentencias que ha estudiado el TEDH en materia de derechos de la minoría “trans” e identidad de género.

---

<sup>185</sup> Convenio Para La Protección De Derechos Humanos y Libertades Fundamentales o “Convenio Europeo de Derechos Humanos” fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953. Este tratado internacional permitió la creación de jurisdicción internacional competente para condenar a los estados europeos por la violación a los derechos fundamentales contenidos en el mismo.

En la historia jurisprudencial del Tribunal Europeo, se observa que existieron dos etapas delimitadas temporalmente. La primera de ella se circunscribe al año de 1980 y toman un punto de inflexión a partir del año 2002 con motivo de la sentencia *Goodwin vs Reino Unido e I Vs. Reino Unido*. Sucintamente, podemos adelantar que el criterio del Tribunal Europeo de Derechos atendió los cambios históricos sociales, ya que en un primer momento (1980) se rehusaba a reconocer el derecho de las personas transexuales a contar documento que permita su identificación, para posteriormente (2002) entender y defender, que la minoría “trans” es un colectivo que se encuentra en un estado de vulnerabilidad por la falta de protección de los estados miembros motivados por un clima discriminatorio.

#### 6.1.1. Caso Van Oosterwijck v. Bélgica

El caso *Van Oosterwijck* es el primer sobre transexualidad que analizó el TEDH, Danielle Van Oosterwijck, era una funcionaria de nacionalidad belga transexual que nació mujer, sin embargo, desde niña se identificaba con el sexo masculino atravesando episodios de doble personalidad al sentirse, según sus referencias, un varón encerrado en un cuerpo de mujer<sup>186</sup>. Consta de los hechos de la demanda, que el recurrente fue diagnosticado por psiquiatras quienes certificaron su transexualidad, entre otras cosas, depresión, la cual la llevó a un intento de suicidio<sup>187</sup>. En razón a ello, los médicos prescribieron tratamiento hormonal seguido de una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, la cual se materializó. Una vez realizada la reasignación de sexo, el demandante acudió a las autoridades belgas para que realicen el cambio de sexo en el registro, empero, tal requerimiento no fue

---

<sup>186</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso **Van Oosterwijck v. Bélgica**, Demanda No. 7654/76, párr. 8 y 9 Disponible en: <http://www.pfc.org.uk/caselaw/The%20Van%20Oosterwijck%20case.pdf>

<sup>187</sup> Idem.

atendido<sup>188</sup>. Cabe resaltar que entre las alegaciones vertidas por el demandante estaban aquellas vinculadas al reconocimiento de su transexualidad, y que la rectificación de su sexo registral implica una necesidad legal, aludió también que debía valorarse el caso con criterio de equidad y humanidad, más aún si era una realidad material la reasignación de sexo antes citada<sup>189</sup>. Las autoridades belgas aludieron que según su legislación, solo se podía disponer la rectificación de sexo si al momento de registrarse el mismo, existió un error material en la verificación del sexo, es decir, no operaban cambios que sean *ex post* a la inscripción.

Ante estas decisiones, el señor Van Oosterwijck, decidió no interponer recurso de casación en razón a que después de consultar con personas allegadas a su entorno, concluyó que este recurso no iba a prosperar<sup>190</sup>. Es en base a tal hecho que el TEDH, se abstuvo de analizar el fondo del caso, en merito a que no se habían agotado los recursos internos del Belgica, contraviniendo el principio de subsidiaridad.

### 6.1.2. Caso Rees Vs Reino Unido<sup>191</sup>

Brenda Margaret Rees, persona transexual, fue inscrita en el registro de identidad británico como mujer, sin embargo, en su adolescencia comenzó a desarrollar comportamientos propios del género masculino, así como denotar facciones masculinas<sup>192</sup>. En razón a ello, realizó los trámites para cambiar sus prenombrados a Mark Nicholas Alban Rees además de someterse a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo costado por el Seguro Social Británico<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> Idem. Párr. 12

<sup>189</sup> Cfr. Ídem. Párr. 13

<sup>190</sup> Idem. Párr. 14

<sup>191</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso *Rees vs Reino Unido*, Demanda No. 9532/81, 9. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564>

<sup>192</sup> Idem. Párr. 12

<sup>193</sup> Idem. Párr. 14

Una vez realizados tales procedimientos, el 10 de noviembre de 1980, el señor Rees solicitó al Registro General efectuar el cambio de sexo registral basando su argumento en que existió un error al realizar el registro, se apoyó en los argumentos remitidos por su médico el Dr. C.N. Armstrong quien detalló que entre el criterio del sexo cromosomático y el criterio del sexo psicológico, debe primar este último ya que está determinado por las actividades sociales así como el rol que desempeña en su vida adulta<sup>194</sup>.

La petición del señor Rees, fue rechazada, ya que, según las autoridades inglesas de ese tiempo, “no existía un criterio medico” que determine la validez del sexo psicológico, motivo por el que no puede considerarse que exista un error en el registro de sexo contenido en su partida de nacimiento.

El señor Rees, acudió al TEDH argumentando que se había violado su derecho a la vida privada y su derecho a contraer matrimonio, protegidos por el artículo 8<sup>195</sup> y 12<sup>196</sup> del Convenio Europeo De Derechos Humanos respectivamente. Es necesario puntualizar que en 1984, se autorizó se consigne el prefijo “Sr.” en su pasaporte, más no se realizó una variación en el sexo consignado en su partida de nacimiento.

El TEDH, se pronunció en 1986, detallando un razonamiento que se asemeja al que sostiene a la actualidad el Tribunal Constitucional Peruano, entre otras cosas el TEDH sostuvo que el

---

<sup>194</sup> Idem. Párr. 16

<sup>195</sup> **Derecho al respeto a la vida privada y familiar.**- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>196</sup> **Derecho a contraer matrimonio.**- A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

caso implicaba un conflicto de interés general y otro particular. El interés general del estado de asegurar que los datos contenidos en el registro son ciertos, y el interés particular del peticionante de variar su sexo por razones personales<sup>197</sup>consecuentemente realizando una ponderación entre tales supuestos concluyeron que Inglaterra no había vulnerado ningún derecho fundamental.

La base del razonamiento del TEDH reside en que i) al señor Rees, se le permitió incorporar a su pasaporte el prefijo “Sr.” lo cual acreditaba una actitud positiva del Estado; ii) el TEDH aludió que no se puede compeler al estado británico a legislar de manera flexible el asunto de transexualidad como lo hacen otros estados europeos, ya que ello conllevaría que también se le pueda obligar a tener una legislación más rígida; iii) que el concepto del derecho a la vida privada es un concepto amplio, en el cual el Estado goza de un margen de apreciación<sup>198</sup> en aras de proteger los intereses colectivos<sup>199</sup>. Respecto del derecho al matrimonio, el TEDH expresó que el artículo 12 del Convenio Europeo, hace mención al matrimonio entre un varón y una mujer (matrimonio tradicional) entre personas de sexo biológico opuesto<sup>200</sup>. En ese caso, el Estado puede restringir el acceso a este ya que también está sujeto a las políticas legislativas británicas sobre las cuales el estado conserva el margen de apreciación

---

<sup>197</sup> Idibem. Párr. 43 y 44

<sup>198</sup> La doctrina del “margen de apreciación” es un criterio de interpretación desarrollado por el TEDH a partir del caso *Handsyde vs Reino Unido*. Tal doctrina determina que los estados partes gozan de cierta discrecionalidad para regular el alcance y contenido de determinados derechos del Convenio Europeo, tomando en cuenta circunstancias sociales, jurídicas y culturales. El fundamento de tal doctrina, reside en que los derechos no pueden ser juzgados en forma abstracta, sino que debe tomarse en cuenta el marco cultural y social que vive determinado país. Un ejemplo clásico para la aplicación del margen de apreciación se presenta en casos de difícil consenso social como el matrimonio igualitario, aborto terapéutico u otros. En estos últimos casos el TEDH parte de la premisa de que no podría obligar a un estado regular tales ejemplos, ya que involucran cuestiones éticas y morales que requieren un consenso sea nacional (entre los ciudadanos) o internacional (cuando gran parte de los estados han adoptado medidas legislativas en ese sentido).

<sup>199</sup> Idibem. Párr. 44

<sup>200</sup> Idibem. Párr. 48-51

Es importante puntualizar que el TEDH realizó una reflexión sobre la situación jurídica de las personas transexuales citando que *“la Corte es consiente del serio problema que afecta a las personas transexuales y la angustia que sufren. [Por lo que] el convenio tiene que ser siempre interpretado a la luz de las circunstancias actuales”*<sup>201</sup>. Atendiendo tal punto, el TEDH comienza a replicar el principio del carácter evolutivo del convenio el cual debe prestar particular atención a los avances científicos y sociales, además del consenso de los estados miembros. En ese orden de ideas, el TEDH consideró que debía dejarse, por el momento, decidir al estado británico sus políticas legislativas respecto de las demandas de personas transexuales.

### **6.1.3. Caso Cossey Vs Reino Unido**

El caso *Cossey* data del año 1990, en este caso se analizó con mayor detenimiento el derecho al matrimonio de una persona transexual. Se observa de los antecedentes del caso que Christian Cossey nació en 1954, inscribiéndose en el registro su sexo masculino, empero, a la edad de 13 años comprendió que psicológicamente se autodeterminaba como mujer, motivo por el cual a partir del año 1972 se cambió de nombre a Caroline, además de desenvolverse socialmente como una mujer, para finalmente someterse a una cirugía de reasignación de sexo, adoptando propiamente su identidad de género femenina, trabajando incluso, como modelo<sup>202</sup>.

El hecho litigioso se presenta cuando la peticionante deseaba contraer matrimonio con su pareja de nacionalidad italiana, sin embargo, el Estado británico se expresó mediante carta de fecha 22 de agosto de 1983, que “tal matrimonio sería nulo al amparo de la normativa

---

<sup>201</sup> Idibem. Párr. 47 (Traducción propia)

<sup>202</sup> Cfr. TEDH: Caso *Cossey Vs Reino Unido* Párr. 9-14

inglesa, por qué esta última califica a la peticionante como ‘varón’ a pesar de su anatomía física”. Posteriormente, el Secretario General británico manifestó que no se puede conceder una nueva partida de nacimiento en la que se consigne el sexo femenino de la peticionante ya que según las normas inglesas, solamente puede operar un cambio cuando existió error en el registro<sup>203</sup>.

El TEDH detalló que existía una diferencia particular con el caso *Rees*, la cual reside en que en este último, el demandante no tenía pareja. El Tribunal de Estrasburgo expresó que la interpretación del artículo 12 del Convenio Europeo, protege el matrimonio tradicional entre hombre y mujer atendiendo un criterio biológico<sup>204</sup>, por lo que estando reservado a los estados miembros definir los alcances del matrimonio, decidió no apartarse del precedente fijado en el caso *Rees*, y en consecuencia no encontró una violación de los derechos de la señora Cossey.

#### 6.1.4. Caso B vs Francia<sup>205</sup>

El presente caso data el año 1992, y representa el primer caso en el cual el TEDH brinda un mayor margen de protección a las personas transexuales. Decimos esto, en razón a que en los casos que ya detallamos, el Tribunal Europeo se abstuvo de declarar responsabilidad internacional alguna de los estados implicados, situación que varía en el caso *in commento*. El caso B data del año 1992, en él, el peticionante alegó que Francia infringía su derecho a la vida privada en razón a que en dicho país (al igual que Perú) restringía la rectificación de sexo en los documentos de nacimiento. En este caso, la demandante nació como varón, sin

---

<sup>203</sup> Ibidem. Párr. 13

<sup>204</sup> Ídem. Párr. 46

<sup>205</sup> TEDH: Caso B. v. Francia, Demanda No. 13343/87. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57770>

embargo a temprana edad (cinco años), fue adoptando comportamientos femeninos, es en razón a ello y como consecuencia de la depresión que le generaba tal conflicto psicológico, decidió realizarse una cirugía de reasignación de sexo femenina y completar así su transformación<sup>206</sup> sin embargo, tales cambios solo se efectuaron en forma objetiva, sin reconocerla legalmente como una mujer, lo cual según sus alegaciones, le causaba un estigma social y muchas hostilidades para poder encontrar trabajo.

Dadas tales condiciones, B acudió a diversas instancias judiciales para que estas dispongan el reconocimiento de su sexo psicológico y consecuentemente su derecho de identidad de género, sin embargo, a dicho tiempo, ninguna autoridad cobijó su pedido<sup>207</sup>.

En este caso el Tribunal de Estrasburgo, valoró las alegaciones de la recurrente las cuales se circunscribían a la violación de su derecho a la vida privada contenida en el artículo 8 del Convenio Europeo. Por lo que el TEDH condenó por primera vez a un Estado, por no permitir el cambio de sexo en sus documentos de identidad<sup>208</sup>.

Los principales argumentos que motivaron tal decisión se basan en hacer una distinción entre los precedentes de *Cossey* y *Rees*, en razón a que entre la legislación inglesa y francesa existen muchas diferencias. En ese orden de ideas, el TEDH constató que en Francia existe un mayor rigor respecto de la exhibición de documentos para la realización de cualquier trámite<sup>209</sup>, lo cual constituía una barrera de acceso para el su quehacer diario ya que sus

---

<sup>206</sup> Ididem. Párr. 10-12

<sup>207</sup> Entre los argumentos que se expresaron ante la Sala de apelaciones de Bordeaux tenemos: “his present state is not ‘the result of irreversible innate factors existing before the operation and of surgical intervention required by therapeutic necessities’, nor can it be considered that the treatment voluntarily undergone by Mr [B.] led to the disclosure of his hidden true sex, but on the contrary it indicates a deliberate intention on his part without any other treatment having been tried and without the operations having been necessitated by Mr [B.’s] biological development.

<sup>208</sup> Ibidem. Párr. 63

<sup>209</sup> Ibidem. Párr. 59-62

documentos no reflejaban su situación física actual. Si bien es cierto, el Tribunal Europeo constató una violación al derecho a la vida privada, no dispuso que se efectuara un cambio de sexo en el registro civil *per se*, sino más bien, exhortó a Francia a que dentro de sus facultades determine el remedio más favorable ya que no es función de la Corte determinar el más apropiado.

El caso en comentario refleja un avance significativo respecto del reconocimiento de identidad de género de personas “trans”, ya que sentó las bases para determinar que las obligaciones positivas que debe adoptar un Estado para la inserción social de esta minoría sexual.

#### 6.1.5. **Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido**<sup>210</sup>

Prosiguiendo con la enunciación de pronunciamientos del TEDH, respecto a la transexualidad, el caso X, Y y Z representa el primer análisis que realiza el Tribunal Europeo respecto de la paternidad de una persona “trans”. En este caso “X” representa a una persona transexual masculina la cual atravesó por una cirugía de reasignación de sexo obteniendo así una correspondencia material para con su identidad de género. Por otro lado “Y” representa a la pareja de éste último y “Z” es el hijo de “Y” que fue concebido por mecanismos de inseminación artificial<sup>211</sup>.

El problema jurídico se suscita cuando una vez que nace “Z”, “X” solicita ser inscrito como padre del menor, sin embargo, las autoridades inglesas responden que al amparo de las normas internas, solo puede reconocerse un padre “biológico”, este hecho según “X” motiva

---

<sup>210</sup> Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032>.

<sup>211</sup> Ibidem. Párr. 12-7

una vulneración a su derecho a la “vida familiar” contemplado en el artículo 8 del Convenio Europeo.

Este pronunciamiento se dio en el año 1993, en él, el Tribunal Europeo uso nuevamente el “consenso de los estados” para concluir si hubo o no violación a los derechos expresados. En atención a ello, el TEDH observó que no existe consenso en los estados europeos respecto del derecho parental de las personas transexuales<sup>212</sup> además que a tal fecha la transexualidad implica un complejo problema científico, legal, moral y social por lo que no puede obligarse al Reino Unido a adoptar medidas que reconozcan tal derecho. No obstante, el Tribunal expuso que tal circunstancia no permita a “X” conducirse como padre de facto, ya que puede seguir cohabitando con “Z” y “Y” puede seguir refiriendo a “Z” que “X” es su padre<sup>213</sup>.

### **6.2.El cambio jurisprudencial esperado: Casos “Goodwin” e “I” ambos contra Reino Unido**

Conforme hemos venido detallando, los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo se remitían a conceder a los estados europeos un margen de apreciación en relación al reconocimiento de derechos a personas transexuales. El 2002, representa un antes y un después en el criterio del alto tribunal europeo ya que en él, gira drásticamente el criterio sostenido desde los años 90’s y reconoce a la transexualidad y la identidad adoptada por ellos, como justificante para adoptar el cambio de sexo en los casos “Goodwin” e “I”.

El criterio interpretativo que realiza el TEDH respecto de la identidad sexual en los citados casos supera la posición conservadora sostenida en la mayoría de sentencias relativas a la transexualidad, a tal punto de erigir un nuevo panorama a partir de su emisión.

---

<sup>212</sup> Cfr. Ibidem párr. 44

<sup>213</sup> Ibidem. Párr. 50

El Tribunal Europeo, dejó claro que el Tratado del Convenio de Derechos Humanos es un sistema de protección *que evoluciona*, razón por la cual, el alto tribunal debía atender a los constantes cambios sociales que venían acaeciendo en Europa, y en base a tales hechos, emitir un pronunciamiento conforme a los tiempos.

A este último fundamento, también se le denomina “el carácter evolutivo del Tratado” ya que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no debe estar al margen de los incipientes cambios sociales y culturales que se producen en la sociedad, motivo por el que debe brindar una protección conforme a la evolución de los tiempos. En tal medida, el Tribunal Europeo, constató que al existir una mayor aceptación y reconocimiento de los derechos de la minoría “trans” -en gran parte de los estados miembros de la comunidad europea- Reino Unido no podía eximirse de tal avance progresivo motivo por el cual el Tribunal no toleró su anuencia declarándolo responsable internacionalmente en los casos “Goodwin” e “I”.

### 6.2.1. Caso Goodwin vs Reino Unido<sup>214</sup>

En el caso *Goodwin* el Tribunal Europeo analizó el caso de una mujer transexual quien desde temprana edad manifestó su inclinación a desenvolverse conforme al género femenino. Es así que Christine Goodwin decide someterse a una cirugía de reasignación de sexo, adaptando su nueva personalidad a partir de 1990, es importante resaltar que dicha cirugía no tenía un estético sino más bien un fin médico-terapéutico, dado que el costo de tal reasignación fue cubierto por el seguro social inglés.

A partir de dicha reasignación es que Christine Goodwin, comienza a encontrar algunas dificultades en el desempeño de su vida cotidiana, como su posterior despido laboral y

---

<sup>214</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Goodwin v. Reino Unido, 2002 Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>

problemas para encontrar un nuevo empleo. Dicha precariedad se extendió hasta los sesenta años donde advierte que en razón a ser reconocida legalmente como un “varón” y no como una mujer (como es) debe trabajar hasta los 65 años en vez de los 60 para poder jubilarse. En tal proceso, el Tribunal de Estrasburgo, en forma empática comprende el limbo legal en el cual viven las personas “trans”, viviendo en una dualidad la cual parte del no reconocimiento de su género actualmente asumido y por ello citó que “la situación insatisfactoria en la cual un transexual operado vive es una zona intermedia que no reconoce su género actual ni el que ya no se presenta”<sup>215</sup> Por otro lado, situaron que “existe un conflicto entre la realidad social y el derecho que coloca a la persona transexual en una posición anómala, en la que él o ella puede experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y angustia”<sup>216</sup>. Esta posición anómala, se basa en la negación del reconocimiento del derecho a la identidad de género, razón por la cual el Alto Tribunal consideró las implicancias que tiene la aceptación de la identidad de género de un transexual, con instituciones como la filiación, seguridad social, seguros, derechos de familia, justicia criminal, expresando que podía “exigirse razonablemente a la sociedad que acepte ciertas inconveniencias a fin de permitir a estas personas vivir con dignidad y respeto, de acuerdo con la nueva identidad que han elegido a un elevado coste personal”<sup>217</sup>.

Debemos mencionar que a partir de esta interpretación, -anterior al pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano- se supera razonablemente la doctrina de “indisponibilidad de sexo y su relación con el orden registral”, ya que según el TEDH es posible adecuar el

---

<sup>215</sup> Ibid. Párr. 90. *Ad peddem literae*: “The unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable.”

<sup>216</sup> Ibid. Párr. 77

<sup>217</sup> Ibid. Párr. 91

orden registral en favor de la persona transexual, en aras de salvaguardar el derecho de identidad de género.

Es importante puntualizar que el análisis realizado por el Tribunal Europeo obedeció a criterios teleológicos que parten del contenido del derecho a la no injerencia arbitraria en la vida privada por parte del Estado. En ese orden de ideas, el Tribunal Europeo expresó que “la noción de autonomía personal es un importante principio protegido por la esfera particular e individual, lo cual incluye el derecho a establecer su propia identidad personal”<sup>218</sup>. En ese marco, estableció que el margen de apreciación que goza el Estado, se ve reducido ya que conforme van avanzando los tiempos y devenga el progresivo reconocimiento de derechos de personas transexuales. Por lo que podemos concebir que en base a tales argumentos, el tribunal concluyó que existió una brecha conforme al artículo 8 (vida privada).

Por otro lado, el citado caso dio pábulo a analizar los alcances del derecho al matrimonio por parte de una persona transexual<sup>219</sup> conforme al artículo 12 del Convenio Europeo. En ese orden lógico, es sabido que hasta ese momento (2002) el Tribunal Europeo mantuvo una posición rígida respecto del derecho al matrimonio de las personas transexuales, aduciendo principalmente que el “matrimonio” es una institución que está reservada a la regulación de los estados miembros del Consejo De Europa, por lo que no garantizaba el derecho de esta minoría sexual.

A partir de esta sentencia, el Tribunal de Estrasburgo analizó la coyuntura interna de Reino Unido puesto que el sistema de seguridad social inglés brinda tratamientos incluyendo la

---

<sup>218</sup> Ibid. Párr. 90

<sup>219</sup> Como bien mencionamos según el Tribunal Constitucional Peruano: “el aceptar el cambio de sexo de una persona transexual conlleva aceptar el matrimonio igualitario”

cirugía de reasignación de sexo”<sup>220</sup>. En base a esto, el TEDH determinó que existe una contradicción entre la permisividad para con la cirugía de reasignación de sexo (provista por el Estado) y el posterior “no reconocimiento” de las nuevas consecuencias jurídicas como por ejemplo el cambio de sexo registral de documentos oficiales para la identificación personal y prosigue con el reconocimiento de esta persona a contraer matrimonio con el sexo opuesto al cual su identidad de género se determina.

A ello, se puede sumar que el matrimonio de una persona transexual, no es el matrimonio de una persona homosexual, partiendo de la premisa de que en el primer caso estamos ante un supuesto de “identidad de género” y en el segundo punto ante “orientación sexual”. En ese orden de ideas, la motivación de una persona “trans” consiste en que se siente encerrado en un cuerpo ajeno al suyo, ya que su identidad de género es contraria a su sexo biológico, *motivo por el que su conciencia le dicta casarse con una persona de sexo distinto al de su sexo psicológico*, en cambio una persona homosexual no tiene esa confusión de identidad, ya que se encuentra plenamente identificada con su género, empero, busca relacionarse con personas de su mismo sexo.

En el caso *in commento*, el Tribunal Europeo determina que, si bien es cierto lo dispuesto en el Convenio Europeo, está relacionado al concepto del matrimonio tradicional, entre un hombre y una mujer. Ello no obsta, a que para determinar “varón” y “mujer” se atienda a criterios estrictamente biológicos o cromosómicos, sino que también debe considerarse criterios novísimos como el concepto del sexo cerebral<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Ibid. 81.

<sup>221</sup> Ibid. Párr. 81 y 83

Otro punto álgido en esta sentencia reside en el análisis que efectúa el TEDH sobre el reconocimiento del sexo cerebral, detallando que un argumento que impedía el reconocimiento de la identidad de género, era que “no existe consenso científico a la hora de reconocer la transexualidad o que “la cirugía de reasignación sexual no establece una transformación completa”. A lo que el Tribunal Europeo enfáticamente contestó que “no es evidente para [el Tribunal] que el elemento cromosómico, entre todos los demás, debe tomar inevitablemente una importancia decisiva a efectos de la atribución legal de la identidad de género de los transexuales”.<sup>222</sup> Es decir, el Tribunal concluyó que el elemento biológico no impide el reconocimiento de la identidad de género, ya que si bien es cierto ningún tratamiento puede cambiar el elemento “cromosomático” del sexo, debe prestarse especial consideración a la identidad del demandante por lo que ante la falta de consenso un Tribunal debe responder bajo los principios de *pro persona*.

### 6.2.2. Caso I vs. Reino Unido

Los criterios antes citados se vieron reafirmados con motivo del caso *I vs Reino Unido*<sup>223</sup>, donde el Tribunal reiteró el carácter evolutivo que tienen los tratados de derechos humanos y cuyo canon de protección se va extendiendo con el correr del tiempo. Este razonamiento permitió condenar nuevamente al Estado de Reino Unido al no reconocer la identidad de género legal de la solicitante.

En este caso, el alto tribunal europeo, analizó la petición de una mujer transexual (operada) que trabajó como enfermera del ejército durante un breve tiempo, sin embargo, una vez que

---

<sup>222</sup> Ibid. 82

<sup>223</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso I. v. Reino Unido, Demanda No. 25680/94 Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60595>

se le pidió trabajar con un contrato indeterminado se le pidió su partida de nacimiento en la cual seguía consignado su sexo biológico (varón) se vio obligada a renunciar<sup>224</sup>. Aunado a ello, la demandante refirió que en gran cantidad de trámites administrativos se le requiere la exhibición de su documentación como su certificado de nacimiento<sup>225</sup> sin embargo no le era posible enseñar tales documentos ya que no reflejan su realidad física. Por último señaló que desea casarse con su pareja actual sin embargo tal hecho se le imposibilita al no tener el reconocimiento legal de su identidad de género<sup>226</sup>.

### **6.3. Sobre los elementos fijados por el TEDH para solicitar el cambio de sexo**

Atendiendo lo expuesto, es importante destacar que el TEDH, se establecieron tres requisitos, los cuales son: i) diagnóstico médico; ii) cirugía; y, iii) dolor<sup>227</sup>. En ese supuesto, sin coincidir con el criterio afirmado por el TEDH, el Tribunal afirmó que el diagnóstico de disforia de género es un elemento transversal para dar inicio a la solicitud de cambio de sexo<sup>228</sup> el cual debe desembocar en el segundo elemento como es la cirugía de reasignación de sexo, ya que tal procedimiento es un tratamiento médico para aliviar la “enfermedad”<sup>229</sup>.” Por otro lado a entender de la corte, la intervención quirúrgica es el camino esencial para el reconocimiento

---

<sup>224</sup> Cfr. Ibid. 12

<sup>225</sup> Cfr. Ibid. 13 y 15. (V. gr. —la solicitud de un préstamo, de una pensión de discapacidad y de un nuevo trabajo, entre otros)

<sup>226</sup> Cfr. Ibidem. 75

<sup>227</sup> GONZALEZ-SALZBERG, Damian A. "The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/ Gender by the European Court of Human Rights." Ob. Cit. pag. 815

<sup>228</sup> En las sentencias se citó que: “In this case, as in many others, the applicant’s gender re-assignment was carried out by the national health service, which recognises the condition of gender dysphoria and provides, inter alia, re-assignment by surgery.” Véase Caso Goodwin párr. 78; y, Caso “I” párr 58

<sup>229</sup> En palabras del TEDH se expresó que: “The medical and surgical acts which in this case rendered the gender re-assignment possible. Véase Caso Goodwin párr. 81; y, Caso “I” párr 61

de la identidad de género, ya que alivia el “dolor” (tercer elemento) que siente la persona “trans” al no poder desenvolverse con el género con el que se auto percibe.

Consideramos que tal pronunciamiento resulta muy restrictivo para el reconocimiento de la identidad de género (y eventual cambio de sexo), ya que conforme hemos venido exponiendo, *la determinación del sexo registral no es una fatalidad biológica, sino más bien una extensión de la identidad dinámica del individuo*, en ese orden de ideas, establecer condiciones al ejercicio del derecho resulta contrario a la dignidad humana por cuanto etiqueta el derecho a lo que se puede denominar *genitocentrismo*. Es decir, que el sexo sigue estando delimitado por algo objetivo (genitales) y no por algo subjetivo –como sostenemos– que es la identidad asumida por la persona, a esta observación debe agregarse que conforme citamos, no toda persona “trans” busca acudir a una reasignación de sexo, siendo únicamente las personas transexuales quienes buscan tal cometido, a diferencia de las personas transgénero o travestis.

En esa línea, la óptica que nos brinda el TEDH se subsume a que necesariamente debe existir una “intervención quirúrgica” para admitir el reconocimiento legal lo cual se puede entender como la *heterosexualización* del colectivo “trans”<sup>230</sup> ya que solamente se admite el reconocimiento cuando el cuerpo corresponda al sexo que se pretende adoptar. Difiriendo de tal postura se puede afirmar que la misma genera un estado de segregación a aquellas personas que no desean adoptar un cambio de sexo quirúrgico.

---

<sup>230</sup> GONZALEZ-SALZBERG, Damian A. "The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/ Gender by the European Court of Human Rights." Ob. Cit. pag. 821

Al respecto se puede inferir que “solo las personas transexuales pueden exigir “legítimamente” el cambio de sexo ya que el discurso medico adoptado por el TEDH impone un deseo heterosexual como requisito”<sup>231</sup>. Este criterio se observa en el caso *Goodwin* enfatizando que “la aplicante (mujer transexual) vive como una mujer, y tiene relación con un varón y *solamente tiene el deseo de casarse con un varón*”<sup>232</sup>. En ese orden lógico, la solicitud del caso *Goodwin* no se hubiese amparado, si la peticionante no hubiese acudido válidamente a una cirugía de reasignación de sexo o hubiese deseado casarse con una mujer, ya que ello trastoca elementos sobre los cuales el TEDH aún se mantiene distante “el matrimonio igualitario”.

Asimismo, el TEDH cae en estigmatizar la conducta “trans” ya que de una interpretación de su posición, puede concebirse “trans” normales (transexuales) y “trans” anormales (transgénero o travestis) en donde solo los normales pueden acudir al reconocimiento de su identidad de género ya que se adecuan más al modelo *heteronormativo y genitocentrico*. Esperamos que en años posteriores el TEDH de un nuevo salto en su criterio, y que de tal forma reconozca modelos que se apartan del modelo *binario sexual* y que es una realidad jurídica y social que existen personas “trans” que no desean adoptar su cuerpo al género que desean pertenecer ya que el *genitocentrismo* no define el género de una persona sino más bien su propia identidad psíquica.

#### **6.4. Contraste de las sentencias “*Goodwin*” e “*I*” al caso peruano**

Si bien es cierto, no coincidimos a pleno con las referidas sentencias, éstas constituyen un punto de partida para la superación de la denominada “heteronormatividad”. El sexo/género

---

<sup>231</sup> Ibidem. Pág. 819

<sup>232</sup> Caso *Goodwin vs Reino Unido*. Párr. 101

tiende a ser comprendido a través de una categorización binaria de la cual –en apariencia- no se puede rehuir. En esa medida, el Tribunal Europeo dio cabida a que la reasignación de sexo “puede” constituir una transición que permita el reconocimiento de la identidad de género de una persona transexual<sup>233</sup>.

Subsumiendo tal comentario al caso nacional, se observa que la solicitante también era una persona transexual que se sometió a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, por lo que se puede colegir que el Tribunal Constitucional pudo considerar el razonamiento del TEDH sobre que si bien es cierto, la reasignación de sexo no cambia “absolutamente” el sexo, el criterio biológico no puede servir como elemento decisivo para negar el reconocimiento legal. El siguiente párrafo nos permitirá aclarar la citada idea

*“[A] test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual. There are other important factors—the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender”<sup>234</sup>*

En primer lugar, la interpretación realizada por el tribunal nacional estuvo desprovista del criterio *pro homine*<sup>235</sup> observando que la posición asumida es que el sexo es invariable al estar sujeto a cuestiones puramente biológicas como el sexo cromosomático, *ergo*, el sexo

---

<sup>233</sup> El TEDH expresó que, a ciencia cierta, el transexual nunca podrá cruzar el límite binario, ya que la intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos solo lo acercan demasiado más no lo suficiente como para rehuir de la “verdad biológica”, sin embargo tal acercamiento ***basta para conceder el cambio de sexo legal***. Véase: caso *Goodwin* párr.78 y 100; y, Caso “I” párr. Párr. 58 y 80

In other words, the transsexual will never cross the “true” limit of the sex binary. S/he will only get very close to the limit—close enough that the law will ignore the “biological truth” and concede a change of sex

<sup>234</sup> Case *Goodwin*, ob cit, párr. 100 y Caso “I” párr. 80

<sup>235</sup> El principio *pro homine*, es aquel, según el cual ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, que el principio *pro homine*, impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, [...] se elija la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú Exp 0795-2002-AA/TC)

consignado en el registro también lo es. Afirmamos que no se aplicó el criterio *pro homine* que válidamente estableció el TEDH, concepción errada, más aún si tomamos en consideración la situación de ambigüedad legal a la cual se expone a las personas trans post-operadas.

En ese orden de ideas, la falta de consenso científico no justifica una limitación al derecho a la identidad de género, siendo “la duda científica” frontera favorable para la concesión de Derechos Humanos, más aún si la realidad avanza más rápida que el derecho, razón por la cual este último debe procurar estar a la par.

A pesar de que el TEDH aún considere la verdad biológica como criterio para definir la sexualidad, aceptó también que tal punto no es determinante ya que puede variar atendiendo el criterio psicológico. Ello, es un avance ya que los documentos de identidad ya no solo se guían por un criterio estrictamente biológico. En ese norte de ideas, de aceptarse el reconocimiento de la identidad de género en el Perú, es oportuno importar la experiencia comparada de Argentina, la cual no apela a la cirugía de reasignación de sexo como requisito para el cambio registral del sexo, siendo tal, la que brinda mayor margen de protección al derecho a la identidad no necesitando una aprobación o condición estatal, es decir, no se puede supeditar o restringir el acceso a ser uno mismo ya que de lo contrario se estaría limitando el ejercicio regular de un derecho que tiene que ver con la posibilidad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo.

### 6.5.Caso Y.Y vs Turquía<sup>236</sup>

El 10 de junio de 2015, el TEDH analizó el caso de una persona de nacionalidad turca, quien habiendo nacido mujer, comienza a percibir que el género con el que más se identifica es el del género masculino, motivo por el cual recurre a las autoridades turcas a efecto autoricen pueda realizarse una cirugía de reasignación de sexo en base a lo dispuesto en el artículo 40 del código civil turco<sup>237</sup>. Ya que el solicitante no estaba permanentemente incapacitado de procrear, y por lo tanto, al no estar dentro de los parámetros del artículo 40 del Código Civil turco no cabía autorización alguna. Este criterio se vio reafirmado en tres instancias, motivo por el cual Y.Y acudió a instancias internacionales.

En sede internacional, el recurrente alegó la vulneración del derecho a la vida privada y vida familiar. Manifestó que su reclamo se basaba en que la discrepancia entre su percepción de sí mismo como un hombre y su constitución física había sido establecida por informes médicos y se quejó de la negativa de las autoridades nacionales para poner fin a esa discrepancia con el argumento de que todavía era capaz de procrear.

El tribunal se pronunció sobre la compatibilidad del artículo 40, específicamente el requisito de no ser capaz de procrear, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En esa medida, al analizar los requisitos que se pueden imponer a los transexuales para el cambio de sexo consideró, en primer lugar, que el someterse a una cirugía de reasignación de sexo es una decisión personal por lo que en base al principio de la “autonomía personal” toda persona

---

<sup>236</sup> Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152779>

<sup>237</sup> El código civil turco determina que para la autorización de cambio de sexo, el solicitante debe tener al menos dieciocho años de edad y no estar casado; además, debe tener predisposición transexual la cual debe estar certificada en un informe obtenido de una comisión médica la cual además debe detallar la necesidad de cambio de sexo para su salud psicológica, *estando además incapacitado para procrear*.

tiene el derecho a tomar decisiones sobre su propio cuerpo.<sup>238</sup> En ese aspecto, si un estado se rehúsa o prohíbe ese tipo de intervenciones, estaría infringiendo el derecho a la vida privada<sup>239</sup>.

El Estado turco alegó que el requisito de incapacidad de procrear persigue un fin legítimo el cual es cautelar un interés social. El Tribunal no se mostró convencido por tal aseveración ya que concluyó que la reasignación de sexo es un interés particular protegido por la libertad personal, ya que todo individuo tiene el derecho a su autodeterminación<sup>240</sup>.

Asimismo, la corte recordó la posición desfavorable en la cual se encuentra el colectivo “trans” por lo que enfatizo en la necesidad de que los estados adopten medidas legales de protección, por lo que su función es desempeñar un papel dinámico y evolutivo que ayude a mejorar o reformar el problema.<sup>241</sup>

Bajo tal enfoque, el TEDH trajo a colación la recomendación CM/ REC (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género<sup>242</sup>, en el cual se determinó que los estados europeos se comprometían a exigir cada vez menos requisitos legales para el cambio de sexo de personas “trans”, asimismo, la asamblea parlamentaria europea encomendó a los estados garantizar el derecho de las personas “trans” de contar con un documento de identidad que permita ejercer sus derechos. Las recomendaciones antes citadas sirvieron de base para que el TEDH concluya que los requisitos exigidos para el reconocimiento de la identidad de género en una persona trans no

---

<sup>238</sup> Ibid. Párr. 65

<sup>239</sup> El TEDH específico que es conocido que el transexualismo es una condición “médica” motivo por el cual la intervención quirúrgica de reasignación de sexo es entendida como un tratamiento para ayudar a los afectados.

<sup>240</sup> Ibid. Párr. 102

<sup>241</sup> Ibid. Párr. 103

<sup>242</sup> Disponible en: [http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Legal\\_recomendacionCM.pdf](http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Legal_recomendacionCM.pdf)

sean excesivos como someterse a la esterilización u otros procedimientos médicos como la cirugía de reasignación de género o terapia hormonal<sup>243</sup>

En tal medida, el TEDH entendió que el requerir una esterilización es contraria a los preceptos del derecho a la vida privada. Puntualizando que resulta extraño que se constriña a una persona estar incapacitado de procrear con anterioridad a la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, cuando esta última intervención inevitablemente lleva a la posibilidad de procrear<sup>244</sup>.

Consideramos que esta sentencia es importante ya que toma en consideraciones pronunciamientos internacionales que abogan por el reconocimiento progresivo de la identidad de género, más aún, si en un apartado especifica que resulta contrario al contenido del artículo 8 del Convenio Europeo, exigir alguna intervención médica como condición para el reconocimiento de un derecho. En efecto, es importante saber que al tratarse del derecho a la identidad de género vinculada a la autodeterminación personal, esta no tendría por qué estar restringida en su disfrute. Resulta alentador que tribunales internacionales se vayan sumando a la ola de reconocimiento de derechos de personas trans haciendo particular hincapié en el reconocimiento de la diversidad sexual y aceptación social

## 7. Corte Constitucional de Colombia

Es importante detallar el activismo judicial por parte de la Corte Constitucional Colombiana el cual desencadena consecuencias jurídicas positivas para la correcta vigencia de los

---

<sup>243</sup> Ibid. Párr. 110

<sup>244</sup> Ibid. Párr. 121

derechos humanos no solo en Colombia, sino también como antecedente latino americano para que demás países emulen su ejemplo.

El reconocimiento de la identidad de género en Colombia ha merecido un cambio progresivo desde el año 1994 hasta el año 2015, tal periodo de tiempo permitió consolidar el respeto a la diversidad sexual. A entender de la doctrina colombiana<sup>245</sup>, es posible identificar cuatro factores que motivaron la consolidación del precedente constitucional en materia de Derechos LGTBI, a saber: i) la movilización social<sup>246</sup>; ii) medios de comunicación<sup>247</sup>; iii) instituciones y contexto político<sup>248</sup>; y, iv) transformaciones en el derecho constitucional<sup>249</sup>.

En el presente acápite abordaremos las sentencias más importantes sobre identidad de género y transexualidad vertidas por la Corte Constitucional de Colombia<sup>250</sup>.

---

<sup>245</sup> Al respecto véase: ALBARRACÍN CABALLERO, Mauricio y RIVERA RÚGELES, Juan Camilo “¿Cómo la Corte Constitucional salió del closet? Diez años de progresos constitucionales sobre diversidad sexual en Colombia” Disponible en: [http://lasa-4.lasa.pitt.edu/otrossaberes/uploads/081710-malbarracin-y-jrivera\\_-c-mo-la-corte-constitucional-sali-del-closet\\_final-2-1.pdf](http://lasa-4.lasa.pitt.edu/otrossaberes/uploads/081710-malbarracin-y-jrivera_-c-mo-la-corte-constitucional-sali-del-closet_final-2-1.pdf)

<sup>246</sup> La movilización social LGTBI vivida en Colombia tiene un papel preponderante ya que no solo se limitaron a ser un colectivo estático, sino más bien dinámico a través de la interposición de una serie de recursos de amparo de interés difuso. Por otro lado, se destaca el papel de la Defensoría del Pueblo quienes asesorando a diversos miembros del colectivo LGBTI lograron interponer recursos judiciales que buscaban el cese de la discriminación.

<sup>247</sup> El artículo citado detalla que en Colombia se vivió una intensa campaña por los colectivos LGTBI quienes buscaban la reivindicación social a través de los medios de comunicación. Entre los grupos de mayor presencia se encuentra el colectivo “Colombia diversa”

<sup>248</sup> El citado artículo atribuye el respeto de derechos a determinados hechos políticos los cuales terminaron con el avocamiento de la Corte Constitucional quien dirimió en beneficio del colectivo LGBTI

<sup>249</sup> El artículo concluye nuevamente la responsabilidad a la Corte Constitucional la cual emitía sus pronunciamientos con gran consideración a los principios de igualdad y no discriminación. deber de protección de poblaciones en condición de discriminación y exclusión, incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las discusiones constitucionales, así como una mayor conciencia y uso de los derechos fundamentales por parte de todos los magistrados de la Corte en el abordaje de las cuestiones que se estaban sometiendo a su consideración

<sup>250</sup> Sin ánimo de redundar en ideas ya desarrolladas, hacemos presente que las sentencias T-918/2012 y T63/2015 ya fueron citadas en el punto 7.2 del primer capítulo

Es necesario apreciar la calidad de argumentativa que se desprende de las sentencias que citaremos a continuación, dado que se aprecia la verdadera labor de una corte constitucional, que emite fallos *antes que, con la ley, con el derecho*.

### 7.1. Sentencia T-477/95 Corte Constitucional de Colombia<sup>251</sup>

La citada sentencia narra un caso muy particular que en su oportunidad conmocionó a la sociedad colombiana. En 1981 un niño de seis meses de nacido sufrió el ataque de un perro que cercenó sus genitales. Este hecho motivo el traslado del menor al hospital donde los médicos influenciaron a los padres para que autoricen la “reassignen el sexo” del menor ya que no cabía otra alternativa. Con la aceptación de los padres, los médicos realizaron la intervención y recomendaron que el menor sea criado como una mujer. Ante tal hecho, desde septiembre de 1981 al año 1986, el menor fue trasladado al albergue de monjas “Casa del Niño Dios” donde se le inculcó conductas femeninas, con posterioridad los padres solicitaron el cambio de nombre del menor a efecto se le identifique con un nombre femenino. En el año de 1989 el menor sale del albergue de monjas y comenzó a “rebelarse contra los ‘roles’ que le había impuesto los tratamientos médicos. Es en este punto donde el menor acude a las autoridades para que en su nombre interponga las acciones en contra de los médicos que le practicaron la operación y contra sus padres. La Corte Constitucional revisó el proceso en última instancia y estableció algunos considerandos trascendentes:

*“Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el*

---

<sup>251</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-477/95 (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero) Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>

*niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”<sup>252</sup>.*

Seguidamente agregó que:

*“Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquella. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mi” (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la **IDENTIDAD** de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”. En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, **los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.**<sup>253</sup> (Resaltado nuestro)”*

Esta sentencia nos permite conocer que el derecho a la identidad personal es desde ya un concepto macro que involucra no solo cualidades de carácter biológico, sino también aspectos vinculados a la personalidad de cada uno que permite individualizarse. Es decir, la voluntad de uno de decir que “es” y no. El caso del recurrente, grafica una historia personal

---

<sup>252</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-477/95 (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero) Fundamento Jurídico. 13

<sup>253</sup> Idem. Fundamento Jurídico 13.1

impuesta por sus padres y médicos para él, motivo por el que con legitimidad, se opone, dándole la Corte Constitucional la razón a su pedido.

### **7.1.Sentencia T-1033/2008 Corte Constitucional de Colombia<sup>254</sup>**

La sentencia en comentario versa sobre la cautela del derecho a la identidad de una persona que habiendo solicitado el cambio de nombre y sexo -originalmente masculino a femenino- solicita que nuevamente se cambie el nombre de su partida atendiendo nuevos hechos sobrevinientes.<sup>255</sup>

En tales circunstancias, la citada sentencia constituye un reto para el juzgador ya que la acción de tutela busca confrontar directamente el contenido de la norma ya que en apariencia la solicitud está vetada por ley, siendo aquel el razonamiento que motivo se rechace la solicitud en primeras instancias. La Corte Constitucional conoce tal proceso delimitando en que el reconocimiento de determinados rasgos distintivos de la persona (como el nombre) permiten el desarrollo personal, permitiendo plasmar el denominado proyecto de vida así también expresó que:

*“la fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad y ante el Estado, requiere de la conformidad del individuo con la identidad que proyecta, de suerte*

---

<sup>254</sup> Sentencia T-1033/2008 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-1033-08.htm>

<sup>255</sup> Los hechos expuestos se transcriben de la siguiente forma en la sentencia: Mediante providencia del 9 de noviembre de 2007, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante en atención a que, de acuerdo con la legislación nacional, el cambio de nombre opera por una sola vez. Así las cosas, dado que el accionante previamente había hecho uso del derecho de modificar su nombre, no puede esperar que ahora la Registraduría Nacional del Estado Civil acepte cambiarlo nuevamente, por cuanto ello contraría el ordenamiento legal. En este orden de ideas, el juez considera que la actuación de la autoridad demandada no afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad del actor, toda vez que aquélla no ha coartado su derecho a definir su identidad sexual, al punto que en un principio aceptó cambiar el nombre del demandante, trámite que por expreso mandato legal sólo procede una vez.

*que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones<sup>256</sup>”.*

El alto tribunal colombiano, detalló la importancia que tiene el nombre de una persona para su desenvolvimiento en la sociedad motivo por el cual evaluó el caso sometido a su conocimiento prestando especial consideración a los hechos concomitantes. En ese aspecto, es importante considerar que en el marco del derecho al desarrollo a la personalidad “el Estado debe reconocer la facultad natural de toda persona de realizar autónomamente su proyecto vital, sin coacción, ni controles injustificados y sin más límites que los que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.<sup>257</sup>

Por lo cual, si bien es cierto ningún derecho es absoluto, la Corte resaltó que la limitación a que el cambio de nombre solo sea una vez se debe a un fin legítimo, este es “la consolidación de la seguridad jurídica en las relaciones de la persona en sociedad y frente al Estado y el desarrollo de una función de policía que permita la identificación del individuo.”<sup>258</sup>

Es interesante apreciar la conclusión que hace la Corte Constitucional ya que no agota su razonamiento con una simple subsunción de la norma (supuesto-consecuencia o si es A debe ser B) sino que presta consideración a la realidad que vive el solicitante considerando que esta es “excepcional” ya que la reorientación de su identidad de género<sup>259</sup> se produce *a posteriori*. En tal consideración, el núcleo de la sentencia es el siguiente considerando

*“la Sala no puede desconocer que se trata de un caso excepcional en el que la aplicación inflexible de la restricción legal compromete el plan de vida de una persona de escasos 26 años que, en una etapa intermedia del proceso de*

---

<sup>256</sup> Sentencia T-1033/2008 de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Fundamento Jurídico 4.2

<sup>257</sup> *Idem*.

<sup>258</sup> *Idem*.

<sup>259</sup> En la sentencia en comentario se usa el término “reorientación sexual”; sin embargo, conforme hemos desarrollado, la orientación sexual dista mucho a la identidad de género.

*determinación de su personalidad e identidad sexual, tomó la decisión apresurada de cambiar su nombre masculino por uno femenino, lo cual no puede atarlo indefinidamente a un signo distintivo que no atiende a su identidad sexual definida ulteriormente, ni condenarlo por el resto de su vida a la pérdida de la dignidad, libertad, autonomía e igualdad.”*

Gracias a tal razonamiento es que la Corte considera ir más allá de la norma legal, y ampara la pretensión del recurrente. Anotando que el sentido resolutivo es “*contra leguen*” pero en este caso resolver en contra del sentido de la ley, facilita la correcta vigencia de la identidad personal y consecuentemente el de la dignidad humana. Obsérvese que esta clase de activismo judicial consagra el verdadero rol del juez constitucional, el cual es resolver no solo con criterio legal, sino también con criterio de equidad. Al respecto, es conveniente traer a colación las palabras del filósofo del derecho Gustav Radbruch al citar que:

*“El conflicto entre justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse como “falso derecho y ceder el paso a la justicia”<sup>260</sup> (el resaltado es nuestro)*

Debe valorarse la decisión emitida por del homólogo colombiano del Tribunal Constitucional, ya que mediante dicho pronunciamiento permitió la realización personal de la actora judicial cuyo interés es legítimo. En esa medida, a diferencia de nuestra corte constitucional, en Colombia se interpretó el derecho con criterio de justicia, con un criterio *pro homine* antes que con un criterio respectivo.

---

<sup>260</sup> RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 35

## 7.2.Sentencia T-876/2012 Corte Constitucional de Colombia<sup>261</sup>

En la Sentencia T-876 de 2012<sup>262</sup>, la Corte Constitucional se pronunció sobre una acción de tutela interpuesta por la defensoría del pueblo en favor de una persona transexual. La Corte Constitucional expresó que a pesar que la cirugía de reasignación de sexo no se encuentre prevista en el Plan Obligatorio de Salud (En adelante “POS”)<sup>263</sup>, esta solicitud debe ser satisfecha ya que amenaza el bienestar de la persona, al negarse un procedimiento médico que requiere un usuario, ello en contraposición de los argumentos sostenidos por la empresa prestadora de salud, quien expresó que “el procedimiento quirúrgico de cambio de sexo que requiere el paciente, no hace parte de los eventos incluidos en el plan obligatorio de salud[...].”<sup>264</sup>:

*“[E]l derecho a la salud es fundamental, motivo por el cual la Empresa Prestadora del Servicio de Salud, al abstenerse de suministrar o autorizar un tratamiento excluido del Programa Obligatorio de Salud amenaza el bienestar de la persona, al negar un procedimiento médico que requiere un usuario, para superar situaciones que afecten su bienestar físico, mental y social.”<sup>265</sup>*

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia, consideró que el juez constitucional es competente para determinar si se transgrede el derecho al acceso a la salud en caso una

<sup>261</sup> Sentencia T-812/2012 de la Corte Constitucional de Colombia. M.P Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-812-12.htm>

<sup>262</sup> Sentencia T-876/12 de la Corte Constitucional de Colombia emitida el 29 de octubre de 2012. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-876-12.htm>

<sup>263</sup> El “Plan Obligatorio de Salud” son los beneficios a los cuales tienen derecho todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia. En tal plan, está contenido el catálogo de intervenciones o tratamientos que los asegurados pueden solicitar. Tal plan se actualiza cada dos años con la intervención del Ministerio de Salud.

<sup>264</sup> Sentencia T-876/12 de la Corte Constitucional de Colombia emitida el 29 de octubre de 2012. Título A. Respuesta de la Empresa Prestadora de Salud “Comparta”

<sup>265</sup> Sentencia T-876/12 de la Corte Constitucional de Colombia emitida el 29 de octubre de 2012. Título V. Fundamento jurídico: 5.2

entidad prestadora de salud restrinja el acceso a un tratamiento aduciendo que no está incluido en los servicios del seguro social. Entre otras cosas, articularon que:

*“[E]l ámbito de [...] protección [que ofrece el seguro social] no está delimitado por el plan obligatorio de salud. [Ya que] [p]uede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida y dignidad de la persona o su integridad personal.”<sup>266</sup>*

Bajo tal óptica, *se puede detallar que el Derecho a la Salud se extiende más allá de la regulación que pueda existir habida cuenta que los derechos humanos, preexisten sobre la Ley.*

Con tal motivo, los tribunales internos -entiéndase el Tribunal Constitucional- puede determinar, dentro del ámbito de sus competencias, políticas públicas que coadyuven al ejercicio de los derechos fundamentales y consecuentemente disponer las providencias necesarias para garantizar el cese de la violación y las medidas de protección pertinentes.

Con ánimos de fundamentar más la interpretación establecida por la Corte Constitucional, se puede extraer que “la salud goza de una doble connotación, en tanto servicio público esencial y como derecho fundamental”<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> Sentencia T-876/12 de la Corte Constitucional de Colombia emitida el 29 de octubre de 2012. Título IV. Fundamento jurídico: 4.5. Asimismo, en tal fallo, la Corte Constitucional reiteró cuatro reglas para que el juez de tutela conceda la demanda, a saber: “i) *Que [...] el tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna;* ii) *Que se trate de un [...] tratamiento [...] que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.* iii) *Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud –EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante y;* iv) *Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo.”*

<sup>267</sup> Ídem

Es factible extraer tal conclusión, -e importarla al ordenamiento jurídico peruano- ya que la dualidad establecida respecto del derecho a la salud, permite que se complementen. El derecho a la salud como servicio público se adapta al contenido del derecho a la salud, pero sin rebasar los parámetros para su ejercicio. En tal medida se puede tomar atención a pronunciamientos internacionales como la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales al citar que: “la necesidad de que la prestación de servicios de salud se sujete a los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, a fin de lograr ‘el disfrute del más alto nivel posible de salud’, lo cual implica una mayor exigencia para los prestadores del servicio y para el Estado, como garante último de la efectividad del derecho”.<sup>268</sup>

Tales argumentos permitieron que la Corte Constitucional de Colombia comprenda la trascendencia del derecho a la salud para una persona transexual, tal tribunal consideró que todo aspecto que *“incid[a] en la configuración de la calidad de vida del ser humano, [...] implica [...] un reconocimiento a la trascendencia de los aspectos físico, psíquico y social dentro de los cuales conduce su existencia”*. El desenvolvimiento social es importante para el ejercicio del derecho a la vida, por tanto, si este grupo de personas presenta una disconformidad con su cuerpo que colma su bienestar, es admisible que el estado intervenga a fin de garantizar la primacía de la dignidad.

En el caso peruano que analizamos, el Tribunal Constitucional conoció el caso de una persona transexual que con sus propios medios había acudido a una reasignación de sexo, es decir, la

---

<sup>268</sup> Citado en la Sentencia de la Corte Constitucional, referencia en: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm> En tal observación se tomó especial consideración a “el disfrute más alto del derecho a la salud”

pretensión no buscaba se cautele su salud en relación con su identidad de género, sino más bien, el primer paso: el reconocimiento de su personalidad jurídica. Esta situación se presentaba más favorable para la cautela del derecho a la identidad; sin embargo, el Tribunal Constitucional negó la protección del derecho aduciendo que “*no existe certeza sobre el tratamiento indicado para las personas transexuales*” (*inclúyase reasignación de sexo*). Es decir, manifestó que la decisión de reasignación de sexo al cual acudió la demandante, estaba errada ya que no curaba la supuesta “enfermedad” que padece, tal criterio perjudica el derecho a gozar de una identidad de sexual y género, plenamente definida con base a la autonomía personal<sup>269</sup> por cuanto no cumple con el deber de progresividad.

### **7.3.Sentencia T-99/15 de la Corte Constitucional de Colombia<sup>270</sup>**

La sentencia T-99/15 de la Corte Constitucional Colombiana es el precedente más reciente sobre la protección constitucional de la identidad de género. El caso analiza una acción de tutela promovida por una mujer transexual en contra de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional por no expedirle su libreta militar a menos que pague la multa por inscripción extemporánea.

---

<sup>269</sup> En la sentencia T-918/12 se expresó que: “No es inusual que las autoridades de salud limiten el acceso al servicio a las personas trans con base en su apariencia diversa, su identidad legal o el conocimiento de que hacen parte de dicha minoría. Precisamente, diversos estudios han encontrado que estas personas, ante la dificultad de recibir las prestaciones de salud que requieren y la desesperación por lograr su bienestar, deciden no recibir atención médica a sus problemas o buscar alternativas al Sistema de Seguridad Social formal. Esta última opción genera consecuencias perversas puesto que lleva a que los pacientes consuman altos niveles de hormonas sin supervisión o se practiquen cirugías en clínicas informales. Se considera que las autoridades no le han dado importancia a la protección del derecho a la salud de las personas trans, que requieren prestaciones específicas. Esta circunstancia ha llevado a que su salud física y mental pasen desapercibidas por las entidades encargadas de velar por su cuidado, en detrimento del bienestar general de dicha comunidad”

<sup>270</sup> Sentencia T-099/15 de la Corte Constitucional de Colombia; disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-099-15.htm>

La demandante explicó que desde su juventud atravesó problemas de segregación y discriminación, los cuales se remontan incluso al ámbito familiar ya que la expulsaron de casa al conocer su transexualidad. Ante tales circunstancias solicitó su incorporación en el Registro único de víctimas (RUV) para después presentar un certificado de tal inscripción a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional y así conseguir su libreta militar, sin embargo, el pedido fue denegado.

La Corte Constitucional estudió el proceso señalado formulando el siguiente problema jurídico:

*¿La Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional violó los derechos a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la igualdad de la señora Gina Hoyos Gallego por hacerla destinataria de la Ley 48 de 1993 como a un varón –tal como la identifican sus documentos- a pesar de que ella se reconoce a sí misma como una mujer transexual?*

En razón a tal interrogante, la Corte Constitucional reitero gran parte de su bloque jurisprudencial e hizo un recuento sobre la problemática jurídica que suscita la identidad de género. Ante ello, la Corte inicia la construcción de su sentencia tomando en cuenta que “la clasificación clásica y binaria entre hombre y mujer responde a una construcción cultural que debe ser revaluada a partir de, entre otros, los conceptos de identidad de género y orientación sexual. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática”<sup>271</sup>.

Este tipo de aseveraciones denotan la intención del tribunal de crear un ambiente social que busque derribar aquellas barreras sociales que determinen la discriminación de la minoría sexual “trans” es decir, adoptar una posición conciliadora y no exclusiva. Apartado diferente

---

<sup>271</sup> Ibid. Párr. 39

se advierte en la sentencia materia de análisis donde se citó que “el derecho no contempla el cambio de sexo registral como opción ya que ello alteraría el estado natural de las cosas”.

A diferencia de nuestro país, a través de la sentencia emitida por la Corte Constitucional, se buscó solidificar las instituciones estatales –ente ellas el ejército nacional- a que en el ejercicio de sus funciones tomen en cuenta “un enfoque diferencial que tuviera en cuenta la identidad de género”. Es decir, el Estado no puede ser un ente inerte que acude a las solicitudes de los administrados, sino más bien, efectuar un papel proactivo y protagónico con conciencia de satisfacer el ejercicio de los derechos humanos. Este papel se traduce en el siguiente argumento:

*“La negación de su condición de mujer por parte del Ejército, que la trató como si fuera un hombre, con base en el argumento de que los documentos de identidad son la única forma para definir el género de una persona para efectos de atribuir consecuencias jurídicas -como el cobro de la multa por extemporaneidad en la presentación de la actora ante las autoridades militares- **constituyen un tratamiento indigno, violatorio de los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.**”<sup>272</sup>*

Debe contrastarse el párrafo citado con el criterio de nuestro Tribunal el cual incluso sostuvo que pretender ser reconocido con un sexo diferente al biológico “rompe el modelo que afirma el derecho de proteger jurídicamente lo que viene dado por la naturaleza”<sup>273</sup>. En la sentencia materia de comentario, se concluye que la recurrente (mujer transexual) no puede ser objeto de las consecuencias jurídicas que prevé la norma destinada a “varones” a pesar que su

---

<sup>272</sup> Sentencia T-09-2015. Fundamento Jurídico 98.

<sup>273</sup> Véase sentencia del Tribunal Constitucional 139-2013/PA-TC, fundamento jurídico 30:

La pretensión del recurrente puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana), para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza

nombre y documentos señalen su masculinidad. Ya que ello implica el desconocimiento de su identidad de género. Por lo tanto “[el género es] un concepto altamente complejo, no se define con base en un elemento aislado –como por ejemplo el nombre- y por ser una parte inherente de las personas, todo trato basado en [el mismo] es particularmente delicado y merece el máximo respeto. **Ante posibles contradicciones entre los documentos oficiales y la identidad de género, la única forma digna para establecer esta última es manifestación de la auto percepción.**”

En base al anterior párrafo traemos a colación el siguiente párrafo:

*“Efectivamente, la identidad de género y la orientación sexual son aspectos inherentes a los individuos que hacen parte de su fuero interno, pero deben tener la posibilidad de ser exteriorizados plenamente, de ser reconocidos y respetados, incluso de generar o excluir de ciertas consecuencias jurídicas. **Cualquier actuación judicial o administrativa debe aceptar que el reconocimiento pleno de estos derechos está ligado a la posibilidad de que las personas puedan expresar plenamente su sexualidad y que la misma no puede ser objeto de invisibilización o reproche, especialmente por el Estado, que tiene un deber cualificado de protección.** Esto implica un deber de respeto y garantía frente a la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos transgénero. Tales obligaciones vinculan a todas las autoridades del Estado y su inobservancia puede acarrear consecuencias disciplinarias o penales según sea el caso.”*

Estas consideraciones permiten colegir el rol dinámico del Estado y su asunción de deber de respeto y garantía respecto de los derechos de una minoría sexual plenamente identificada. Con todo esto, aseveremos que el papel de los jueces constitucionales debe orientarse hacia la maximización de los derechos fundamentales, los cuales exceden el reconocimiento normativo y jurisprudencial.

## 8. Principios de Yogyakarta

Los “Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”<sup>274</sup> es un documento internacional que fue elaborado por un grupo de denotados especialistas en derecho humanos quienes se reunieron en Yogyakarta (Indonesia) para dar pronta respuesta a la situación de segregación y discriminación en contra del colectivo LGTBI<sup>275</sup>. En esa medida, si bien es cierto, tales principios no forman parte de los instrumentos del Sistema Interamericano o tienen la naturaleza de tratado. Si forman parte del *soft law*, es decir, a pesar de no ser “vinculantes” sí son relevantes para la aplicación del derecho, dado cuenta que dotan de contenido al mismo. Tal documento internacional constituye un punto de inflexión en materia jurídica ya que es el primer pronunciamiento internacional cuyo fin es proteger al colectivo LGTBI, en esa medida, los principios que contienen vienen siendo usados como herramienta jurídica para la toma de decisiones por Tribunal Internacionales<sup>276</sup> pero que sin embargo no fue considerado por nuestro Tribunal Constitucional.

En esa medida, interesa a esta investigación traer a colación el principio número 3 que expresa lo siguiente:

*“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los*

---

<sup>274</sup> Estos Principios “se adoptaron en una reunión multidisciplinaria de expertos de Derechos Humanos, de 25 países [...], y fueron relanzados oficialmente en Ginebra el 26 de marzo de 2007, en sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU”

<sup>275</sup> Cabe agregar que además de los principios de Yogyakarta, “La Declaración de Montreal” también constituye un instrumento jurídico pionero en materia de Derechos Humanos en favor del colectivo LGTBI.

<sup>276</sup> Al respecto, puede apreciarse que la Corte IDH hizo alusión a tales principios en la sentencia *Atala Riffo e hijas Vs. Chile*.

*aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género”<sup>277</sup>*

A entender de Pulecio Pulgarin, “el artículo 3 de los principios de Yogyakarta encuentra cobijo en el Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el Artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el Artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; en el Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en el Artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en el Artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos”<sup>278</sup>

Estas ideas nos permiten colegir que el contenido normativo del principio número 3 es consonante con diversos tratados sobre Derechos Humanos; sin embargo, aquel principio entra en conflicto directo con la decisión del Tribunal Constitucional; ya que, mientras tal instrumento propugna el reconocimiento de la diversidad sexual, el Tribunal Constitucional compele a no efectuar un mínimo reconocimiento jurídico, justificando su cometido en la supuesta “inmutabilidad del sexo”, este supuesto conlleva a afirmar que la decisión del Tribunal Constitucional no es acorde a la dirección progresista de diversos instrumentos internacionales que guardan relación con el tercer principio de Yogyakarta número 3.

---

<sup>277</sup> Entre otros detalles, los principios complementan los deberes del estado al citar que: Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí.

<sup>278</sup> Cfr. PULECIO PULGARIN, Mauricio. (2011) “Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Revista de Análisis Internacional Número 3. Pág. 248

No está demás indicar que esta herramienta internacional busca la integración social plena de las personas “trans”, sin partir de una separación entre “transexuales, transgénero y travestis”, ante tal circunstancia, a pesar de que dichos principios no fueron tomados en consideración por el Tribunal peruano, ello no es óbice para que el operador jurídico, en ejercicio de su autonomía y discrecionalidad, pueda garantizar la identidad de género y por tanto salvaguarde los derechos fundamentales.

### 9. Declaración sobre los derechos orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas

Este instrumento internacional, nace de la iniciativa conjunta de un grupo de Estados miembros de la ONU que estando al tanto de la discriminación que viene padeciendo el colectivo LGTBI unen fuerzas para que, en el año 2008, la Asamblea General de las Naciones adopte una declaración para promover la protección de las personas transexuales y orientación sexual<sup>279</sup>, si bien es cierto la intención era adoptar una “resolución” tal idea no prosperó habida cuenta la oposición de algunos estados<sup>280</sup>

Esta declaración suscrita por 96 países, dentro de los cuales se encuentra Perú “denuncia la discriminación y estigmatización por motivos de identidad de género u orientación sexual.

---

<sup>279</sup> Los países que adoptaron tal declaración son 66 de los 192 miembros de la ONU, por i) **AFRICA**: Cabo Verde, República Centroafricana, Gabón, Guinea-Bissau, Mauricio, Santo Tomé y Príncipe, Ruanda, Seychelles, Sierra Leona, Sudáfrica. ii) Por **AMERICA**: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá Perú, Uruguay, Venezuela. Por **ASIA**: Armenia, Corea del Sur, Georgia, Israel, Japón, Nepal, Timor Oriental. Por **EUROPA**: Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, República de Macedonia, Reino Unido. Por **OCEANIA**: Australia y Nueva Zelanda.

<sup>280</sup> Entre el grupo de estados que se oponían a tal resolución se encuentran en gran parte los países del área africana, organización de la conferencia islámica, además del Vaticano. Cabe anotar que dichos países adoptaron una declaración en el sentido contrario.

Además, exhorta a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que no haya sanciones penales, detenciones, torturas o pena de muerte por estos motivos.”<sup>281</sup>

Entre otra de las consecuencias que destacó este instrumento, consta la solicitud a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos para que detallará las leyes o prácticas estatales que vienen promoviendo el contexto de discriminación en perjuicio de la comunidad

## LGTBI

Recientemente, el 4 de mayo de 2015, en el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, destacó que:

*“Pese a los recientes avances registrados en varios países, por lo general las personas transgénero siguen sin poder obtener el reconocimiento legal de su género preferido, en particular cuando se trata de cambiar el sexo y el nombre de pila consignados en los documentos de identidad expedidos por el Estado. Debido a ello, estas personas afrontan múltiples problemas para hacer valer sus derechos, entre otras cosas en el ámbito laboral y de la vivienda, así como a la hora de solicitar un crédito bancario o prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero”*<sup>282</sup>

Tales instrumentos reflejan el sentir internacional sobre la identidad de género. Ese supuesto nos hace colegir que nuestro país no puede sentirse ajeno al fenómeno progresista sobre Derechos Humanos, motivo por el cual existe el deber positivo de adoptar las medidas necesarias que nos permitan superar obstáculos de hecho y de derecho (sentencia materia de análisis) que perjudican a la minoría “trans”.

Asimismo, procedemos a resaltar algunos puntos contenidos en la declaración sobre derechos LGBTI que contribuyen a reforzar el respeto de la identidad de género como derecho, a saber:

---

<sup>281</sup> Sentencia T-099/15 de la Corte Constitucional de Colombia. Fundamento Jurídico 42.

<sup>282</sup> Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos adoptado mediante resolución A/HRC/29/23 sobre la “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género” párr. 69

“[...]

*3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.”*

[...]

*10. Hacemos un llamado a todos los Estados y mecanismos internacionales relevantes de derechos humanos a que se comprometan con la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género”*

Si bien es cierto, la declaración a la cual hacemos referencia no es vinculante para el Perú, sí constituye un elemento de interpretación para el juzgador, más aún si dicho documento internacional fue firmado por nuestro país. En ese contexto el sentido resolutorio de la sentencia en análisis contradice abiertamente el punto tres y diez de la declaración, ya que conforme hemos citado, la sentencia un contexto de discriminación sistemática al restringir el ejercicio de diversos derechos en base a la identidad de género.

#### **10. ¿Vulnera derechos la sentencia 139-2013/PA-TC?**

Es de notar que nuestras constituciones de 1979 y 1993, contienen un catálogo de «derechos fundamentales». “Ambas Constituciones contienen extensos listados de derechos organizados a partir del reconocimiento de la dignidad de la persona humana”<sup>283</sup>.

En esa medida, es importante puntualizar que el reconocimiento de derechos no se agota en un *numerus clausus*, sino que el reconocimiento de ellos atiende a los reclamos justos avanzan conforme a los tiempos<sup>284</sup>. Un claro ejemplo de ello se detalla desde 1789 fecha en

<sup>283</sup> Comisión de la Verdad y Reconciliación Tomo I

<sup>284</sup> Al respecto pueden confrontarse las ideas de Helio Gallardo en el sentido que reconoce el potencial emancipador de la lucha por derechos humanos, asignándole un carácter estratégico revolucionario. Para este

la cual se da la “Declaración de los Derechos del Hombre”. Tal denominación no fue mera casualidad; la palabra “hombre” denotaba, en efecto, que solo era del hombre. Eleanor Roosevelt, atenta a dicha insuficiencia reformuló tal palabra por el de “humano” adquiriéndose así la frase “Derechos Humanos” incorporándose las mujeres quienes a tal fecha eran objeto de segregación por razón de género.<sup>285</sup>

Esta breve introducción, obedece a fines ilustrativos ya que, en nuestros tiempos, la lucha por el reconocimiento de derechos no se ha agotado. La existencia de minorías sexuales como es –precisamente- el colectivo “trans”, propicia denunciar y reaccionar ante las posibles afrentas que puedan perjudicar el ejercicio de sus derechos, más aún si aquellas derivan del Estado. En ese orden de ideas, evidenciamos que la sentencia materia de análisis promueve el desconocimiento del derecho a la identidad de género. Derecho que se resiste al reconocimiento jurisprudencial y sobre todo social, motivo por el evidenciamos las consecuencias jurídicas negativas que desata la referida sentencia, respecto de otros derechos fundamentales.

Pérez Luño cita que “los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática [...] En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en

---

autor el fundamento de los derechos humanos no es como lo plantea Norberto Bobbio el consenso logrado entre diversos Estados -expresado en la generalizada adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino las transferencias de poder - derivadas de la lucha social – entre los diversos grupos sociales, las instituciones en las que se articulan y las lógicas que animan estas relaciones; y la introducción material en la noción de humanidad de nuevos actores, sujetos y necesidades humanas. Sostiene que “los derechos fundamentales no se dicen, por tanto de los individuos, sino de las relaciones que estos logran establecer y legitimar mediante sus luchas de liberación”.<sup>284</sup>

<sup>285</sup> Cfr. LAGARDE, Marcela (1996). “*Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas*”. En Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. IIDH. San José, Costa Rica. Pág. 86-125

sus relaciones con el Estado y sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder del Estado, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social.”<sup>286</sup>

## 10.1. Sobre la afectación al Derecho al libre desarrollo de la personalidad

### 10.1.1. ¿Qué se entiende por el derecho al libre desarrollo de la personalidad?

El derecho al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal se encuentra reconocido por nuestra Constitución en su artículo 2<sup>287</sup>, el Tribunal Constitucional ha emitido algunas consideraciones respecto de tal derecho, expresando lo siguiente:

*“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.”<sup>288</sup>*

Ante tales ideas se concibe la “cláusula general de libertad” que está sustentada en la libertad de acción la cual permite que el ser humano se proyecte en su plano personal determinando su “biografía personal”. Tal biografía es la suma de las decisiones libremente adoptadas las cuales se basan en la dignidad humana.

<sup>286</sup> PÉREZ LUÑO Antonio E. (1999) “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución” Madrid, Tecnos, , págs. 20-22.

<sup>287</sup> Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física **y a su libre desarrollo y bienestar** (el énfasis es nuestro). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

<sup>288</sup> STC. 3901-2007-PA/TC (Caso Contreras Siaden) Fundamento Jurídico 5.

Es importante mencionar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tuvo un amplio desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se analizó su núcleo esencial, a saber:

*“El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana.”<sup>289</sup>*

Conforme se puede apreciar, el análisis de la Corte Constitucional de Colombia, parte de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está vinculado a la propia experiencia personal del individuo; es decir, es el reconocimiento de la aptitud de adoptar un modelo de vida de acuerdo a las propias decisiones, valores y convicciones de uno mismo, sin la debida intromisión de terceros.

Por otro lado, se debe puntualizar que además de un derecho, también se considera un principio. En esa medida la jurisprudencia comparada determinó que:

*“El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales”<sup>290</sup>*

En tal medida, podemos aseverar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad esta sintonizado con la idea propuesta el maestro Fernández Sessarego, como es el “proyecto de

---

<sup>289</sup> Corte Constitucional de Colombia C-481-98 (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero) Fundamento Jurídico 21

<sup>290</sup> Ver Sentencia T-542/92 de la Corte Constitucional de Colombia

vida”. En esa línea, tal derecho permite la construcción plena del afán personal, garantizando a la persona un espacio de libertad que impida a terceros y el Estado, abstenerse de interferir en las opciones de vida que elija el individuo.

Acotando ideas al párrafo anterior, entendemos que si bien es cierto el libre desarrollo de la personalidad posibilita la capacidad de autodeterminación, esta no es carácter ilimitado ya que tiene su frontera en el derecho de los otros o las reglas pactadas en el ordenamiento jurídico.

*“[L]a jurisprudencia parte de distinguir dos tipos de actuaciones del sujeto que son susceptibles de un escrutinio igualmente diferenciado. En primer lugar, están aquellos comportamientos que solo conciernen a la persona y que, por ende, no interfieren en la eficacia de derechos de terceros. Estos actos son expresiones propias del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, de manera general, no pueden ser válidamente orientadas o restringidas. En segundo lugar, concurren aquellas actuaciones en donde el comportamiento del sujeto puede incorporar afectaciones a derechos fundamentales de otras personas, caso en el cual sí son admisibles limitaciones, siempre y cuando superen satisfactoriamente criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, la restricción correspondiente solo devendrá legítima cuando cumpla con finalidades constitucionalmente obligatorias, como son precisamente la protección de los derechos fundamentales de otras personas.” 291”*

Tales alegaciones nos permiten colegir que el derecho-principio del desarrollo a la personalidad irradia su influencia a gran parte de los derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de la libertad. En ese orden de ideas, la libertad no solo es la libertad de poder o no poder hacer algo, sino que es la libertad de moldearse a uno mismo y actuar conforme a su conciencia individual. De allí que el núcleo esencial de este derecho permita la capacidad autónoma de identificar un plan de vida donde uno expanda su yo

---

<sup>291</sup> Ver Sentencia T-565/13 de la Corte Constitucional de Colombia

existencial. O en otras palabras *“está vinculado al ámbito de las decisiones propias del individuo a partir de la cuales configura su modelo de realización personal: el hombre es libre para autodeterminarse”*<sup>292</sup>.

El ex secretario general de la ONU Boutros Gali, describió que los derechos humanos *“son los derechos inherentes de las personas en virtud de ser seres humanos, los derechos que son absolutamente esenciales para el pleno y completo desarrollo de la personalidad humana”*<sup>293</sup>

Por otro lado, Gregorio Peces-Barba citaba que *“[I]os derechos son un instrumento para alcanzar la igualdad que permite a todos, por su extensión generalizada, participar en la democracia social, disfrutar en condiciones de los derechos clásicos, individuales, civiles y políticos, con la satisfacción de las necesidades básicas, y finalmente, alcanzar «el desarrollo y la salvaguardia de la libre personalidad, que es un objetivo humanista”*<sup>294</sup>.

Tales ideas nos permiten culminar el presente epígrafe reafirmando que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho humano que parte del reconocimiento de la persona como persona jurídica con todos los efectos que esto implica, para que pueda desenvolverse conforme a su libertad personal.

### **10.1.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la identidad de género**

Importando tales concepciones a la identidad sexual, es factible sostener que el libre desarrollo de la personalidad permite que cada individuo autodetermine su identidad de género en merito a que guarda una estrecha relación con el concepto de “autonomía

---

<sup>292</sup> DEL MORAL FERRER, Anabella. (2012) *“El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”* Cuestiones Jurídicas, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre Universidad Rafael Uribe Uribe, pág 91

<sup>293</sup> RAJAWAT, Mamta. (2001) *“Burning Issues of Human Rights, New Delhi India”*, Editorial Kalpaz Publications, Pág. 64

<sup>294</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. (1999) *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*, Madrid España, Editorial Dykinson. Pág. 45

personal”. Esta autonomía brinda la posibilidad de “rebelarnos contra la adscripción estática y coercitiva, heterónoma, a relaciones concretas, y contra el protagonismo que éstas puedan asumir en la definición de nuestra personalidad a costa de nuestra capacidad de auto-normarnos”<sup>295</sup>.

En otras palabras, tal derecho permite el desarrollo del “ser” personal y consecuentemente la condición sexual, motivo por el cual, la reasignación de sexo o cambio de sexo registral no puede ser concebido como una anomalía personal, ya que tales hechos conducen a una realización personal que hacen que la dignidad humana sea vea reconocida en el sentido “más amplio y subjetivo posible”<sup>296</sup> Sessarego expresaba que el libre desenvolvimiento de la personalidad, se desenvuelve en el plano de la sexualidad al “vivir de acuerdo con el sexo que responde a las profundas inclinaciones psicológicas de la persona, a sus hábitos, costumbres, reflejos, actitudes, estilo”<sup>297</sup> De lo cual podemos afirmar que el desenvolvimiento personal se materializa al en la posibilidad legal de admitir “el cambio de sexo” como opción de vida, al manifestarse como muestra clara de que la vida personal obedece a una identidad dinámica y no estática, reiterando que el *sexo no es una fatalidad biológica que determina al hombre, sino más bien una opción existencial*.

En esa medida, “[e]stamos de acuerdo en sostener que lo dicho permite considerar que amparados bajo el derecho al libre desarrollo de la personalidad las decisiones que una persona pueda adoptar sobre cómo vivir su sexualidad o las consecuencias de una

---

<sup>295</sup> B. RODRÍGUEZ RUIZ (2013) “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 17, pág. 90. Citado en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-9-14.pdf>

<sup>296</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-918-12. (Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio) Fundamento Jurídico: 1.11

<sup>297</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Nuevas tendencias en el derecho de las personas” Ob. Cit. 224

determinada identidad sexual, son cuestiones sobre las que el Estado no puede tener ninguna injerencia, de no afectarse derechos de terceros”<sup>298</sup>

## **10.2. Sobre la afectación al Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica**

A pesar que el derecho a la personalidad jurídica no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, tal derecho mereció la atención del Tribunal Constitucional para desarrollarlo en su jurisprudencia. En líneas generales, el alto tribunal expresó que al no estar regulado tal Derecho, debe recurrirse a los pronunciamientos internacionales en la materia<sup>299</sup> como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>300</sup> o la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>301</sup>. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional importó las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con motivo del caso *Bámaca Vs Guatemala*, parafraseando lo siguiente:

*“El citado precepto debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que textualmente establece: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes;*

---

<sup>298</sup> FERNANDEZ REVOREDO, Marisol. *“Avances hacia el reconocimiento de derechos de las personas LGBT: sobre cómo el Tribunal Constitucional peruano ha contribuido a ello”*. En: Autores Varios. *El Derecho como campo de lucha, orientación sexual e identidad de género*. DEMUS, Lima, 2008 pág. 13 Citado por: SIVERINO BAVIO, Paula *“El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina”* Ob. Cit. pág. 65

<sup>299</sup> En esa medida, en la STC 0114-2009-HC/TC, el Tribunal hizo referencia al artículo 55 de nuestra Constitución, en la medida que tal artículo autoriza la importación de Derecho Internacional, dado que todo aquel tratado que sea ratificado, se entiende acoplado al ordenamiento jurídico interno.

<sup>300</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regula el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el artículo 16, y detalla que: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*

<sup>301</sup> La Convención Americana consagra el derecho a al reconocimiento de la personalidad jurídica en su artículo 3, a saber: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*

*la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes (...)*<sup>302</sup>

En la misma sentencia, (STC 114-2009-HC/TC) el Tribunal Constitucional detalló la relación intrínseca que tiene el reconocimiento de la personalidad jurídica con el derecho a portar el documento de identidad, especificando que “la expedición del Documento Nacional de Identidad repercute directamente en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que dicho documento, [...], permite el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes al individuo”<sup>303</sup>

Coincidimos plenamente con el criterio esbozado por el Tribunal Constitucional, habida cuenta que el documento de identidad es un presupuesto material para el ejercicio de los derechos civiles, motivo por el cual es trascendente que tal instrumento refleje plenamente la identidad del titular. Esta identidad, no se limita al reconocimiento de los documentos legales para la determinación de las características del sujeto, sino también la percepción personal que tiene el titular respecto de su persona.

En tal aspecto, el derecho a la personalidad jurídica no solo se limita a detallar que las personas son un centro de imputación de deberes y derechos, sino también conlleva el reconocimiento que todo ser humano por el simple hecho de existir, es dueño de una propia esencia que hace su personalidad. Dicha esencia, está constituida por diversos atributos entre los cuales encontramos el sexo/género, o como le entendió la Corte Constitucional “el

---

<sup>302</sup> STC 114-2009-HC/TC, Fundamento Jurídico 10, citando el caso de la Corte IDH, caso Bámaca Vs. Guatemala Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Párr. 179

<sup>303</sup> Ibid. Fundamento jurídico 11.

derecho de cada persona natural a ser reconocida como persona jurídica lleva implícita la garantía de todos los atributos de la personalidad”<sup>304</sup>

En ese orden lógico ¿cuál es el valor que da el Estado peruano al reconocimiento de la identidad trans? ¿De qué forma permite el Estado peruano el ejercicio de los derechos y obligaciones de la población trans? La respuesta a tales interrogantes está impregnada en el sentido resolutivo vinculante de la sentencia objeto de comentario, ya que de ella se desprende la negación al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas transgénero al no permitirles acceder a un documento de identidad que refleje su identidad de género y consecuente reduce drásticamente la capacidad de este colectivo humano de ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones ya que al no contar con un documento de identidad que refleje su condición jurídica.

Moreno Pabón afirmaba que “de las diferentes maneras en las que el Estado puede afectar a las personas trans a través del derecho, la forma en la que el Estado documenta el sexo es probablemente la más contundente”<sup>305</sup>. Se afirma tal idea, en razón a que el desconocimiento de la identidad de género expone a este grupo humano “a ser leído socialmente como parte de un género distinto al que expresa su documento de identidad.”<sup>306</sup> Lo cual puede generar consecuencias nocivas para su desenvolvimiento social, como por ejemplo por ejemplo la segregación social manifestada en la exclusión al momento de encontrar trabajo, imposibilidad de acceso al mercado laboral, previsional o incluso las complicaciones para

---

<sup>304</sup> Ibid.

<sup>305</sup> MORENO PABÓN, Diana Carolina. “*Derecho, persona e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans*” Ob. Cit. pág. 136.

<sup>306</sup> Ibid.

acceder al sistema de salud. La necesidad de contar con un documento de identidad que refleje la apariencia física es considerable, más aún si es requisito para cualquier trámite administrativo, civil u análogo *ergo*, el contar con un documento que no refleje la realidad material del sujeto: “estigmatiza” y dificulta el ejercicio de los derechos ya que uno puede ser objeto de señalamientos y apartamientos.

El juez argentino Pedro Hooflt, en uno de los primeros fallos que admitió el cambio de sexo como decisión válida expresó que: “la transexualidad y transgeneridad genera en nuestra sociedad historias de constante menoscabo de derechos de raigambre constitucional, que lleva a la persona que la ‘padece’, a una verdadera ‘muerte civil’, sin ver respetados sus derechos a la identidad personal, identidad sexual, al nombre, a la igualdad y la no discriminación, a trabajar, a la seguridad social, a sufragar, a la privacidad, a la salud integral y una adecuada calidad de vida, a la dignidad personal.”<sup>307</sup>

En ese entender, concluimos que la restricción absoluta que postula la sentencia del Tribunal Constitucional respecto del cambio de sexo en el documento de identidad, impide la reconstrucción de identidad personal deslegitimando el derecho a la identidad de género y por tanto impidiendo el reconocimiento de la personalidad jurídica del estado en perjuicio de la comunidad “transgenerista”

---

<sup>307</sup> (Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición n° 1 de Mar del Plata, Causa n° 3/53.401 “C.A.M. s/acción de amparo”, fallo del 06/10/2003)

### 10.3. Sobre la afectación al Derechos a la salud

#### 10.3.1. ¿Qué entendemos por derecho a la salud? Apuntes jurisprudenciales y doctrinarios

Previo a detallar las razones por las cuales la sentencia materia de estudio afecta el derecho a la salud, es pertinente desarrollar el alcance jurídico de tal derecho así como los pronunciamientos que merecido vía jurisprudencia nacional e internacional. En ese marco, el Tribunal Constitucional del Perú analizó el derecho a la salud –por primera vez- en el caso Juan Islas Trinidad y otros (Caso penal de Challapalca), en él, se citó que el derecho a la salud es “la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo.”<sup>308</sup> Seguidamente, se enarbó el criterio establecido en la Ley General de Salud, al establecer que el derecho a la salud constituye “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”<sup>309</sup>.

Por otro lado, en el sistema interamericano, la Corte IDH recalcó la importancia del derecho a la salud al recordar lo contenido en el protocolo de San Salvador citando que el derecho es “entendid[o] como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, [además] que la salud es un bien público”<sup>310</sup>. Seguidamente, en lo relativo a documentos internacionales, la Carta de la OEA especificó que e “[t]oda persona tiene derecho a que su

---

<sup>308</sup> STC 1429-2002-HC/TC Caso Challapalca, Fundamento Jurídico 12

<sup>309</sup> Ibid. 14

<sup>310</sup> Cfr. Corte IDH: Caso Albán Cornejo y otros, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 117, y Caso Vera Vera y otra Vs Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43

salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”<sup>311</sup>. No está demás detallar que el derecho a la salud forma parte de los denominados *derechos económicos, sociales y culturales*, por lo tanto, los deberes de los Estados para garantizar su cumplimiento están sujetos a la noción del desarrollo progresivo y no la satisfacción inmediata. Es decir, emergen dos tipos de obligaciones; la obligación positiva de implementar acciones positivas para garantizar el óptimo ejercicio de tal derecho en beneficio de la sociedad; y, en segundo lugar la obligación negativa de abstenerse de realizar acciones que limiten el goce de tal derecho, *ergo*, la abstención de cualquier órgano estatal de propiciar o crear situaciones de derecho que conlleven una limitación a tal derecho.

Por último creemos conveniente traer a colación el razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia, la cual es –quizás- el órgano jurisdiccional que mayor nota de atención ha tomado al derecho a la salud. En esa ilación de ideas, la Corte Constitucional comprende que “la salud no se limita al hecho de no estar enfermo, sino que comprende todos los elementos psíquicos, mentales y sociales que influyen en la calidad de vida de una persona. Por consiguiente, todas las personas deben estar en condiciones de intentar al restablecimiento de su salud bajo criterios de calidad, eficacia y oportunidad”<sup>312</sup>. En base a ello, queda

---

<sup>311</sup> Artículo 34 de la Carta de la OEA

<sup>312</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-918-2012, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio Fundamento Jurídico 4.2.. *Mutatis mutandi* la sentencia T-307 de 2006 en la cual se afirmó que: “[l]a salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente

comprobado el valor jurídico del derecho a la salud, destacando además que al margen de ser un derecho progresivo, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho “autónomo” y no interdependiente del derecho a la integridad como usualmente se viene considerando<sup>313</sup>.

### 10.3.2. El derecho a la Salud y su relación con la identidad de género

El derecho a la salud respecto de la minoría “trans” tiene un realce en particular, ya que si bien es cierto tienen las mismas necesidades médicas que el resto de la sociedad, también es verdad que dado su estado psíquico y la posición de vulnerabilidad en la cual se encuentran emerge un estado de necesidad especial. Esta situación fue advertida por la Corte Constitucional de Colombia al citar que “[al ser] un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas, [se] debe velar porque la atención del Sistema de Salud reconozca dichas especificidades.”<sup>314</sup>

Tal compromiso obedece a circunstancias excepcionales, ya que la minoría “trans” debe atravesar una barrera social la cual está representada por la marginación. En esa medida, la jurisprudencia colombiana ha identificado algunas de ellas al citar que: “la crítica situación de marginación de las transgeneristas sigue siendo muy severa, lo que las convierte en las víctimas más representativas de la violencia por prejuicio en la sociedad que se manifiesta

---

*cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud”.*

<sup>313</sup> Un punto que se debate en la doctrina, es la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales. Ello en merito a que la fórmula que se viene usando en sede de la Corte IDH es la “conexidad” de los DESC con los derechos civiles y políticos (V. gr. analizar el derecho a la salud, en función al derecho a la integridad tal y como se realizó en el Suarez Peralta Vs Ecuador). Esta fórmula viene siendo sometida al rigor académico de posiciones disidentes entre las cuales destaca la opinión del magistrado Ferrer Mac-Gregor. Al respecto puede analizarse su votos razones emitido Lluy vs Ecuador, en el cual cuestiona sagazmente la actual posición de la Corte defendida por el magistrado Sierra Oporto.

<sup>314</sup> Corte Constitucional de Colombia T-918-2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Véase fundamento jurídico 5.

de múltiples formas, tales como (i) amenazas escritas o verbales; (ii) agresiones físicas; (iii) intentos de homicidio y homicidios, tanto en el hogar como en espacios públicos o abiertos al público; (iv) ejercidos por ciudadanos comunes, individualmente o en grupo; o (v) por la fuerza pública y funcionarios públicos”.<sup>315</sup>

En ese orden de ideas, las dificultades personales que atraviesan las personas “trans” comprenden atravesar vaivenes de poca estabilidad emocional, mental e incluso física, limitando el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Por tal hecho, consideramos que el Estado debe partir reconociendo la identidad de género de las personas “trans” saneando su existencia jurídica, brindando una posibilidad de inserción social, garantizando su incorporación como ciudadanos iguales y no de segunda categoría. De lo contrario, se presentarían dificultades para que las personas “trans” sean beneficiarias del sistema de salud, motivándolas a encontrar sistemas alternativos los cuales muchas veces exponen su integridad física e incluso las lleva a la muerte<sup>316</sup>.

Es propuesta del presente trabajo que nuestro Tribunal Constitucional importe el criterio asumido por su homólogo colombiano, ya que una vez superada la dificultad del reconocimiento de género, pueda avalar el rol protagónico que debe tener el Estado para garantizar derechos, en tal medida, pueda concluir que no es posible que el derecho a la salud cobre relevancia cuando las personas nos encontremos en inminente peligro, sino más bien,

---

<sup>315</sup> Ídem. Fundamento jurídico 5.1

<sup>316</sup> La Corte Constitucional de Colombia, al tanto de los sucesos detallo que: “[G]enera consecuencias perversas puesto que lleva a que los pacientes consuman altos niveles de hormonas sin supervisión o se practiquen cirugías en clínicas informales. Se considera que las autoridades no le han dado importancia a la protección del derecho a la salud de las personas trans, que requieren prestaciones específicas. Esta circunstancia ha llevado a que su salud física y mental pasen desapercibidas por las entidades encargadas de velar por su cuidado, en detrimento del bienestar general de dicha comunidad”

se tome en cuenta una suerte de “carácter preventivo del derecho a la salud” y en consecuencia se compela a las autoridades a brindar los servicios médicos que garanticen el desenvolvimiento personal en condiciones dignas.

Parfraseando las ideas antes citadas, enunciamos que el sistema de salud debe asistir a las personas transexuales, quienes habiendo sido diagnosticadas con “disforia de género” se les prescriban un tratamiento que comprenda suministrar hormonas o una cirugía de reasignación de sexo. Ello con el fin de garantizar la dignidad humana entendiendo que “la falta de correspondencia entre la identidad mental del accionante y su fisionomía podría conllevar a una vulneración a su dignidad en el entendido de que no le es posible bajo esa circunstancia vivir de una manera acorde a su proyecto de vida”.<sup>317</sup>

En lo que respecta a sanidad pública y los deberes positivos del Estado, creemos conveniente traer nuevamente el caso colombiano a colación. En aquel país y como consecuencia del activismo judicial se determinó que los tratamientos médicos en beneficios de personas “trans” deben atenderse por medio de la seguridad social, posibilitando que se acceda a los tratamientos pertinentes a costa de los aportes válidamente efectuados por el usuario. En esa medida, en Colombia se realizó un gran avance gracias al entendimiento de que “[e]l derecho a la salud no sólo [se afecta] cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.”<sup>318</sup> Esta interpretación *pro homine* del derecho a la salud genera una

---

<sup>317</sup> Corte Constitucional de Colombia T-876-2012

<sup>318</sup> Opinión vertida por el hoy magistrado de la Corte IDH, Juez Sierra Porto, en la sentencia T-307-2006

*“brecha positiva de disponibilidad”* para que esta minoría sexual se encuentre en la posibilidad de reclamar el resguardo de su derecho a través de la seguridad social.

Somos de la opinión, que las intervenciones quirúrgicas que propugnan la realización personal del colectivo “transexual” tiene como consecuencia: garantizar la dignidad y bienestar de estos mismos. La adecuación objetiva a su realidad subjetiva es el primer paso para adecuar su “verdad personal”.

#### **10.4. Sobre la afectación al Derecho a la Libertad**

El maestro Fernández Sessarego anotaba que el derecho a la libertad *“está ligado al derecho a la vida, [y que] supone nada menos que la posibilidad natural de todo ser humano a realizarse libremente como tal [...] supone también, la posibilidad de todo ser humano a decidirse por un proyecto de vida dentro del bien común, de realizarse plenamente como hombre”*<sup>319</sup> Asimismo, Corte Suprema Norteamericana sostuvo que “[los] asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad [...]. En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado”<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *“Nuevas tendencias en el derecho de las personas”* Ob. Cit. Pág. 223

<sup>320</sup> *Planned Parenthood of Southeastern v. Casey*, 505 US 833 (1992)

Asimismo, debemos reivindicar que “el ser humano es el creador, el protagonista y el destinatario del Derecho. Es su centro y su eje *ergo* la finalidad del Derecho es proteger la libertad de cada persona, dentro del bien común, para que con la dignidad que le es inherente pueda vivir como ser libre.”<sup>321</sup>

Consideramos importante la mención de las líneas que preceden, ya que el fin del Derecho por ser creación del hombre, es la protección del hombre, por lo que la salvaguarda del derecho a la identidad está inmersa dentro del supuesto determinado en el artículo primero de nuestra constitución

Complementando tal idea, según el autor alemán Robert Alexy, la libertad tiene dos dimensiones: “1) la libertad de hacer y omitir lo que se quiera de acuerdo con la voluntad propia, siempre y cuando no existan restricciones, entendiéndose que lo restringido es únicamente aquello que se encuentra expresamente prohibido, pues todo lo que no está prohibido está permitido, por lo cual el ejercicio de este derecho faculta hacer aquello que está permitido y lo que no está prohibido; y, 2) el derecho a que nadie (ni el Estado ni los particulares) impidan las acciones y omisiones del titular del derecho fundamental.”<sup>322</sup>

En esa línea, es necesario comprender la inescindible relación entre la libertad y la dignidad, en tal medida “[s]er digno, significa, además de ‘poseedor de dignidad’, ser ‘merecedor de algo’. Parece razonable admitir -ya como inmediata intuición moral, ya a través de un juicio meditado- que ese algo que merece toda persona en virtud de su dignidad es respeto, vale

---

<sup>321</sup> Ibidem. Pág. 120

<sup>322</sup> ALEXY, Robert. (2008) “*Teoría de los derechos fundamentales*” Trad. por Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. pág 301

decir, miramiento, consideración y deferencia a su estatus de persona, de criatura libre y racional”<sup>323</sup>

Aparejando lo conceptos antes fijados, podemos concluir que la libertad implica también la elección de vida con sus respectivas decisiones, en ese margen hay que considerar como un dato decisivo que “el reconocimiento de la autonomía (*libertad*) significa concebir a la persona como agente moral responsable de sus propias decisiones, y que, “cuanto más fundamental sea y mayor alcance tenga una determinada decisión sobre la vida de un individuo, más sustancial es el interés de éste por disfrutar de autodeterminación para tomarla”<sup>324</sup>. Siguiendo con el desarrollo doctrinario Rawls cita que “uno de los objetivos principales es establecer principios de justicia que delineen la estructura básica de la sociedad. *Y esos principios, que serán acordados por todos los individuos que conforman la sociedad, están vinculados al derecho que cada persona tiene a la máxima libertad compatible con igual libertad de los demás*, y; en segundo lugar, al principio que él llama de diferencia, que es aplicado a los bienes de tipo social y económico y establece que deben ser distribuidos igualitariamente, salvo que una distribución desigual favorezca a los que están en peor posición”<sup>325</sup>. Estas ideas se armonizan con la idea de que la libertad y su manifestación son pilares sobre los cuales se basa la dignidad de la persona humana. Mientras más sea el respeto de la libertad por parte del estado, mayores serán las posibilidades de elección de vida, por ello, abogamos porque el Estado asuma un papel aquiescente en la toma de decisiones referentes a la identidad sexual ya que estas, están vinculadas al plan de vida.

---

<sup>323</sup> PALAVECINO Adriana. “*Justicia, Género y Sexualidad*”. Ob. Cit., Pág 110

<sup>324</sup> Idem.

<sup>325</sup> Cfr. RAWLS, John. (1995) “*Teoría de la justicia*”. Ciudad de México: 6ta. reimpresión de la 2da. edición, Fondo de Cultura Económica, págs. 67-68

Las personas transexuales “se sienten” ajenas a su sexo biológico, motivo por el cual, en manifestación de su libertad y de su verdad personal, deciden –libremente- moldear su cuerpo, comportamiento y actitud a su identidad de género. Esta elección no solo debe ser respetada por el Estado, sino también reconocida ya que de lo contrario se origina un contexto restrictivo de la libertad y autodeterminación personal. Subsumiendo lo citado al caso en concreto, observamos que la sentencia en comentario, reduce el nivel de autonomía personal imponiendo un estilo de vida a las personas trans contrario a su proyecto personal, por tales supuestos la sentencia vinculante es lesiva al derecho a la libertad.

#### **10.5. Sobre la afectación al principio de no discriminación e igualdad**

Reiteramos las palabras del profesor americano Ronald Dworkin cuando cita que “los derechos representan esa promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de estas serán respetadas”<sup>326</sup>. En efecto, podemos colegir que la aceptación que dan las mayorías a las minorías son el primer paso para alcanzar la igualdad; sin embargo, en tanto y en cuanto dicha mayoría no efectúe tal concesión el principio de no discriminación, se erige como una garantía para limitar el “aparente” poder que tienen las mayorías.

En esa ilación, en el presente punto pretendemos adentrarnos en el discernimiento del principio de no discriminación y del principio-derecho de igualdad, para de tal forma comprender cuál es su alcance jurídico además de cuál es el tratamiento y reconocimiento que se le viene dando en sede internacional además de como esta se erige como punto garante respecto de la categoría sospechosa de la identidad de género partiendo de la incidencia de la sentencia 139-2013/PA-TC.

---

<sup>326</sup> DWORKIN, Ronald. (1999) “*Los Derechos en Serio*”. Editorial Ariel S.A., Barcelona, cuarta reimpression, marzo, pág. 303.

En relación con la idea expuesta, el profesor RAWLS cita que el principio de igualdad “representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada”<sup>327</sup> complementamos tal idea aseverando que el *status quo* de igualdad, debe verse respaldado por las garantías que brinda el principio de no discriminación a través del respaldo de los órganos judiciales quienes deben avalar el rendimiento máximo del principio de dignidad humana.

### 10.5.1. ¿Son el principio de no discriminación e igualdad conceptos conjuntivos o disyuntivos?

Previo a analizar la trascendencia que tienen ambos principios para el orden interno como internacional, es necesario hacer una breve disquisición de términos, *ergo*, comenzamos aseverando que tanto el principio de igualdad como no discriminación tienen elementos semejantes como disimiles. En esa medida, sostenemos que ambos son “principios” entendiendo que es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>328</sup>.

En esa misma línea argumentativa podemos demarcar que ambos principios regulan o garantizan supuestos diferentes, en esa concepción, Oscar Parra, citando a Asbjorn Eide, expresa:

*“[P]ueden distinguirse por lo menos dos concepciones de igualdad. Una primera noción de igualdad como ‘prohibición del trato arbitrario’ [que] es la noción más clásica de igualdad formal. Ésta se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características. Esta noción se ha traducido en los tratados internacionales como **igualdad ante***

<sup>327</sup> RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traducción de GONZÁLES, María Dolores. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995, pág. 80

<sup>328</sup> DWORKIN, Ronald, “*Los Derechos en Serio*”, ob cit. pág. 72

*la ley [...] [y] la segunda que tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos, y que es deber del Estado evitar que esta situación se siga profundizando, así como revertir los efectos de esta marginación histórica” (principio de no discriminación)<sup>329</sup>*

Profundizando la idea antes referida, el principio de igualdad tiene un origen “normativo”, es decir, regula la conducta humana, en razón a que busca mantener un estándar igualitario que permita el goce efectivo de los derechos, así también se erige como principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>330</sup>. El Tribunal Constitucional Peruano señaló que “la naturaleza jurídica del principio igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Es decir, que funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos [...]”<sup>331</sup>

En ese matiz, la Corte Constitucional Colombiana distinguió, hace más de 20 años, dos concepciones de igualdad las cuales se subsumen en i) la igualdad formal; e, ii) igualdad sustancial. Respecto de la igualdad formal estimó que “constituy[ó], en sus inicios, una de las más preciadas conquistas del estado liberal clásico que reaccionó contra los privilegios propios del antiguo régimen, proclamando la similar posición de todos ante la ley, de modo que los destinatarios recibieran un trato idéntico en las normas y en su aplicación. Los ciudadanos resultan, dentro de esta concepción, receptores de unas mismas normas, sin que haya lugar a hacer excepción de personas; porque la ley es universal, general, abstracta e

---

<sup>329</sup> PARRA Oscar y GONZALES Marianne. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz” en en Revista del Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, núm 47, Enero-Junio de 2008, pág 129.

<sup>330</sup> STC EXP. N.º 018-2003-AI/TC

<sup>331</sup> STC Exp. N.º 261-2003-AA/TC (Caso Capeco) Fundamento Jurídico Nro. 3.1

impersonal, la misma para todos tanto si protege como si castiga, en términos del artículo 6 de la Declaración Francesa de 1789”<sup>332</sup> Seguidamente, precisó que ello no da pábulo a que no se puedan hacer diferenciaciones de trato ya que existen supuestos que imponen “la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”<sup>333</sup>.

Referente a la **igualdad sustancial**, la Corte Constitucional de Colombia indicó que conlleva un papel dinámico de compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho. “Esto atiende los fenómenos históricos de segregación y marginación o con injusticias del pasado que se pretende subsanar. Por lo que la igualdad sustancial se erige con un carácter remedial o compensador”<sup>334</sup>.

En similar medida, el principio de no discriminación, es una garantía en beneficio de determinados sectores (minoritarios) de la población que requieren especial atención por parte del Estado, ello en razón a que si bien es cierto “todos somos iguales ante la ley” existen ciertos grupos minoritarios cuyas características -sexo, color, raza, identidad de género entre otros- no les permite serlo. En atención a ello Courtis señala “la importancia de prevención de discriminación, lo cual requiere de obligaciones positivas y negativas, es decir, la adopción de medidas que eliminen los obstáculos que impiden a las personas o grupos el ejercicio y goce de sus derechos (obligaciones positivas) y el no adoptar distinciones

---

<sup>332</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-410-94. Fundamento Jurídico “C”

<sup>333</sup> Idem.

<sup>334</sup> Idem.

normativas y otras medidas que lo menoscaben”<sup>335</sup> Courtis, continua el desarrollo respecto de discriminación precisando que esta tiene dos tipos de origen puede ser ocasionada por causas *de jure o de facto*<sup>336</sup>. Por la primera de ellas se entiende la exclusión, restricción o menoscabo en el ejercicio de un derecho y por el segundo de una acción u omisión que promueve una distinción no fundada en una causa objetiva razonable.

En tal sentido, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional colombiana señaló que un acto discriminatorio “[...]es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.”<sup>337</sup>

Para responder a la pregunta planteada en título del presente punto, nos adscribimos a lo planteado por Oscar Parra citando a Courtis respecto que una “simple violación del principio de igualdad” o el “principio de tratamiento igualitario” se distingue de la “discriminación”, ya que esta última es una violación “agravada” del principio de igualdad, que no es “cualquier forma arbitraria de menoscabo de un derecho”, sino que se basa en “la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social”<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> COURTIS, Cristian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación” en *Revista del Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Nro. 48, Julio-diciembre de 2008, pág. 157-158*

<sup>336</sup> *Idem.* 162

<sup>337</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-691-12 Fundamento Jurídico 3.1.1

<sup>338</sup> PARRA Oscar y GONZALES Marianne. “*Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*” Ob. Cit. pág 135

En ese orden argumentativo podemos colegir que existe una relación de “interdependencia” así como de intensidad entre ambos principios; no obstante, podemos sostener que ambos principios (igualdad y no discriminación) desempeñan un papel **coadyuvante** en aras de alcanzar una sociedad debidamente organizada al amparo de un estado constitucional de Derecho<sup>339</sup>. Además de ello, podemos sostener que el principio de no discriminación es una “consecuencia” del principio de igualdad ante la ley, lo cual genera que esa relación de interdependencia se identifique también con una de género-especie.

### 10.5.2. Tratados que regulan el principio de no discriminación

A manera de ilustración, constatamos que existen cuatro tratados, en materia de derechos humanos, que detallan en específico, el principio de no discriminación, a saber: i) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer la cual cita que la “discriminación contra la mujer” “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.<sup>340</sup>

Seguidamente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial reza lo siguiente: “En la presente Convención la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por

<sup>339</sup> RAWLS, John. “*Teoría de la justicia*”. Ob. Cit pág. 80 y ss

<sup>340</sup> Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”<sup>341</sup>

De manera similar, la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza transcribe que: “A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza<sup>342</sup>” Por último el Convenio Nro. 111 de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación establece: “A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación<sup>343</sup>”

No se puede dejar de lado, la reciente Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia adoptada en Guatemala en junio de 2013, la cual dispone en, su artículo 1, diversas definiciones sobre qué se entiende por discriminación en el sistema

---

<sup>341</sup> Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

<sup>342</sup> Artículo de 1 de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza 1960

<sup>343</sup> Artículo 1 del Convenio OIT Nro. 111 relativo a la discriminación (empleo y ocupación)

interamericano<sup>344</sup>; sin embargo, dicha convención aún no se encuentra vigente en razón a que ningún estado firmante, ha ratificado el instrumento citado, debiendo agregarse que el Perú no firmó tal documento.

Los tratados que detallamos, representan la voluntad internacional de los estados de erradicar actos discriminatorios de toda índole, partiendo de la premisa que “la no discriminación e igualdad” están relacionadas con el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

### **10.5.3. El principio de no discriminación e igualdad desde una óptica del Sistema Interamericano**

En el Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos, regula bajo dos supuestos normativos la igualdad y no discriminación, entiéndase en los artículos 1.1<sup>345</sup>

---

<sup>344</sup> El artículo detalla: “1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.  
2. Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.  
3. Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.  
4. No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.”

<sup>345</sup> **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio

(obligación de respetar derechos) y el artículo 24<sup>346</sup> (igualdad ante la ley), de tal premisa fáctica entendemos que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, hace alusión al deber de protección que tienen los estados para proteger grupos desventajados sin discriminación alguna mientras que el artículo 24 hace alusión a la igualdad formal es decir la interdicción de emisión de normas arbitrarias. En ese entender, colegimos que entre ambos artículos existe diferencia de supuestos regulados, empero -como enunciamos en líneas anteriores- el principio de no discriminación e igualdad son principios coadyuvantes y complementarios.

Atendiendo la idea antes citada, cobra vital importancia citar la diferencia que estableció la Corte IDH entre tales artículos, al respecto en el caso *Karen Atala* afirmó que:

*“La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a ‘igual protección de la ley’. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”<sup>347</sup>*

---

a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>346</sup> **Artículo 24. Igualdad ante la Ley:** Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

<sup>347</sup> Corte IDH: Caso Karen Atala Riffo y niñas Vs Chile Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 82

Esta dualidad del reconocimiento de igualdad material (artículo 24) e igualdad sustancial o material traducida como principio de no discriminación (artículo 1.1) también ha sido objeto de análisis por parte de la Comisión Interamericana la cual cita:

*“El Sistema Interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”<sup>348</sup>*

Oscar Parra, detalla con mayor precisión la utilidad de tal diferencia, en la medida que se debe distinguir entre los casos relativos a grupos en situación de vulnerabilidad –que exigen la adopción de medidas positivas de integración o reconocimiento– y los casos de tratos desiguales basados en meras clasificaciones legales arbitrarias<sup>349</sup>. De la misma forma la Corte IDH sostuvo que “la noción de [no discriminación] se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”<sup>350</sup>

---

<sup>348</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero de 2007 párr. 99

<sup>349</sup> PARRA Oscar y GONZALES Marianne. “*Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*” ob cit, pág 164

<sup>350</sup> Corte IDH: Opinión Consultiva Nro 4 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55 y 56.

Asimismo, es trascendente mencionar que la Corte consideró que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*<sup>351</sup> (el énfasis es nuestro), puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona [...]”<sup>352</sup>. En ese norte, alegamos que la postura sostenida en la Opinión Consultiva 18, ratifica la trascendencia, no solo jurídica, sino también social de los principios de igualdad y no discriminación. Resaltando que en base a ellos descansa el andamiaje jurídico sobre el cual se extiende el orden jurídico internacional y consecuentemente al ordenamiento jurídico interno de los estados miembros de la comunidad internacional, *ergo*, toda acción u omisión que no se adecue al orden igualitario y no discriminatorio debe extirparse del orden jurídico, estando llamados los operadores jurídicos a efectivizar tal situación. Asimismo es importante detallar que una consecuencia jurídica del *ius cogens* es que por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario<sup>353</sup>. Si esto es así, postulamos que incluso normas interpretativas del principio de no discriminación que pertenezcan al ámbito del *soft law*, son indirectamente, “vinculantes” para los Estados, dado cuenta el compromiso

---

<sup>351</sup> Se entiende por *jus cogens* aquel cúmulo de principios que forman parte del derecho internacional universal y moral que tiene carácter imperativo, que no admiten exclusión ni alteración alguna.

<sup>352</sup> Corte IDH: Opinión Consultiva Nro. 18 del 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. párr. 101

<sup>353</sup> Corte IDH: Opinión Consultiva Nro. 18 del 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Párr. 104

internacional que existe para crear una sociedad igualitaria erradicando la discriminación y fomentando la plena inclusión social de minorías identificadas (entre ellas la minoría LGTBI). Además de ello, normas como los principios de Yogyakarta o la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU, se sitúan como herramientas trascendentes para materializar tal inclusión y en su defecto superar obstáculos impuestos por actos del Estado como la jurisprudencia de altas cortes constitucionales.

Seguidamente, colegimos que en el marco del Sistema Interamericano, podemos identificar que además de las categorías formal y material de la igualdad reconocidas entre el artículo 1.1 y 24 de la Convención Americana. Se puede hablar de una concepción de carácter general y otra de carácter subordinado. Donde el artículo 24 (Igualdad ante la Ley) es de carácter general dado que contiene un supuesto de vulneración autónomo (V. gr. Que el Estado emita una norma en beneficio de un grupo social sin observar el trato igualitario) y el artículo 1.1 que es de carácter subordinado, es decir el incumplimiento de tal artículo se da en base a la violación de otro artículo contenido en la Convención pero que el móvil se base en un supuesto discriminatorio como opinión política, sexo, identidad de género u otros. (V. gr. En el reciente caso de la Corte IDH: el caso “Granier”, la Corte verificó que Venezuela violó el derecho a la libertad de expresión en relación a una práctica discriminatoria por opinión política).

Es conveniente reconocer el avance jurídico que ha tenido el principio de no discriminación e igualdad en sede internacional, por lo que es indispensable acatar tales pronunciamientos cuyo objeto es concebir una sociedad armoniosa coherente con el Estado Constitucional de Derecho. En esa medida, concebimos que el principio de igualdad y no discriminación tienen un valor metajurídico que no se agota con el compromiso de observar tales principios, sino

también, con el deseo de abolir los obstáculos que se puedan generar por parte de instituciones del Estado que impiden el goce de la igualdad y libertad.

García Toma, expresa que “la quiebra de la noción de igualdad se produce cuando, a través del proceso de formulación o interpretación-aplicación de la Ley, ésta genera consecuencias jurídicas [distintas] entre una persona y otra”<sup>354</sup>. Subsumiendo tal idea, el criterio asumido en la jurisprudencia *in commento*, no consideró que la identidad de género es una “categoría sospechosa” por lo que la interpretación de la norma debió realizarse de forma que genere consecuencias beneficiosas para tal minoría sexual, supuesto que no se dio en el citado caso. Culminamos el presente punto, parafraseando la idea del maestro Ferrajoli, quien afirma que igualdad se define como “el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de cada persona un individuo distinto de todos los demás y de cada individuo una persona como todas las demás.”<sup>355</sup> En esa medida, el maestro ejemplifica que gracias al principio de igualdad y su coherente respeto se puede alcanzar una sociedad donde prime una democracia sustancial.

#### **10.5.4. El principio de no discriminación e igualdad en beneficio de personas “trans”**

Es pertinente reiterar lo estipulado por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* al expresar que “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana (principio de no discriminación),

---

<sup>354</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. “El Derecho a la Igualdad” en revista institucional N° 8 de la Academia Nacional de la Magistratura. Marzo 2008 Lima-Perú, pág. 113

<sup>355</sup> FERROJOLI, Luigi. La igualdad y sus garantías, pág 315. Disponible en: <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>> Consultado el 15 de Octubre de 2015

los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual **y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención**.<sup>356</sup>(el énfasis es nuestro)

Por otro lado, el mismo Comité Jurídico Interamericano concluyó que el impedir el reconocimiento legal a una persona “trans” constituye una afectación al principio de no discriminación, véase:

*“La privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica”<sup>357</sup>*

Los párrafos que precede nos permiten colegir que la “identidad de género” es una categoría sospechosa, lo cual compele al Estado a reforzar las medidas tendientes a erradicar la discriminación. Si esto es así, el no conceder documentos de identificación o no autorizar la corrección de sexo en el registro civil, en razón a su identidad de género, es desde ya una práctica discriminatoria, máxime si las personas “trans” se encuentran en una posición de vulnerabilidad, imposibilitando también la igualdad de trato. Sobre la igualdad el maestro

---

<sup>356</sup> Corte IDH: Caso Karen Atala Riffo y niñas Vs Chile Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91

<sup>357</sup> HERDOCIA SACASA, Mauricio. “La contribución del Comité Jurídico Interamericano a los nuevos desarrollos del Derecho Internacional en las Américas” pág. 188. Revisado en: 15 de noviembre de 2015. Disponible en la página web de la OEA: <http://www.oas.org/dil/esp/8%20-%20herdocia.LR.CV.167-190.pdf>

Ferrajoli expresa que “La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”<sup>358</sup>

En este orden de ideas, el trato desigual de grupos que han sido históricamente discriminados implica la afectación de otros derechos fundamentales “que van desde la seguridad social integral, pasando a situaciones básicas como el acceso y la permanencia en el trabajo, la educación o en el aspecto recreativo el ingreso a eventos o establecimientos abiertos al público como discotecas, bares, restaurantes, centros comerciales, ferias y similares”<sup>359</sup>.

Por otro lado, creemos pertinente incidir en que las prácticas discriminatorias en contra de poblaciones vulnerables contribuyen a la creación de barreras sociales que imposibilitan el pleno ejercicio de derechos fundamentales, la Corte Constitucional de Colombia indicó que para el caso de las identidades trans, se afecta doblemente el ejercicio de derechos “para el caso de las identidades trans (travesti, transgénero, transexual y transformista) las barreras pueden ser más radicales, toda vez que dichas identidades hacen referencia al tránsito, la transgresión y la transformación, lo que necesariamente generará alteraciones en el orden de

---

<sup>358</sup> FERRAJOLI, Luigi (1999) “*Derechos y garantías La ley del más débil*”, Madrid: Editorial Trotta pág. 76

<sup>359</sup>“En este sentido, y aunque el Tratado de la Unión Europea no se refiere de manera expresa a la discriminación por ser transexual, el TJCE ha entendido que la misma debe considerarse incluida dentro la discriminación por razón de sexo. En este sentido la sentencia del caso P. v. S. and Cornwall County Council, de 30 de abril de 1996, supuso un punto de inflexión al señalar expresamente que “la discriminación proveniente (...) de la reasignación de género de la persona” se considera discriminación por razón de sexo. Este pronunciamiento fue confirmado y ampliado en otras sentencias como la de 7 de enero de 2004 (caso MaH) o la de 27 de abril de 2006 (caso Richards). En la misma línea cabe destacar la Observación N° 20 sobre No Discriminación del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2009), en la que expresamente “se reconoce la identidad de género como una de las razones de discriminación prohibidas; por ejemplo, las personas que son transgénero, transexuales o intersexuales se enfrentan a menudo a graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en la escuela o en el lugar de trabajo.” Cfr. <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-9-14.pdf>

los imaginarios culturales instalados en la sociedad, que se traducen en acciones de fobias hacia la población con esta identidad”<sup>360</sup>.

En esa medida, la erradicación de la discriminación constituye el primer paso hacia el respeto de los derechos fundamentales ya que facilita la interacción con la minoría trans, pretendiendo una legítima inserción en el colectivo social. En esa medida, el sentido resolutorio de la sentencia en comentario incide en forma negativa ya que promueve todo lo contrario, la exclusión social. Por tal motivo consideramos que dicho pronunciamiento no se apega a los estándares de respeto de los derechos fundamentales ya que niega la “identidad” de estas personas, sometiéndolas a vivir en un proyecto de vida ajena a las suyas, sino más bien al del Estado, lo cual lesiona la libertad humana que desde ya es *ontológica a uno mismo*.

Asimismo, Parces Ong., detalló que “existe una negación de derechos fundamentales (a la identidad de género, al trabajo, a la educación, a la participación política) que se convierte en un círculo de pobreza y violencia contra las personas transgénero. A las personas transgénero se [les] niega el Derecho a la ciudad, se [les] imponen límites geoespaciales y barreras de acceso estatales que [les] impiden estar en igualdad de derechos al resto de ciudadanos y ciudadanas. Todos t[ienen] derecho a ocupar un espacio y a construir nuestra identidad dentro de la ciudad.”

El principio de no discriminación es una garantía de inserción social para minorías vulnerables como son los “trans”, por tal efecto el operador jurídico está en la posición de garante. Al respecto, Edward Pérez funcionario de la Corte IDH cita que “el intérprete jurídico, al valorar una posible transgresión a la igualdad y no-discriminación, la entienda no

---

<sup>360</sup> Corte Constitucional T-141-15. (Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa) Fundamento Jurídico 9.3

sólo como un derecho sustantivo, sino como un proceso en el que se ponderen los bienes jurídicos involucrados, y la necesidad de atender a una situación de discriminación estructural”<sup>361</sup>. Bajo dicha premisa, si bien es cierto no existe un sentido único de interpretación, el operador jurídico debe pretender llenar el contenido normativo con criterio *pro homine*. El juzgador no debería dejar en manifiesto sus convicciones personales, ideología o visión del mundo, para después restringir el ejercicio de un derecho. Esto no implica arrebatar las creencias propias de cada uno, sino más bien, de erigir un límite al quehacer jurisdiccional, restando “prejuicios” que atañen a minorías vulnerables. “Es decir, al decidir el juzgador debe crear una frontera neutral del Derecho para el ejercicio del derecho”<sup>362</sup>.

En relación con tal idea, Félix Ramírez cita que, “Si el ‘yo real’ cambia durante el desarrollo de la vida, los datos identificatorios, o través de los cuales se manifiestan, no pueden resistirse a ser modificados, o, mejor dicho, adecuados, a efectos de garantizar su autoconstrucción; en esta lógica tanto el nombre como el sexo que se registra en los documentos de identidad (partida de nacimiento, documento nacional de identidad, libreta militar, etc) tienen una relación directa con la identidad sexual de la persona y que por tanto puede variarse porque no se puede desconocer la personalidad e identidad que ostenta una persona en un momento determinado de su vida.”<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> PEREZ, Edward. “Fascículo sobre igualdad y no discriminación” (pendiente de publicación).

<sup>362</sup> Donde Derecho con “D” mayúscula hace referencia al derecho objetivo (law) y derecho con minúscula “d” hace referencia al derecho subjetivo (right)

<sup>363</sup> Ramírez Sanchez Felix Enrique, Sentencia de Exp. 423-2010-Tarapoto “Cambio de Datos Registrales de transexual no se limitan al prenombre” *Dialogo Con la Jurisprudencia Tomo 184. Nro. 39.*



**CAPITULO III**

**SUPERANDO LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL VINCULANTE, UNA  
RESPUESTA DESDE EL “CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD”**

## 1.- El Tribunal Constitucional y la jurisdicción constitucional

El Tribunal Constitucionales es una institución que está presente en gran parte de los países de tradición de *civil law*, como son la mayoría de los países europeos y de América Latina, en relación a ello, Monroy Cabra, citando a Louis Favoreu, cita que:

*“El desarrollo de la justicia constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX. [Por ello] [n]o se concibe hoy en día, un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución [TC], y en Europa todas las nuevas constituciones han previsto la existencia de un Tribunal Constitucional”<sup>364</sup>*

Este consenso internacional no ha sido unánime desde sus inicios, ya que en su origen dogmático-teórico cabe resaltar la polémica surgida entre Carl Schmitt y Hans Kelsen quienes escribieron sobre la importancia de resguardar la Constitución; por parte de Carl Schmitt, publicó su obra *“La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución”*, la cual fue replicada por Hans Kelsen el libro al que denominó *“¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”* En esta obra Hans Kelsen cita la siguiente idea:

*“Defensor de la Constitución, significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones [...] como toda norma también la Constitución puede ser violada solo por aquellos que deben cumplirla”<sup>365</sup>*

Cabe destacar que de tales ideas la historia dio la razón al jurista austriaco, observando así el nacimiento del primer Tribunal Constitucional en 1920 en los países de Austria y

<sup>364</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. (2004) *“Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado Social de Derecho”* México: En anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. UNAM pág. 15.

<sup>365</sup> KELSEN, Hans. (1994) *“¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”* Madrid: trad. Roberto J. Brie, Tecnos, pág. 27 Citado en: Monroy Cabra, Marco Gerardo, Ob cit. Pág.16

Checoslovaquia. Ante tal hecho, el fenómeno de incorporar Tribunales Constitucionales a los ordenamientos jurídicos, se ha visto ampliamente extendida siendo pertinente resaltar que nuestro país fue el primer país latinoamericano en importar dicha iniciativa en 1979.

El Tribunal Constitucional es “una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural, pues participa como un auténtico órgano con sentido social, estableciendo a través de su jurisprudencia, las pautas por las que ha de recorrer la sociedad”<sup>366</sup>. La ley orgánica del Tribunal Constitucional establece que, el TC, es el órgano supremo de interpretación y control constitucional, en esa medida, “las sentencias del Tribunal Constitucional, [...] se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”<sup>367</sup>. En la misma línea, el magistrado de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, define al Tribunal Constitucional como aquel “órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental”<sup>368</sup>. Por último, resultan pertinente detallar las ideas del maestro Peter Haberle quien detalla que:

*“[El Tribunal Constitucional es] una institución judicial, autónoma de los otros órganos constitucionales y estatales, y dotada de determinadas competencias y funciones a través de las que hace valer la Constitución, entendida esta no solo como una ordenación jurídica para juristas a interpretar por estos según reglas artísticas nuevas y viejas, sino que actúa esencialmente también como guía para profanos en Derecho para los ciudadanos; no solo se la concibe como un texto jurídico o recopilación normativa de reglas, sino también como expresión de un estadio de desarrollo cultura, medio de auto representación del pueblo, reflejo de su herencia cultural (por ejemplo la “memoria colectiva”) y fundamento de*

---

<sup>366</sup> STC N° 00048-2004-AI, (Acción de inconstitucional)

<sup>367</sup> STC. Nro. 1333-2006-PA/TC. Fundamento 11

<sup>368</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2004) “*Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional*” México: Porrúa y CNDH pág. 37

*sus esperanzas. El tribunal constitucional es la coronación de Estado Constitucional contemporáneo [...]”<sup>369</sup>*

Es importante detallar que el nacimiento del Tribunal Constitucional es una consecuencia del surgimiento del “Estado Constitucional de Derecho”<sup>370</sup> el cual postula la existencia de un órgano autónomo que resguarde la Constitución, donde esta última es la ley de leyes que somete a todos los poderes del Estado.

En relación a tal idea, el “Estado Constitucional de Derecho” es la superación del denominado “Estado legal de Derecho”<sup>371</sup> y representa –repetimos- la consolidación del orden constitucional, caracterizado por la necesidad de contar con un órgano de control especializado cuyo objeto sea salvaguardar el contenido y esencia de la Constitución. En esa línea, los Tribunales Constitucionales tienen “deber-poder” de garantizar los mandatos constitucionales y en su caso optimizarlos. En otras palabras, Ferrajoli, detalló que “se viene a completar el paradigma del Estado de derecho sometiendo también al legislador a la

---

<sup>369</sup> KONRAD Hesse y HABERLE Peter. (2005) “Estudios Sobre la Jurisdicción Constitucional” México: Ed. Porrúa pág. 45

<sup>370</sup> A propósito del “Estado Constitucional de Derecho”, el magistrado de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor citando Josep Aguiló Regla, detalla que “nos referimos a sistemas jurídico-políticos que reúnen tres características: i) La existencia de una Constitución rígida o formal, diferencia de la forma legal ordinaria; ii) el concepto de constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político relativas a la limitación del poder político y a garantías de derechos, ; iii) debe ser una constitución formal practicada, es decir, haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la constitución se ha producido una estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada norma fundamental”. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional” en: Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones de la UNAM. Pág. 158

<sup>371</sup> Sobre la evolución de las concepciones del Estado, Capelletti, detalla que son tres etapas: 1) La etapa de “justicia natural” donde el monarca se valía de principios generales no inscritos. 2) Acaecida la “revolución francesa” entra a regir la “justicia legal” donde prima el principio de legalidad, es decir, todo aquello que encuentra un reconocimiento legal; después, 3) la etapa de la “justicia constitucional” donde surgen las constituciones como límite de la voluntad del Estado. Cfr. Capelletti, Mauro. *Judicial Review in the contemporary world, indianapolis-Kansas City-Nueva York, The Bobb-Merril Company, INC, 1971. Pág 39. Citado en Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Ob cit, pág. 154*

Constitución y transformando así el viejo estado de derecho en “Estado Constitucional de Derecho”<sup>372</sup>.

El papel de garante de la Constitución y de derechos fundamentales inmerge al Tribunal Constitucional en una posición complicada cuando deba defender posiciones polémicas como la que se analiza en esta investigación; sin embargo, al ser un Tribunal vértice sus decisiones e interpretaciones deben dar cabida al realce de los derechos fundamentales garantizando que la jurisdicción constitucional defienda y promueva la concreción y vigencia de los derechos fundamentales. Este razonamiento nos permite aseverar que al enfrentarse a una cuestión polémica el juez constitucional siempre debe asegurar un marco de progresión y respeto de los valores constitucionales, más aún si la decisión constitucional tiene o tendrá una injerencia en un colectivo social plenamente identificado, esta progresión constitucional se materializa en la interpretación constitucional, no en vano el maestro Fix-Zamudio señalaba que “el cambio y las modificaciones de la realidad afectan y deben afectar la interpretación de la Constitución”, seguidamente citó que “la interpretación es uno de los caminos para adecuar la norma a la realidad, es un esfuerzo para que las normas no caigan avasalladas ante los constantes golpes de la vida”<sup>373</sup>. En esa ilación, es innegable que el TC puede conocer casos con matices políticos o de gran trascendencia social por lo que el juez constitucional “[debe] desarrollar una función activa que abarca desde la represión de las leyes inconstitucionales hasta una función de dirección integradora, de estímulo, y más

---

<sup>372</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi y ATIENZA Manuel (2005) “*Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*” México: UNAM pág. 89 y 90.

<sup>373</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor. “*Algunas reflexiones sobre el tema de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano.*” Ed. Porrúa, México. pág. 424

genéricamente, de garantía activa de los fines de la Constitución” Estos fines, no son sino, la defensa de la dignidad humana a través de la creación de nuevos derechos vía interpretación. Respecto del criterio interpretativo fijado por una alta Corte Constitucional, la experiencia comparada de Colombia afirma que “[La CC] al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”<sup>374</sup>

Bajo tal afirmación cabría la interrogante ¿tiene los tribunales vértices de orden constitucional, la última palabra sobre derechos fundamentales cuando se fija “doctrina vinculante”? Con el compromiso de ampliar la respuesta en breve, postulamos que no es posible asumir un criterio único de interpretación en lo que respecta a Derechos Fundamentales, incluso si deriva del más importante tribunal en la materia. Esta afirmación obedece a que siempre es posible mejorar *in favorum* el canon de protección que brinda la Constitución, dotando al juez ordinario una suerte de labor de “*complementariedad*” de las decisiones constitucionales o como definía Calamandrei, “el espíritu progresivo de la constitución”<sup>375</sup> sobre los derechos fundamentales. En tal medida, la interpretación *in favorum* derechos humanos, es una técnica *sui generis* ya que puede permitir “reabrir” la discusión constitucional sobre la interpretación de un derecho (v. gr. El derecho a la identidad de género). La respuesta varía cuando se pretende cuestionar el resultado o interpretación de las

---

<sup>374</sup> Corte Constitucional De Colombia Sentencia T-292-2006. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Consideraciones y Fundamentos, num. 9.1

<sup>375</sup> CALAMANDREI, Guido (1962) “Corte Constitucional y Autoridad Judicial, Estudios sobre el Proceso Civil” III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág.181. Citado en: MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo (2014) “Las sentencias del Tribunal Constitucional” Revista: 30 años de jurisdicción constitucional en el Perú” Tomo II Coord. Gerardo Eto Cruz, Lima: Centro de Estudios Constitucionales, pag. 714.

sentencias impartidas en el marco de procesos de inconstitucionalidad, ya que el TC es la única instancia para el control abstracto de constitucionalidad.

## 2. La sentencia del Tribunal Constitucional: ¿es siempre es constitucional?

Las sentencias que emite el Tribunal Constitucional tienen un gran impacto social ya que sus interpretaciones se extienden a todos los operadores jurídicos, en esa misma idea podemos citar las palabras de Raúl Bocanegra: “el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios”<sup>376</sup>.

Según el Tribunal Constitucional sus sentencias tienen un carácter privilegiado, ya que aquellas no constituyen “*cosa juzgada*” *per se* sino más bien “*cosa interpretada*”, esta afirmación se cimenta en el hecho que las interpretaciones que hace el Tribunal no tienen carácter inmutable ya que se adaptan al momento histórico en el cual se profieren, *ergo* pueden volver a ser interpretadas atendiendo nuevas circunstancias lo cual puede motivar un cambio de criterio.<sup>377</sup>

<sup>376</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl. (1982). “*El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*” Madrid: Ed Instituto de Estudios de la Administración Local, pág. 19

<sup>377</sup> Cfr. Exp. 4119-2005-PA/TC Fundamento Jurídico 37: *Ad litterae* “La ventaja de considerar como *cosa interpretada* y no como ‘*cosa juzgada*’ las decisiones del máximo Tribunal permite poner de relieve que es el propio Tribunal quien puede, atendiendo a nuevas circunstancias, volver a analizar un caso que ya ha sido decidido con pronunciamiento incluso sobre el fondo. Esto resulta especialmente relevante tratándose, por ejemplo, del control abstracto de normas, donde la sentencia desestimatoria parece no aconsejar un efecto de *cosa juzgada* en el sentido tradicional, puesto que si se defiende una posición en tal sentido, ‘(...) quedaría de algún modo petrificada la primera norma y el Tribunal Constitucional rígidamente vinculado a sus precedentes’.

Creemos conveniente citar la sentencia 0024-2003-AI/TC, en la cual el TC detalló cuales son las partes de una sentencia constitucional: i) En primer lugar se detalló que debe pre-existir una razón declarativa-axiológica; ii) en toda sentencia debe estar presente el principio de razón suficiente o también denominada *ratio descendendi*<sup>378</sup>; iii) los *obiter dicta*<sup>379</sup> razón subsidiaria o accidental (reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión, se justifican por razones pedagógicas u orientativas; es el obiter dicta); invocación preceptiva (normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas) y decisión o fallo constitucional (consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional).

Sin ánimo de extender en detalle los “tipos”<sup>380</sup> de sentencia que emite el Tribunal Constitucional o su forma de ejecución, ya que interesa aún más observar las repercusiones y efectos jurídicos que tiene una sentencia del TC respecto del resto de operadores jurídicos. En ese talante, el mismo TC afirmó que sus decisiones son inobjetables ya que derivan del poder conferido por la Constitución por lo que un aparente desacatamiento conllevaría

---

incluso contra una tradición bastante arraigada en los sistemas del *civil law*, donde no rige el principio *stare decisis* y, por tanto, el concepto de precedente resulta bastante flexible.”

<sup>378</sup> Sobre la razón suficiente o *ratio descendendi*, el TC expresó que es “aquella parte de la sentencia en la que se “expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional [además de] regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis” (véase: EXP. N.º 0024-2003-AI/TC)

<sup>379</sup> Sobre la *obiter dicta* o también llamada “razón subsidiaria” el TC detalló que es “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan”(véase: EXP. N.º 0024-2003-AI/TC)

<sup>380</sup> Al respecto, en el Exp. 0004-2004/CC-TC el órgano constitucional realizó algunas atingencias sobre los tipos de sentencia que desarrolla a saber: las sentencias de i) especie; y, ii) de principio. “Las primeras pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas y las interpretativas manipulativas, que a la vez pueden ser de reductoras, aditivas, sustitutivas o exhortativas. Las segundas son las que declaran inadmisibles, improcedentes o infundadas las demandas, y que pueden ser de rechazo simple o por sentido interpretativo”

“vulnerar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, [así como] el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.”<sup>381</sup> En ese sentido el TC fijó que sus resoluciones no podrían ser inconstitucionales ya que siempre se encuentra validadas por la Constitución.<sup>382</sup> Las afirmaciones antes expresadas derivan de la idea de que el TC, a través de la interpretación de la constitución, crea normas de rango constitucional, además de que sus sentencias, son desde ya, fuentes del derecho constitucional<sup>383</sup> asimismo, es oportuno anotar que la infalibilidad de la sentencia del Tribunal Constitucional no está asegurada, ya que el comisionado del poder constituyente (como lo llama Castillo Córdova) puede incurrir en sentencias inconstitucionales; en relación a ello, Castillo Córdova enuncia que pueden concurrir –al menos- dos situaciones: “i) cuando crea normas que, al adscribirse a la Constitución, son formalmente constitucionales, pero que pueden ser materialmente inconstitucionales al contravenir una norma constitucional directamente estatuida; y, ii) cuando el fallo formula una decisión inconstitucional”<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Sobre ello, el Exp. 0006-2006/CC-TC. Fundamento Jurídico 43 En otro párrafo, el TC, explicó que “**Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazar de ella.** (énfasis nuestro) Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía”

<sup>382</sup> En ese orden de ideas el TC expresó que: “éste es el Interprete Supremo de la Constitución (...) por lo que no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales” Exp. Nro. 2704-2004-AA/TC Fundamento Jurídico 2.e.

<sup>383</sup> Cfr. STC 1333-2006/PA-TC. Fundamento jurídico 11

<sup>384</sup> Castillo Córdova, Luis. “Las decisiones inconstitucionales de Tribunal Constitucional”. Themis Revista de Derecho Nro. 67. Pág. 290

En atención al anterior párrafo vamos teniendo respuesta al postulado inicial de ésta investigación ¿son las sentencias del TC siempre vinculantes? ¿Se puede apartar del marco interpretativo?. En respuesta a esa pregunta, tenemos dos probables respuestas; el primero, es que las sentencias del supremo interprete puede ser cuestionadas por la jurisdicción internacional a través de órganos como la Corte IDH; y la segunda, a través del postulado de Radbruch, es decir que la sentencia **que deba considerarse como "falso derecho y ceder el paso a la justicia"** o como arguye Castillo Córdova, "creando mecanismos procesales que permitan dar cuenta al propio TC que una sentencia puede ser inconstitucional."<sup>385</sup>

Respecto del primer presupuesto, es necesario que el Estado acusado haya ratificado válidamente el tratado internacional y reconocido la competencia contenciosa del Tribunal Internacional, para que este último, en razón al tratado sobre derechos humanos, sopesa el actuar del TC. Esto se debe a que al estar vinculado a disposiciones internacionales, los jueces nacionales ya no solo están vinculados a la Constitución, sino también al Tratado (Convención Americana de Derechos Humanos) por lo cual resultaría válido que la Corte IDH en su función de vigilante del compromiso internacional, constata o no una violación al tratado.

Respecto del segundo supuesto, se podría apelar al principio de que la "norma injusta no es verdadera norma" lo cual podría originar que el juez ordinario, pueda optimizar la aplicación de esta; sin embargo, es importante recalcar que esta solución es *in abstracto* ya que el mismo TC a detallado que el acatamiento de sus resoluciones derivan del sometimiento a la

---

<sup>385</sup> Sobre este último punto: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "La necesidad de un recurso de reconsideración por manifiesta inconstitucionalidad de una sentencia del Tribunal Constitucional". En: Dialogo con la jurisprudencia Tomo 154-2011, pág. 245-260

Constitución. No obstante, también ha reconocido que sus interpretaciones se analizan conforme al tiempo lo cual puede motivar que los jueces del Poder judicial, en aras de mejorar la protección constitucional, pueda desvincularse de sus mandatos con el fin de brindar una mayor cautela de un bien constitucional protegido<sup>386</sup>.

El mismo autor enuncia que “la necesidad de afirmar que el TC tiene su límite en la Constitución, permite reconocer que su naturaleza constituida lo pone en la posibilidad de transgredirla. Si fuese el caso que toda decisión del TC será siempre constitucional, no tendría sentido plantearle a la Constitución como límite de su actuación. Consecuentemente, el TC puede incurrir en inconstitucionalidad”<sup>387</sup>.

En conclusión, se puede alegar que las interpretaciones estatuidas en las sentencias del TC, no son vinculantes ipso facto, ya que la naturaleza supranormativa de los derechos fundamentales permite que se reoriente la interpretación establecida, siempre y cuando esta sea lesiva a los derechos fundamentales, no en vano Sagúes citaba que nadie posee el don de la infalibilidad judicial. En esa medida, el juez ordinario puede apartarse del pronunciamiento vinculante basándose en razones de derecho que permitan colegir una mayor protección, deslindando que el juez ordinario emita un nuevo pronunciamiento basado en razones personales o parcializadas.

---

<sup>386</sup> Cfr. STC Exp. 4853-2004-PA/TC Esta resolución –citada a posteriori- obedece a la interpretación que fijó el TC sobre la doctrina constitucional vinculante.

<sup>387</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del TC” en: ¿son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la Sentencia Nro. 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión. Ed. Palestra. Directores Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Cuaderno Nro. 10 Julio 2015 Pág. 371

## 2.1. Precedente Vinculante

El precedente vinculante es aquella disposición normativa asentada por el Tribunal Constitucional en uso de la facultad que le concede el artículo VII del Código Procesal Constitucional. El precedente vinculante-como su nombre lo dice- vincula de pleno al juzgador, impidiendo (en teoría) la posibilidad de excluir o apartarse del mismo, ya que de hacerlo generaría una responsabilidad funcional del juzgador. Esta consecuencia se basa en la fuerza normativa de la decisión que se extiende no solo a la rama judicial, sino más bien a todo el aparato estatal, en ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia 0006-2006/CC-TC explicó que aquellos pronunciamientos que desconozcan el contenido normativo de un precedente no pueden generar “cosa juzgada” ya que escapa a los términos fijados por la constitución.

En relación a que es el precedente vinculante, Grández Castro detalla que “está expresado en términos precisos como reglas puntuales y coinciden o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión”<sup>388</sup> las reglas procesales fijadas por el Tribunal Constitucional son una solución vinculante a los casos similares al precedente, en tanto y cuento, compelen al operador jurídico aceptar la imposición del máximo tribunal, limitando -hasta cierto punto- la autonomía jurisdiccional del juzgador ya que se trata de la interpretación directa de la constitución a la cual también está sujeto el juez ordinario.

En ese orden argumentativo el precedente vinculante es una liberalidad conferida al TC en su rol de ordenador y pacificador del Derecho. Esta función se realiza en el desempeño de las actividades jurisdiccionales del Tribunal, decidiendo este último sobre qué casos y sobre

---

<sup>388</sup> GRANDEZ CASTRO, Pedro. (2007) “*Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú*”. Lima: *Estudios al precedente constitucional*. Palestra. p. 95.

cuales aspectos, establecer un precedente vinculante. En esa razón, el Tribunal Constitucional no solo resolverá un conflicto de interés *inter partes* declarando fundada o infundada la demanda, sino también extenderá su decisión *erga omnes* respecto de los fundamentos que considere vinculantes. En ese orden lógico el TC estableció que:

*“por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros”<sup>389</sup>*

Sobre que es un precedente, el Tribunal Constitucional estableció la siguiente definición:

*“aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el tribunal constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tales efectos similares a una ley.”<sup>390</sup>*

## 2.2. La Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional

La doctrina constitucional vinculante deriva del contenido del último párrafo del artículo VI<sup>391</sup> del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional así como de la primera disposición final<sup>392</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Del tenor de ambas normas, se desprende que los operadores jurídicos “deben” interpretar las normas conforme a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, en el caso de la Ley Orgánica del TC, hace

---

<sup>389</sup> STC: 3741-2004-AA/TC Fundamento Jurídico 36

<sup>390</sup> STC. 0024-2003-AI/TC Primera consideración

<sup>391</sup> **Artículo VI del Código Procesal Constitucional:** Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

<sup>392</sup> **Primera [disposición final].-** Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

mención que dicha obligación se hace “*bajo responsabilidad*”, de ello colegimos que existe un mandato imperativo hacia el juez ordinario sobre acatar los pronunciamientos vinculantes del Tribunal Constitucional.

Respecto de que es la doctrina jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional expuso que “[Por doctrina constitucional debe entenderse [...]: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por e[l] Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. [...]; c) las proscipciones interpretativas, esto es las ‘anulaciones’ de determinado sentido interpretativo de la ley realizada en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución.”<sup>393</sup>

Es pertinente agregar que, el mismo TC, determinó que los jueces del Poder Judicial, también son jueces constitucionales, razón por la cual “no solo deben sujetarse a los lineamientos fijados por el máximo intérprete de la constitución, sino que antes deben sujetarse a los postulados de la Constitución, en la medida que esta representa la norma suprema del Estado”<sup>394</sup>. Esta idea conlleva a afirmar que el Tribunal Constitucional no tiene *per se* la última palabra, sino que al tratarse de derechos fundamentales los jueces ordinarios pueden complementar los criterios interpretativos fijados, siempre y cuando se brinde una mayor protección de los derechos fundamentales.

Es en base a tal razonamiento, el Tribunal Constitucional detalló que “las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse,

---

<sup>393</sup> STC. N.º 4853-2004-PA/TC (Caso dirección regional de pesquería de la Libertad). Fundamentos 15 y 16.

<sup>394</sup> *Cfr.* Ibid.

en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”<sup>395</sup>.

Asimismo, el Magistrado del Tribunal Constitucional, Blume Fortini, detalló en su voto singular del caso *Zanca Huayhuacuri* que, “[l]a doctrina constitucional emitida por el Tribunal Constitucional es [...] una herramienta jurídica que permite establecer reglas vinculantes para los jueces del Poder Judicial a fin de que resuelvan los casos en los que se encuentran involucrados diversos temas constitucionales, con observancia de los criterios que sobre dichas materias ha dejado establecido el Tribunal Constitucional por vía de su jurisprudencia”<sup>396</sup>.

Asimismo, la opinión autorizada de Luis Sáenz Dávalos, importada por la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional detalla que “desde un principio y de manera objetiva el mismo Código también optó por reconocer lo que se ha dado en llamar Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante. Esta última está constituida por aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal

---

<sup>395</sup> STC 4853-2004-AA/TC, fundamento 16

<sup>396</sup> Exp. 1761-2014-PA/TC Caso Zanca Huayhuacuri (Voto singular del magistrado Blume Fortini) Fundamento Jurídico. 3

Constitucional y cuyo reconocimiento generalmente (aunque no de modo exclusivo) suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos”<sup>397</sup> Coadyuva a tal razonamiento el constitucionalista Pedro Grández, al expresar que "La doctrina constitucional sentada por el Tribunal a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la jurisdicción constitucional”<sup>398</sup>

Bajo tales conceptos, la Doctrina Constitucional vinculante emitida por el TC no es absoluta ya que admite una suerte de “perfeccionamiento” traducida en la capacidad que tienen los jueces constitucionales de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. En esa ilación, la STC-139-2013/PA-TC puede admitir un cuestionamiento o incluso el desacato de jueces ordinarios sin que ello implique una sanción administrativa o funcional, esto en razón a que la STC en comentario no representa o crea un “estado de protección” sino más bien todo lo contrario, genera segregación social en perjuicio de una minoría. Entonces, resulta legítimo que un juez ordinario se atribuya la facultad de superar la sentencia vinculante valiéndose de obligaciones no solo nacionales sino también internacionales.

---

<sup>397</sup> SÁENZ DÁVALOS, Luis R. (2014) "*El camino del precedente constitucional vinculante*". En: Gaceta Constitucional, N° 83, Lima: Gaceta Jurídica, pág. 41.

<sup>398</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. "Las «peculiaridades» del precedente constitucional en el Perú". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007, pp. 94 y 95.

### 2.3. Diferencia entre el precedente vinculante y la doctrina constitucional vinculante

Observando los antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, resalta el Exp. Nro. 0006-2006-PC/TC el cual detalla que “el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de [1] [TC] para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales.”<sup>399</sup> Si bien es cierto en tal pronunciamiento, se equipara a la doctrina vinculante con el precedente vinculante, es importante resaltar que en la práctica no son lo mismo. Pudiéndose observarse la diferencia en tres puntos: i) su fundamento normativo; ii) el grado de vinculatoriedad; y, iii) a quienes se extiende. Sobre el primer punto hemos detallado que la doctrina constitucional vinculante tiene su fundamento normativo en el artículo VI del código procesal constitucional, mientras que el precedente vinculante en el artículo VII del mismo cuerpo normativo. Respecto del segundo punto, se puede deslindar ambos conceptos ya que el precedente constitucional genera “reglas” hechas normas mientras que la doctrina constitucional no es más que la interpretación hecha sentencia. Asimismo, respecto del tercer punto tenemos que a diferencia de la doctrina constitucional, los precedentes se extienden hacia todo el aparato estatal, entiéndase funcionarios de la administración en general, empero la doctrina constitucional, se extiende hacia los jueces/operadores jurídicos quienes deberán interpretar las normas en base a lo decidido por el Tribunal Constitucional.

---

<sup>399</sup> STC. N.º 0006-2006-PC/TC. Fundamento 69

Lo expresado se puede validar con lo siguiente:

*"La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo mientras que respecto del precedente vinculante se dijo que "(...) si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto"<sup>400</sup>.*

### **3. El Control Difuso De Convencionalidad Como Solución A La Decisión Vinculante Del Tribunal Constitucional**

#### **3.1. Conceptos preliminares: Control de Convencionalidad.**

El control de convencionalidad, es una técnica interpretativa que guarda similitud con el control de constitucionalidad, sin embargo, a diferencia de este último, enfunda sus raíces en la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, además de la jurisprudencia de la Corte IDH. En base a ello cabe destacar la evolución progresiva que ha merecido tal doctrina, destacando en primer punto los votos razonados del ex – magistrado, Sergio García Ramírez en los casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* y *Tibi Vs. Ecuador*, a saber:

*"... No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio [...] y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional"<sup>401</sup>*

Seguidamente en el caso *Tibi* detalló de forma más precisa el papel y rol que se cumple en sede internacional e interna:

<sup>400</sup> STC. Exp. 3741-2004-AA/TC, Fundamento 42 y 43.

<sup>401</sup> Corte IDH. Voto razonado del Magistrado García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, párr. 27

*“Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.”<sup>402</sup>*

Estas consideraciones fueron el cimiento que permitieron a la Corte IDH avizorar el rol jurisdiccional que cumple en sede internacional, dado cuenta su papel de garante de la Convención Americana, además de su materialización entre los Estados signatarios del Tratado. En ese norte de ideas, años más tarde, el pleno de la Corte IDH acogió las ideas esgrimidas por el magistrado *García* y asentó el siguiente párrafo que es la génesis del control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*:

*“La Corte [IDH] es consciente que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.*<sup>403</sup>

La idea antes señalada se vio refrendada a posterioridad con un caso que involucró a Perú, el caso *trabajadores cesados del congreso*, a saber:

*“En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.*<sup>404</sup>

---

<sup>402</sup> Corte IDH: Voto razonado del magistrado *García Ramírez* en el caso *Tibi vs Ecuador*. Párr. 3

<sup>403</sup> Corte IDH: Caso *Almonacid Orellano Vs. Chile*. Párr. 124

<sup>404</sup> Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*. Párr. 126

Tal pronunciamiento, produce un gran impacto en el derecho interno de los Estados que ratificaron el Pacto de San José, en la medida que el “control de convencionalidad” deviene en ser un “poder-deber” de aplicar los preceptos que derivan de la Convención Americana, compeliendo –además- acatar los pronunciamientos internacionales proferidos por la Corte IDH.

Asimismo, si bien es cierto, la iniciativa del control de convencionalidad reside en el contraste entre normas nacionales y la convención, debe considerarse que dentro de la esfera normativa también se encuentran las sentencias vinculantes. Al respecto, el maestro Sagues detallo que en base a la resolución de supervisión de cumplimiento emitida en el caso Gelmán el 24 de febrero de 2011 existen dos puntos objeto de control convencional: i) Toda fuente de norma legal emitida en el ejercicio de sus funciones por las autoridades competentes; y, ii) las decisiones emitidas por los tribunales internos, quien en ejercicio de sus atribuciones fijan líneas jurisprudenciales que deben ser seguidas por los tribunales inferiores.<sup>405</sup>

Respecto del control convencional sobre la jurisprudencia vinculante podemos aseverar dos puntos: i) *la jurisprudencia vinculante es una norma; y, ii) que a pesar de que sea un pronunciamiento de un Tribunal vértice, sus decisiones no están exentas del control convencional, ya que los derechos humanos están por encima en el orden jerárquico*, es decir, por encima del Tribunal vértice, está la hegemonía del principio *pro persona*.

Respecto del primer punto, se puede considerar normas a los criterios jurisprudenciales vinculantes, habida cuenta que genera una expectativa de acción o una obligación que debe

---

<sup>405</sup> Cfr. SAGUES, Néstor Pedro. “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”. Biblioteca UNAM.

acatar el juzgador, es decir crea un efecto normativo interpretativo sobre determinado derecho asignándole un “significado cierto”<sup>406</sup>; como segundo punto, se parte de la premisa que las decisiones del Tribunal Constitucional no son infalibles motivo por el cual no son impermeables al criterio *pro homine*.

Por otro lado es pertinente distinguir dos conceptos de control de convencionalidad, ya que al igual que el control de constitucionalidad, este puede ser ejercido en dos niveles jerárquicos: i) El “control concentrado de convencionalidad” que ejerce la Corte IDH en su carácter de supremo intérprete de la Convención Americana; y, ii) el “control difuso de convencionalidad” que ejerce el juez nacional interno, en base al sometimiento que tienen los estados de respetar los preceptos que contiene la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>407</sup>. Entre otras de las características del Control de Convencionalidad tenemos que puede ser de carácter “represivo” si es que el final es invalidar una norma por no estar de acuerdo a la Convención Americana o también puede ser “constructivo” cuando se reinterpretan las disposiciones nacionales, armonizando su contenido con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>408</sup>.

### 3.2 Importación del Control de Convencionalidad en sede nacional

El surgimiento de la jurisdicción internacional permite ampliar los mecanismos de protección de derechos fundamentales. En ese aspecto el artículo 55 de la Constitución de 1993 establece

---

<sup>406</sup> V. gr. En la Stc 139-2013 en efecto normativo es la interpretación del derecho a la identidad, que solo comprende el sexo biológico

<sup>407</sup> Otra forma de referirse a ello es: El control de convencionalidad “externo” que se realiza en sede internacional a través de la Corte IDH; y, el control de convencionalidad interno que es llevado a cabo por los jueces internos. Ver. REY CANTOR Ernesto. (2008) “*Control de convencionalidad de las leyes y los derechos humanos*” México: Porrúa, págs. 48 y sigs.

<sup>408</sup> Se puede revisar. SAGUES, Néstor Pedro, “De la constitución nacional a la constitución convencionalizada” en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2013-IV-1342

que: “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho internacional”. Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 0047-2004-AI/TC determinó que el rango constitucional de los tratados de derechos humanos. A

Saber:

*“nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”*

Es decir, el operador jurídico, sea la jerarquía que tenga, no solo está obligado a aplicar la constitución, sino también el tratado, es decir la Convención, así como la interpretación que la Corte IDH ha proferido sobre la misma. No en vano, podemos afirmar que se debe ejercer una “interpretación conforme”<sup>409</sup> en base a lo dispuesto por IV disposición final de la Constitución de 1993<sup>410</sup>.

Lo hasta aquí expuesto nos permite apreciar que gracias a la cláusula de apertura constitucional contenida en la IV disposición final, la labor interpretativa de los juzgadores

---

<sup>409</sup> Sobre este punto puede revisarse: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad” En. Biblioteca Jurídica de la UNAM. Véase: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29018.pdf> En dicho texto se expresó: “[Que] [n]o se trata de simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona*” [...] “[Además], la interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional implica la interpretación del mismo derecho interno en la medida en que los tratados internacionales son derecho nacional (de fuente internacional) una vez que son incorporados”

<sup>410</sup> IV disposición final de la Constitución: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

(incluidos los magistrados del TC) deben tomar en cuenta las sentencias internacionales y lo que en ella se contiene. Así también lo consideró el Tribunal Constitucional al expresar que:

*“El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”<sup>411</sup>.*

El criterio asumido por la jurisprudencia permite concluir la vinculación existente entre la jurisprudencia de la Corte IDH y el TC la cual se presenta en dos formas: i) por un lado en forma *reparadora* ya que armoniza el criterio interpretativo de determinado derecho fundamental, garantizando la posibilidad de dotar de mayor protección al derecho al contar con la validación de la Corte IDH; y, ii) de forma *preventiva*, ya que las interpretaciones establecidas en la jurisprudencia internacional se extienden a todos los estados partes ya que representan la materialización de la Convención Americana a la cual están sometidos. En ese aspecto el acatar los lineamientos fijados por tal tribunal internacional favorece evitar el sometimiento de casos a su jurisdicción y posibles sentencias que declaren la responsabilidad internacional de un Estado. Por tal aspecto el Tribunal Constitucional del Perú emitió la siguiente consideración que incluso fue resaltada por la misma Corte IDH<sup>412</sup>:

*“[A]l Tribunal Constitucional, [...] no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que **las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos***

---

<sup>411</sup> STC. 5854-2005-AI/TC

<sup>412</sup> En la resolución de supervisión de cumplimiento del 23 de noviembre de 2012 en el caso *Apitz Barbera Vs. Venezuela*, la Corte IDH destacó la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional al dotar carácter vinculante a las decisiones de la Corte IDH.

*los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso a aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.*<sup>413</sup>

En ese contexto de ideas, podemos afirmar que gracias al TC y a la Corte IDH existe un acercamiento entre el derecho constitucional y el Derecho internacional de los Derechos Humanos, y cuyo nexo o puente se ve representado por el control de convencionalidad. Esta convencionalización del derecho constitucional es un fenómeno jurídico que se viene desatando no solo en Perú, sino también en el resto de Estados latinoamericanos. Esta situación nos permite concebir que los estándares internacionales se pueden materializar en la jurisprudencia constitucional ya que los pronunciamientos internacionales son una herramienta que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales. En ese punto, es plausible que las consideraciones sobre identidad de género y la proscripción de la discriminación expuesta en sede internacional deban ser tomadas en cuenta, no solo por su valor jurídico, sino también porque el mismo TC reconoce la importancia de ello.

Por último, es necesario destacar que se hace uso de la palabra “importación” ya que gracias a la cláusula de interpretación conforme contenida en la IV disposición final de nuestra Constitución, las disposiciones de orden internacional se entienden asimiladas, internalizadas o importadas en el derecho interno, consecuentemente al aplicarse una disposición internacional también se está aplicando el derecho nacional. En ese punto se expresó el Constitucionalista Landa Arroyo quien, citado por Zúñiga Torres, expresó lo siguiente:

*“[existe] la hipótesis de que entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa no haya una relación de jerarquía, sino que las mismas se rigen*

---

<sup>413</sup> STC. 0007-2007-AI/TC. Fundamento Jurídico 36

*por principios de complementariedad, interconexión, convergencia, ello conforme a la tesis de la coordinación entre sistemas.*"<sup>414</sup>.

En esa misma idea el maestro Häberle creó la noción de “Estado Cooperativo” el cual propugna que no existe una supremacía entre el derecho internacional o derecho interno, sino más bien, una relación horizontal que se funde en una unidad.<sup>415</sup> En base a tal idea creemos que el control de convencionalidad se puede interiorizar a través de un examen interpretativo, tomando en consideración lo expresado por la Corte IDH además de los principios que rigen la Convención Americana en ese norte de ideas el juez puede ajustar sus pronunciamientos en base al método comparado fijado por Haberle, sobre tal idea *Del Toro*, señaló que la dignidad humana es la premisa fundamental del Estado de Derecho, por lo que su protección rebasa las fronteras nacionales<sup>416</sup> este rebasamiento de fronteras se fundamenta en el uso de instrumentos de carácter normativo como el control de convencionalidad.

### **3.3. Control difuso de convencionalidad y su interacción con el derecho interno**

Reiteramos que el control difuso de convencionalidad es una técnica hermenéutica por la cual se contrasta las normas domesticas de un Estado con la Convención Americana, sus protocolos adicionales y jurisprudencia de la Corte IDH<sup>417</sup>. Siendo pertinente destacar que en el control *difuso* de convencionalidad son los jueces nacionales los protagonistas en velar

---

<sup>414</sup> LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra, 2007, tercera edición corregida y aumentada, p. 114. Citado por ZÚÑIGA TORRES, Natalia. “Control de Convencionalidad: Deber complementario del juez constitucional y juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)” Tesis PUCP pág. 136

<sup>415</sup> Cfr. SAGÜES, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad” Citado en Zúñiga Torres, Natalia, *ob. Cit.* Pág. 136

<sup>416</sup> Cfr. DEL TORO HUERTA, Mauricio. “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005, p. 330. Citado en ZÚÑIGA TORRES, Natalia, *ob. Cit.* pág. 140

<sup>417</sup> A este cumulo de herramientas jurídicas se le puede denominar canon de convencionalidad

por la vigencia de los Derechos Humanos contenidos en la Convención Americana y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Bajo palabras del magistrado de la Corte IDH Eduardo Ferrer, "el control difuso de convencionalidad no es más que "la tendencia de la 'constitucionalización' o, si se prefiere, 'nacionalización' del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente la aceptación de la jurisprudencia [de la Corte IDH] como elemento hermenéutico y de control normativo"<sup>418</sup> En esa medida, el control difuso de convencionalidad no es excluyente del control de constitucionalidad, ni se ejerce en su desmedro, sino, que coadyuvan en lograr el respeto de los derechos fundamentales. En ese talante, el ex – magistrado de la Corte IDH Cancado Trindade detalló lo siguiente:

*"[...]los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana"*<sup>419</sup>

En palabras de Zúñiga Torres "la relación entre la Constitución y el control de convencionalidad se reconducir[a] por la vía interpretativa. Es decir, el examen de convencionalidad respecto de la norma constitucional no estaría basado necesariamente en el principio de jerarquía, sino en la lógica de coordinación, horizontalidad y diálogo."<sup>420</sup> Dicho ello, la posición que defendemos se adhiere a las ideas del maestro alemán Peter,

---

<sup>418</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad" Ob. Cit. pág. 383

<sup>419</sup> Corte IDH: Voto razonado del ex magistrado, Cancado Trindade, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú. Párr. 3

<sup>420</sup> ZÚÑIGA TORRES, Natalia. Ob. Cit. Pág. 136

respecto del “Estado de cooperación<sup>421</sup>” donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional se entrelazan y armonizan bajo un mismo fin<sup>422</sup>, *ergo* el examen de convencionalidad de una norma interna o jurisprudencia vinculante nacional se ejercerá vía “***interpretación convencional***” pretendiendo armonizar la normativa interna con la convencional<sup>423</sup> En tal medida en el “examen de compatibilidad convencional”, el juez nacional debe siempre aplicar el principio *pro homine* (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales<sup>424</sup>.

En esa medida, y atendiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, los jueces internos están obligados *ex officio* a hacer prevalecer los principios convencionales, sobre las prácticas que contravengan el efecto útil de la Convención Americana<sup>425</sup> entiéndase disposiciones normativas lesivas al espíritu del Tratado.

Bajo tal aspecto, los jueces nacionales tienen completa liberalidad para poder efectuar no solo una interpretación constitucional sino también una interpretación convencional, en tal supuesto, las fuentes normativas pueden ser objeto de control de convencional siempre y cuando las disposiciones internacionales permitan una mayor protección. Ante tal hecho, la doctrina constitucional vinculante es plenamente superable si se advierte que los preceptos

---

<sup>421</sup> ZÚÑIGA TORRES, Natalia. *Ob. Cit.* pág. 210

<sup>422</sup> Al respecto el maestro Landa Arroyo detallo que: “No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional” Citado en Zúñiga Torres, Natalia. *Ob cit*, pág. 209

<sup>423</sup> Voto Razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Párr. 35

<sup>424</sup> *Idem.* 39

<sup>425</sup> Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128:

fijados por el Tribunal no plasman la pretendida integración. Por ello, el juez nacional “*debe*” *ex officio* utilizar el canon interamericano y propender medidas de garantía y protección en beneficio de las personas si observa que una disposición es regresiva a los derechos fundamentales.

Es necesario advertir que dicha decisión de desacatamiento no puede estar desprovista de control posterior, motivo por el cual si un juez, desacata una disposición vinculante, ésta decisión deberá ser evaluada por el inmediato superior, el cual deberá analizar si la motivación se ampara en el canon interamericano y por tanto es “*valido*” superar el fallo inconvencional evitando llegar a instancias supranacionales.

#### **3.4. Aplicación de control difuso de convencionalidad sobre la STC 139-2013**

La verdadera batalla para la defensa de los derechos humanos no se lucha en el Sistema Interamericano, sino, en el fuero de los tribunales internos de cada Estado. En esa medida, es tarea de los operadores jurídicos verificar si los actos que juzgan pueden ocasionar efectos discriminatorios o peor aún, ser lesivos a los derechos fundamentales. Este hecho se muestra más probable cuando no existe norma sobre la materia que se juzga (V. gr. Ley de identidad de género). Ante tal supuesto es pertinente recordar lo sostenido por Zagrebelsky: “*no hay nadie mejor que los jueces para que los derechos fundamentales se concreten, y hasta sería mejor que solo fueran ellos quienes los realizaran, toda vez que los políticos están deslegitimados y el que gobierna suele no tener medida ni la prudencia necesaria.*”<sup>426</sup>.

---

<sup>426</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. “*El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad, en la obra colectiva ‘Jueces y derecho. Problemas contemporáneos’*”. pág. 158; compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, Editorial UNAM-Porrúa, México, 2004

En ese llano de ideas, es sabido que la Corte IDH ha reconocido la identidad de género como un concepto protegido por los alcances del artículo 1.1 de la Convención Americana por lo que el colectivo trans (minoría que demanda el respeto de la identidad de género) se encuentra resguardado por el principio de no discriminación debido a su situación de vulnerabilidad, debiendo adoptarse no solo medidas de abstención en defensa de tales derechos, sino también medidas afirmativas de protección. Dicho ello, el tema objeto de análisis nos confronta con una sentencia cuyo desenlace insta a los operadores a **denegar** el reconocimiento de la identidad de género aduciendo la imposibilidad del cambio de sexo. Esta solución, es una medida regresiva en el reconocimiento de derechos subsumiendo aún más al colectivo “trans” a un contexto discriminatorio motivo por el cual es necesario reivindicar las razones esgrimidas en la sentencia *Karen Atala Riffo*<sup>427</sup> y *Artavia Murillo*<sup>428</sup> las cuales darán cabida a una “interpretación convencional” para que haciendo uso de las razones jurídicas expuestas por el TC<sup>429</sup>, el juez ordinario puede atender las disposiciones internacionales y resolver apartarse de la doctrina vinculante esgrimiendo además los fundamentos que motivan el capítulo II del presente trabajo.

---

<sup>427</sup> En el párrafo que indica: “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana (principio de no discriminación), los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”

<sup>428</sup> En el párrafo que indica: “[L]a protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.”

<sup>429</sup> Recordamos lo siguiente: “[L]as sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos [del Perú] y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi”

El juez nacional debe aplicar un control difuso de convencionalidad sobre la STC 139-2013 habiendo concluido que la identidad de género es un precepto convencionalmente protegido por la Convención (*ut supra* Cap. I: 7.1) además del amplio margen interpretativo que se ha dado en *pro* de la identidad de género (*ut supra* Cap. II: 5,6,7,8,9) y tomando en cuenta la evolución de los tratados en raíz a que cada vez existe mayor consenso por parte de los estados respecto de la protección de los derechos de la comunidad trans, por lo que no puede existir regresividad sino más bien progresividad.

En ese hilo argumentativo, la STC 139-2013 es incompatible con el orden convencional y consecuentemente confronta el deber de respeto y garantía del derecho a la vida privada (artículo 11.2) en relación con el principio de no discriminación (artículo 1.1).

Tal conclusión, nos permite atender que la sentencia genera una situación no solamente discriminatoria, sino que también vacía de contenido de diversos derechos fundamentales (*ut supra* Cap. II: 10), habida cuenta que genera un trato desigual e injustificado, no siendo atendible los argumentos expresados en sentencia: I) respecto del argumento consecuencialista referido al “matrimonio igualitario” queda establecido el criterio *pro homie* establecido por el TEDH en el caso *Goodwin* (*ut supra* Cap. II: 6.1 y 6.4) donde se convalidó el matrimonio de una persona transexual; ii) Respecto de la preponderancia del sexo psicológico sobre el sexo biológico, cabe advertir que diversas entidades internacionales además de la legislación comparada vienen mostrando su apoyo a la reivindicación del sexo biológico al tratarse de una manifestación del derecho a la identidad de género, lo cual insta a que las autoridades nacionales hagan lo propio, y no se mantengan ajenas a este aspecto; iii) la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la

heterosexualidad<sup>430</sup>”. En ese entender, en aras de propiciar una sociedad justa que busque la inclusión social a través de la aceptación -no solo de hecho sino también de Derecho- es oportuno admitir el reconocimiento de la identidad de género como concepto intrínseco de la personalidad en tanto y en cuanto existen minorías que son afectadas al admitir una tesis en contrario. En ese orden de ideas, no está demás repetir que la sentencia objeto de análisis no supera el examen de convencionalidad por lo que es un “deber” jurisdiccional desacatarla, en aras de evitar ulteriores procesos internacionales que traigan consigo la posible responsabilidad internacional del Estado peruano.

#### **4. Vía procesal idónea para la pretensión de “reconocimiento de identidad de género”: cambio de sexo registral *ex post* superación de la decisión vinculante**

El maestro Norberto Bobbio señalaba que “*si se quiere saber el nivel de desarrollo de la democracia en un determinado país, no se debería investigar si aumentó o no el número de quienes tienen esos derechos sino los espacios en los que estos pueden ejercerse.*”<sup>431</sup>

Partiendo de tal premisa, los espacios en los cuales se reconoce la identidad de género en el Perú son muy limitados, observando incluso, que el mismo Tribunal Constitucional negó la posibilidad de reconocer la identidad de género ante el Poder Judicial. Esta situación nos permite comprender que es importante avanzar progresiva y escalonadamente en el reconocimiento de la identidad de género. Teniendo como *ideal próximo*: la habilitación del Poder Judicial para poder tramitar la pretensión de “reconocimiento de identidad de género” y como *ideal futuro o óptimo* la desjudicialización de la petición pudiendo importarse la

---

<sup>430</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana: T-099-2015. Fundamento Jurídico: 80

<sup>431</sup> BOBBIO, Norberto. “*El futuro de la Democracia*” Disponible en: <https://socialesenpdf.files.wordpress.com/2013/09/bobbio-norberto-el-futuro-de-la-democracia-1986.pdf> pág. 21 y 22

experiencia comparada de Argentina, Colombia o Uruguay donde basta la manifestación unilateral de la persona “trans” ante una autoridad administrativa para hacer efectivo el cambio de sexo. Mencionamos ello, en razón a que la desjudicialización es una concesión social traducida en la voluntad política que atiende un momento histórico<sup>432</sup> de la sociedad; el momento histórico que vive nuestro país es una suerte de “regresión” en materia de Derechos Humanos donde temas como matrimonio igualitario o cambio de sexo exceden la tolerancia social. En ese norte, es importante aceptar la posibilidad de cambio de sexo en sede judicial para después dar el gran salto de admitir tal derecho no como una facultad sino como una voluntad personal garantizándose así el derecho de las minorías.

Atendiendo el párrafo que antecede, la pretensión de “cambio de sexo” o como preferimos llamarla de “reconocimiento de identidad de género”, no cuenta con un sustento normativo, empero ello no debería implicar un problema para el operador jurídico ya que tal vacío normativo es una posibilidad de interpelar al derecho una respuesta positiva en aras de salvaguardar el ejercicio de los derechos fundamentales. Si esto es así partimos de la comprensión de que no correcto afirmar “cambio de sexo registral” sino más bien la adaptación del cuerpo a la realidad psíquica de la persona.

El cambio de sexo en el registro es consecuencia el reconocimiento de la identidad de género, sin embargo, al tratarse de un procedimiento legal los efectos jurídicos tienen carácter *ex nunc* (rigen hacia adelante) en merito a que resulta difícil delimitar desde cuando una persona

---

<sup>432</sup> En ese talante: PEREZ LUÑO, Antonio. (1993) “*Los Derechos Fundamentales*”. Madrid: Ed. Civitas pág. 25: “Cuando los derechos humanos son ya reconocidos en el Derecho positivo se los denomina derechos fundamentales. En su significado objetivo los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes”

es “trans” razón por la cual el reconocimiento debe computarse desde la manifestación de la voluntad<sup>433</sup>. La posición señalada deja incólume las relaciones jurídicas anteriores a la declaración del cambio de sexo, subsistiendo las relaciones paterno-filiales, las obligaciones contractuales u otros casos análogos. Asimismo, es importante seguir el ejemplo que se da en la legislación comparada respecto del resguardo a la intimidad, es decir, una vez efectuado el cambio de sexo solo se podrá develar su antigua identidad por razones justificadas, entiéndase por ejemplo la solicitud de la pareja que desea conocer la identidad de su futuro cónyuge.

La rectificación registral del sexo origina un nuevo *statu quo* de derecho respecto del Estado, es decir, éste último tiene la obligación de reconocer las consecuencias legales en beneficio de la persona “trans” verbi gracia, si la persona es una mujer “trans” debe tener la posibilidad de jubilarse conforme a ley, 5 años antes que un varón, o también debe tener la posibilidad de contraer matrimonio conforme a los lineamientos determinados en el caso *Goodwin*.

#### **4.1. ¿Vía Contenciosa o no Contenciosa? Algunos antecedentes procesales**

Si bien es cierto no existe consenso jurisprudencial para el tratamiento de la pretensión de cambio de sexo, la misma se ha venido tramitando en dos flancos: i) el primero a través de un proceso contencioso en la vía de conocimiento o abreviado<sup>434</sup> en el cual existe una “aparente” Litis contando con la intervención del Ministerio Público. Cabe anotar que al

---

<sup>433</sup> Bajo tal premisa el cambio de sexo surtirá efectos en el DNI y documentos análogos y no sobre el acta de nacimiento. Este razonamiento obedece a que el acta de nacimiento describe un hecho inmutable e invariable como es la fecha, lugar, y sexo morfológico pero no atiende a concepciones subjetivas, las cuales pueden o no coincidir con su sexo biológico.

<sup>434</sup> Un caso célebre es el caso de Naamin Timoyco el cual atravesó dos estadios procesales. El Primero correspondiente a un cambio de nombre y el segundo de cambio de sexo denominado “*reconocimiento judicial de estado actual*”. El proceso señalado tuvo una duración aproximada de cinco años culminando en diciembre de 2011 con la disposición de cambio de sexo a la RENIEC

tratarse de un proceso contencioso los plazos procesales son más extensos y consiguientemente no existe celeridad; ii) otra vía procesal es la del proceso no contencioso donde no existe “*litis*” y se soluciona una incertidumbre jurídica. La magistrada del Tribunal Constitucional Marianella Ledezma, afirma que *“A pesar de que el texto legal [código procesal civil] no hace referencia al cambio de sexo, solo al cambio de nombre, el vacío legal al respecto viene llevando a que las pretensiones que se planteen en tal sentido se diluciden en procesos contenciosos, pues no se trata de una simple rectificación, de un elemento de la identidad de la persona. Como no se precisa la vía procedimental, algunos criterios judiciales asumen la tramitación bajo las reglas del procedimiento de conocimiento, otros, la fijan en el sumarísimo, criterio este último idóneo en atención a la urgencia en dilucidar la identificación adecuada de la persona que busca dicha declaración”*<sup>435</sup>

Además del caso de Naamin Tymoico, existe otros antecedentes procesales en los cuales se tramitaron pretensiones acumuladas, entiéndase, la pretensión de cambio de nombre y de sexo. También se le denominó *“demanda de declaración judicial de cambio de nombre y de identidad personal”* Respecto del caso de Naamin, se tiene que fue declarado improcedente en primera instancia por el Tercer Juzgado Civil de Lima Norte y posteriormente se resolvió en segunda instancia ante la Primeras Sala Civil de Lima Norte. En esta instancia, el *ad quem*, revocó la sentencia de origen y declaró fundada la demanda en todos sus extremos. Cabe

---

<sup>435</sup> LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. *“Comentarios al Código Procesal Civil”* Tomo III, Lima: 1era edición Gaceta Jurídica. Pág. 837

anotar que dicho proceso se llevó como proceso contencioso en la vía abreviada y se contó con la intervención del Ministerio Público.<sup>436</sup>

Asimismo, la ONG “Promsex” emitió algunas consideraciones sobre los tipos de proceso que se activan para el cambio de sexo, en ese orden de ideas, en el informe sobre situación de derechos humanos del año 2011<sup>437</sup> concluyó que en Lima entre el 2008 a 2011 en la ciudad de Lima se interpusieron 13 procesos sobre cambio de sexo adoptando tres estrategias diferenciadas:

*Estrategia 1 según informe de Promsex:*

1. Se demanda el cambio de nombre activando proceso abreviado ante el juzgado especializado en lo civil
2. Luego de contar con una sentencia fundada, un proceso de amparo ante el juzgado especializado en lo civil

*Estrategia 2 según informe de Promsex*

1. Se demanda el cambio de sexo por “reconocimiento judicial de estado actual de identidad sexual” en la vía de proceso abreviado, ante juez civil
2. Luego de contar con sentencia fundada, se interpone la pretensión de cambio de nombre ante juez civil en la vía abreviada

*Estrategia 3 según informe de Promsex*

---

<sup>436</sup> Cfr. Compendio de Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte de 2010 que incluye sentencias civiles, laborales y de familia. Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/119f548046f97631a494ec199c310be6/LIBRO+QUEMADO+CD+LISTO+OK.pdf?MOD=AJPERES> Revisado en: RAMIREZ HUANOTO Beatriz y TASARA ZEVALLOS Vanessa. “Identidad negada, una decisión de la justicia constitucional que significa un menoscabo en la protección que merecen las personas trans” Peru: Gaceta Constitucional Tomo 79. Gaceta Jurídica. Pág. 73

<sup>437</sup> Informe anual sobre situación de Derechos Humanos del año 2011 elaborado por Promsex: <https://issuu.com/promsex/docs/informe-anual-ddhh-tlgb-2011> Consultado el 19 de Febrero de 2016.

1. Que en otros casos se presenta una demanda conjunta en la vía constitucional de amparo solicitando el cambio de sexo y cambio de nombre.

El informe de “Promsex” expresa que existe dificultad para recabar información sobre los procesos de cambio de sexo, en merito a la reserva que solicita la parte demandante al culminar su proceso, no obstante, de dicho informe se coligen 13 procesos llevados entre el 2008 y 2011 en la ciudad de Lima que concluyeron –en gran medida- con la aceptación de la pretensión.<sup>438</sup>

Pese a que –en algunos casos- se venía concretando el reconocimiento de la identidad de género, esto era después de largos procesos judiciales, razón por la cual consideramos que es necesaria la creación de una vía específica que tenga como fin el reconocimiento de la identidad sexual de una persona “trans”, proceso que comprendería el cambio de nombre y de sexo en forma unívoca siendo inocuo formular dos procesos judiciales para un mismo fin. Consideramos que el proceso no contencioso es el más indicado, habida cuenta que no existe un conflicto de interés que deba dirimir el Estado, en razón a que es el interesado mismo, quien define como se identifica y quien es no necesitando la concesión del Estado para delimitar su personalidad. Consideramos que en el proceso no contencioso de “reconocimiento de identidad de género” debe acreditarse que la persona “trans” ha asumido su género psicológico por al menos dos años, no necesitando un pronunciamiento médico ya que ello conlleva una patologización de las personas “trans”.

---

<sup>438</sup> RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz (coordinadora) Informe Anual Sobre Derechos Humanos de Personas Trans, Lesbianas, Gays y Bisexuales en el Perú 2011, PROMSEX-Red Peruana TLGB, Lima, 2012, pp. 36-43

## CONCLUSIONES

**Primero.-** La identidad de género es un elemento intrínseco del derecho fundamental a la identidad personal, el cual se concibe como la vivencia interna y el entendimiento propio de la persona, respecto de su pertenencia a determinado género, pudiendo corresponder con el sexo biológico de nacimiento o variar conforme a su comprensión asimilada en su vivencia personal, en esa medida, al ser una manifestación válida de la personalidad además de expresión de libertad, corresponde al Estado adoptar medidas positivas de integración y no de exclusión, respecto de aquellas personas (trans) cuyo sexo biológico no coincide con el sexo psicológico.

**Segundo. -** Las personas transexuales, a efecto de alcanzar plena armonía y equilibrio en el libre desarrollo de su personalidad, requieren la adecuación legal de su sexo psicológico en los documentos de identificación pertinentes ya que en algunos casos no contar con identificación equivale a una muerte civil. De ahí que sean acusados de portar papeles falsos o que sus procesos de tránsito sean evidenciados y los expongan a situaciones de discriminación y agresión, en ese aspecto, al no poder contar con documentos que reflejen su identidad de género, se sienten estigmatizadas y discriminadas, en razón a la dificultad que implica ser leída socialmente con un género que no le corresponde.

**Tercero.-** El Tribunal Constitucional, a través de la STC 139-2013-PA/TC yerra al concebir la identidad de género como una realidad extrajurídica, habida cuenta que es una realidad social la cual el derecho debe afrontar y por tanto regular en aras de efectivizar la plena vigencia de derechos fundamentales con un criterio antidiscriminatorio. A esto se agrega que la identidad de género es una “categoría sospechosa” conforme se concluyó en la sentencia de la Corte IDH *Atala Riffo vs Chile*, en mérito a la discriminación histórica que padecen las

personas transexuales debiendo destacarse que dicha conclusión es vinculante para el Estado peruano por lo que es pertinente adoptar medidas de prevención y garantía asegurando la interrupción de los círculos de violencia, exclusión y estigmatización en contra de personas “trans”, incluyendo desacatar medidas que sean contrarias a dicho postulado ya que se promueve la vulneración de derechos como el libre desarrollo de la personalidad, libertad, salud y reconocimiento de la personalidad jurídica por lo que genera consecuencias adversas

**Cuarto.** - La igualdad y no discriminación ha sido objeto de arduo estudio por parte del Sistema Interamericano así como de la doctrina. De ello se advierte que el principio-derecho de igualdad se divide en: i) igualdad formal e ii) igualdad estructural, siendo que la primera proscribire la desigualdad derivada de la arbitrariedad en la ley exigiendo criterios de distinción objetivos; y, la igualdad estructural parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación.

**Quinto.** - El apartarse de la sentencia vinculante del Tribunal Constitucional tiene un efecto reparador y correctivo alineado con el orden constitucional internacional, permitiendo cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población “trans”. En esa medida el control “difuso” de convencionalidad se erige como una alternativa de desvinculación al juez nacional que conozca la pretensión de cambio de sexo en cualquier proceso, fundamentándose en la aplicación directa de los preceptos contenidos en la Convención Americana en relación al principio de no discriminación. Teniendo como efecto mediato materializar la noción de igualdad material, equiparando en una misma posición social a un grupo de personas que se encuentran en una posición desigual, además de estar anuladas socialmente al no reconocérseles legalmente como se autodeterminan. Recalcamos que el juez nacional, se

encuentra sujeto al imperio de la Convención Americana pero por sobre todo a garantizar los derechos fundamentales. Por ende, es un deber jurídico proscribir criterios discriminatorios contenidos en la sentencia vinculante objeto de análisis ya que tales hechos son contrarios al principio de dignidad humana, por lo que es tarea de todo operar jurídico desechar del orden constitucional actos que conllevan segregación estructural en perjuicio de un grupo de personas.

**Sexto.-** Sobre la doctrina constitucional vinculante entendemos que esta no es absoluta ya que admite una suerte de “perfeccionamiento” traducida en el la capacidad que tienen los jueces constitucionales de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. Este perfeccionamiento se complementa con el “poder-deber” de aplicar el control difuso de convencionalidad facilitando así, la garantía y protección de los derechos fundamentales.

**Séptimo.-** Es importante deslindar que el ejercicio del control de convencionalidad no se basa en una relación de supremacía del derecho internacional, sino más bien, en un ejercicio de complementariedad o coordinación con el derecho constitucional interno, en razón a que en materia de derechos fundamentales, no siempre se preferirá la disposición internacional en desmedro de la nacional, sino aquella que favorezca más a la persona (principio *pro homine*). En ese norte de ideas, al ejercerse el control difuso de convencionalidad sobre la sentencia vinculante 139-2013-PA/TC se estaría armonizando el derecho interno con el derecho internacional, ya que la IV disposición final contenida en la Constitución, permite una suerte de “nacionalización” de esta última, promoviendo una interacción en pos de garantizar los derechos fundamentales.



## CONGRESO DE LA REPUBLICA

El presidente de la República

Por Cuanto:

El congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

Ha dado la Ley Siguiente

### **LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO QUE RECONOCE EL CAMBIO DE SEXO EN VIA JUDICIAL**

**Artículo 1: Derecho a la identidad de género.-** El Estado garantiza el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la dignidad por tanto, toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su identidad de género sin discriminación. Este derecho comprende la posibilidad de ser reconocido conforme a su sexo psicológico con independencia de cuál sea su sexo biológico posibilitando el libre desarrollo de la personalidad.

**Artículo 2: Definición:** *Identidad de género:* Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

**Artículo 3: Objeto de la Ley.-** La Ley tiene como fin establecer el procedimiento para el reconocimiento de sexo psicológico de las personas transexuales y transgénero a través del cambio de nombre y sexo en el registro civil

**Artículo 4: Alcance.-** Las personas transexuales y transgénero que sean solteras, divorciadas viudas, mayores de 18 años pueden solicitar el cambio de nombre y de sexo registral cuando su sexo biológico no coincida con su sexo psicológico. Respecto de las personas menores de edad, se puede acoger a la presente Ley con autorización e intervención de los padres de

familia, en cuyo caso el Juez deberá velar por el interés superior del niño además de las disposiciones contenidas en la Convención de Niños y Adolescentes.

**Artículo 5: Requisitos.-** Se pueden acoger a la presente Ley las personas que acrediten:

- a) La manifestación personal sobre la discordancia entre el sexo psicológico y el sexo biológico.
- b) Demostrar la vivencia y desenvolvimiento conforme a su identidad social por al menos dos años.
- c) Se deberá tomar en cuenta la intervención de testigos quienes tengan relación con el solicitante e incluso de los profesionales que atendieron al recurrente.

Las personas que hayan accedido a una cirugía de reasignación de sexo, no deberán acreditar el supuesto del inciso b) y c)

**Artículo 5: Procedimiento.-** La solicitud de cambio de sexo y cambio de nombre es a iniciativa personal y se tramita en vía judicial a través del proceso no contencioso. Para tal efecto se debe:

- a) Presentar solicitud de cambio de sexo y de nombre suscrita por un abogado en la vía de proceso no contencioso ante juez de familia de conformidad con el artículo 754 del Código Procesal Civil.
- b) En los proceso de cambio de sexo y de nombre interviene el Ministerio Público conforme al artículo 759 del Código Procesal Civil.
- c) Adjuntar certificado de antecedentes penales y judiciales, partida de nacimiento, ficha RENIEC y los demás que el juez considere pertinente

**Artículo 6: Efectos.-** La sentencia que constante los requisitos exigidos en la solicitud, ordenará a la RENIEC y entidades que correspondan, la rectificación del sexo y nombres de pila en los documentos pertinentes, respecto de la partida de nacimiento se dispondrá se origine una nueva. En todos los casos se mantendrá el número del documento de identidad y en ningún documento se hará una anotación al margen o acción análoga que pueda denotar los datos antiguos

- a) Los efectos de la sentencia tienen naturaleza constitutiva desde la fecha que sea expedida. La oposición hacia terceros, será efectiva desde la inscripción en el registro civil
- b) El cambio de sexo y de nombre no surtirá efectos respecto de los derechos y obligaciones que el titular haya adquirido antes de la solicitud.

- c) El cambio de sexo dota a la persona de una nueva personalidad jurídica por lo que se le reconoce como tal, haciéndose acreedor a los beneficios y derechos que le otorga la nueva condición.
- d) La rectificación de sexo y nombre conforme a la presente ley, solo podrá ser revertida mediante proceso judicial, una vez revertida, no se podrá volver a solicitar el cambio de sexo y nombre.

**Artículo 7: Confidencialidad.-** Los datos rectificadas son confidenciales. Los documentos no podrán ser exhibidos salvo autorización del titular, disposición judicial, requerimiento fiscal.

Es deber del Estado no divulgar públicamente el cambio de sexo debiendo tomar las medidas preventivas correspondientes

**Artículo 8: Inclusión social.-** Es deber del Estado prevenir las medidas discriminatorias y fomentar la inclusión social, por ende, el Estado debe capacitar e instruir a los funcionarios y servidores públicos a fin reconozcan y garanticen los derechos de las personas “transgénero” sin discriminación alguna.

**Artículo 9: Reasignación sexual.-** En ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda persona mayor de 18 años tiene derecho a acudir a las intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales que tengan como fin adaptar su cuerpo a su identidad de género, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

El sistema de salud, sea privado o público, deberá responder a las solicitudes de intervención quirúrgica o tratamiento hormonal, siempre y cuando se acredite la falta de medios económicos y dictamen médico. En este caso, el sistema de salud deberá verificar que el interesado se encuentre asegurado y se encuentre aportando al sistema de seguridad social.

**Artículo 10: Garantía de progresión y aplicación.-** El Estado garantiza que toda norma jurídica no colisionará con el sentido de la presente Ley quedando sin efecto toda disposición en contrario. Asimismo, obsta al respeto de la identidad de género sin que se limite, restrinja o suprima el ejercicio de tal derecho.

**Artículo 11: Prohibición de uso de identidad anterior.-** Constituye delito contra la fe pública el uso de documentos que consignen la identidad anterior del beneficiado en tramites privados o públicos.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los 5 días del mes de Marzo de dos mil dieciséis.

## 5.- Bibliografía

### 5.1. Libros y revistas:

- ALEXY, Robert. (2008) “*Teoría de los derechos fundamentales*” Trad. por Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España
- ANDRUET, Armando (2004) “*Bioética, Derecho y sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*” Madrid: Alveroni,
- ARANGO DE MONTIS, Ivan, *Sexualidad humana*, México, Manuel Moderno, 2008
- ARAGÓN REYES, Manuel. “*El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad, en la obra colectiva ‘Jueces y derecho. Problemas contemporáneos’*”; compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, Editorial UNAM-Porrúa, México
- Ayala, Aquiles R., *Medicina de la reproducción humana*, 2ª ed., México, Editores de Textos Mexicanos, 2006, Pág. 227.
- BELLO, Eduardo. *De Sartre a Merleau-Ponty: Dialectica de la libertad y el sentido*. Ed. Editum. España.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (Coord.) “Los valores en la Constitución Argentina”. Ediar. Buenos Aires, 1999
- BIDART CAMPOS, Germán. “*Por un derecho al bienestar de la persona*”; IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética, Bs As 4-6 de noviembre de 1998; Mar del Plata; Suárez ; 1998
- BOBBIO, Norberto. *El problema de la Guerra y las vías de la Paz*. Barcelona: Gedisa
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl. (1982). “*El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*” Madrid: Ed Instituto de Estudios de la Administración Local
- BUTLER, Judith “*El Género en disputa. Feminismo y subversión de la identidad*” Ed. Paidós. Barcelona 1999
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*La necesidad de un recurso de reconsideración por manifiesta inconstitucionalidad de una sentencia del Tribunal Constitucional*”. En: *Dialogo con la jurisprudencia Tomo 154-2011*

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *“La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del TC”* en: ¿son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la Sentencia Nro. 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión. Ed. Palestra. Directores Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Cuaderno Nro. 10 Julio 2015
- CHAMANE ORBE, Raúl, *Diccionario de Derecho Constitucional*, Ed. Adrus 7ma. Ed. Arequipa 2010
- COURTIS, Cristian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación” en *Revista del Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Nro. 48, Julio-diciembre de 2008*
- DEL MORAL FERRER, Anabella. (2012) *“El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”* Cuestiones Jurídicas, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre Universidad Rafael Urdaneta
- DWORKIN Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, cuarta reimpresión, marzo 1999
- ESPIN ALBA, Isabel. *“Transexualidad y Tutela Civil de la Persona”* en Colección Jurídica General. Ed. Reus.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de Personas*, Gaceta Jurídica 4ta Ed. Perú
- FERRAJOLI, Luigi (1999) *“Derechos y garantías La ley del más débil”*, Madrid: Editorial Trotta
- FERRAJOLI, Luigi y ATIENZA Manuel (2005) *“Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho”* México: UNAM
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas Tendencias En El Derecho De Las Personas*. Universidad de Lima 1ed. 1990
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal*. Ed. Astrea. Buenos Aires 1992
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual*. JA, 1999-IV

- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El derecho como libertad. 2da edición. Lima: Universidad de Lima
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. En el artículo *El código Civil Peruano Treinta Años Después*, publicado en Estudios Criticos del Código Civil. Gaceta Civil 1ed. 2014
- FERNÁNDEZ, Silvia. *“La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía”*
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2004) *“Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional”* México: Porrúa y CNDH
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *“El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional” en: Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones de la UNAM*
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *“Algunas reflexiones sobre el tema de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano.”* Ed. Porrúa, México.
- FOUCAULT, Michel, *Herculine Barbine llamada Alexina B.* Ed. Talasa 2da. Edición 2007.
- GATICA NIÑO, María del Carmen, *Posibilidad Jurídica del reconocimiento de la identidad sexual como atributo de la personalidad*, UNAM 2008.
- GARCÍA TOMA, Víctor. “El Derecho a la Igualdad” en revista institucional N° 8 de la Academia Nacional de la Magistratura. Marzo 2008 Lima-Perú
- GRANDEZ CASTRO, Pedro. (2007) *“Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú”*. Lima: *Estudios al precedente constitucional*. Palestra.
- GIL RODRÍGUEZ, Eva, “¿Por qué le llaman género cuando quieren decir sexo?: Una aproximación a la teoría de la performatividad de Judith Butler”. Revista Athenea Digital, n° 2, 2002, otoño,
- GONZALEZ-SALZBERG, Damian A. "The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/ Gender by the European Court of Human Rights." American University International Law Review 29 no. 4 (2014)

- HOOFT, Pedro Federico. *“Transexualidad. ‘Cambio de sexo y nombre legal’ o ‘reconocimiento de sexo y nombre real. Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego. Lima, Motivensa Editora Jurídica S.A.,*
- KONRAD Hesse y HABERLE Peter. (2005) *“Estudios Sobre la Jurisdicción Constitucional”* México: Ed. Porrúa
- LAGARDE, Marcela (1996). *“Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas”*. En Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. IIDH. San José, Costa Rica.
- LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. *“Comentarios al Código Procesal Civil”* Tomo III, Lima: 1era edición Gaceta Jurídica.
- LOZANO VILLEGAS, German. “El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: ‘El Transexualismo’”. IV Jornadas de Derecho constitucional y administrativo, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. (2004) *“Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado Social de Derecho”* México: En anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. UNAM
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo (2014) “Las sentencias del Tribunal Constitucional” Revista: 30 años de jurisdicción constitucional en el Perú” Tomo II Coord. Gerardo Eto Cruz, Lima: Centro de Estudios Constitucionales
- MORENO PABÓN, Diana Carolina “Derecho, persona e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans” por Moreno Pabón. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 11: 123-143, enero-diciembre 2014
- NINO, Carlos Santiago. *“Ética y Derechos Humanos”*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- PALAVECINO Adriana. *“Justicia, Género y Sexualidad”*. Editorial Red Alas y Centro. 1ra. Ed. 2012-Chile
- PARRA Oscar y GONZALES Marianne. *“Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”* en en

*Revista del Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, núm 47, Enero-Junio de 2008*

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. (1999) “*Derechos sociales y positivismo jurídico*”, Madrid España, Editorial Dykinson
- PEREZ, Edward. “Fascículo sobre igualdad y no discriminación” (pendiente de publicación).
- POLAINO-LORENTE, Aquilino, *Sexo y Cultura, análisis del comportamiento sexual*, Ediciones Rialp, Alcalá Madrid 1992
- PULECIO PULGARIN, Mauricio. (2011) “*Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. Revista de Análisis Internacional Número 3
- RAMIREZ HUANOTO Beatriz y TASARA ZEVALLOS Vanessa. “*Identidad negada, una decisión de la justicia constitucional que significa un menoscabo en la protección que merecen las personas trans*” Peru: Gaceta Constitucional Tomo 79. Gaceta Jurídica
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traducción de GONZÁLES, María Dolores. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995
- REY CANTOR Ernesto. (2008) “*Control de convencionalidad de las leyes y los derechos humanos*” México: Porrúa
- RUBIO CORREO, MARCIAL. *Estudio de la Constitución Política de 1993 Tomo I*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ed. 1999
- SÁENZ DÁVALOS, Luis R. (2014) “*El camino del precedente constitucional vinculante*”. En: Gaceta Constitucional, N° 83, Lima: Gaceta Jurídica
- SAGUES, Néstor Pedro. “*Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*”. Biblioteca UNAM.
- SAGUES, Néstor Pedro, “De la constitución nacional a la constitución convencionalizada” en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2013-IV-1342

- SIVERINO BAVIO, Paula. *El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina*. En Ius Et Veritas Vol. 20 Nro. 41
- SIVERINO BAVIO, Paula. «El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas». En Autores varios, Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, pp. 57-81
- STEINER Christian y URIBE Patricia. (coordinadores) *Convención Americana de Derechos sobre Humanos Comentada*, Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 1ed. 2014 México
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008) "El juez constitucional en el siglo XXI". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, Año 2008
- ZÚÑIGA TORRES, Natalia. “Control de Convencionalidad: Deber complementario del juez constitucional y juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)” Tesis PUCP

## 5.2. Jurisprudencia nacional:

- STC Exp. 1429-2002-HC/TC (Caso Challapalca)
- STC Exp. 018-2003-AI/TC (Caso Cinco mil setenta ciudadanos)
- STC Exp. N.º 0024–2003–AI/TC
- STC Exp. 261-2003-AA/TC (Caso Capeco)
- STC Exp. 0004-2004/CC-TC
- STC N° 00048-2004-AI, (Acción de inconstitucional)
- STC Exp. 2016-2004-AA/TC (Caso Correa Condori)
- STC: Exp. 2868-2004-AA/TC (Caso Álvarez Rojas)
- STC. Exp. 3741-2004-AA/TC
- STC Exp. 4853-2004-PA/TC (Caso dirección regional de pesquería de la Libertad)
- STC Exp. 2273-2005- PHC/TC (Caso Karen Mañuca)

- STC Exp. 4119-2005-PA/TC
- STC Exp. 5854-2005-AI/TC
- STC. Exp- 1333-2006-PA/TC
- STC. Exp. 0007-2007-AI/TC
- STC. Exp. 3901-2007-PA/TC (Caso Contreras Siaden)
- STC Exp. 114-2009-HC/TC (Caso
- STC Exp. 139-2013-PA/TC (Caso Estela)
- STC Exp. 1761-2014-PA/TC Caso Zanca Huayhuacuri (Voto singular del magistrado Blume Fortini)

### 5.3. Jurisprudencia internacional:

#### 5.3.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Corte IDH: Opinión Consultiva OC-10/89, sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- Corte IDH: Caso Albán Cornejo y otros, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171
- Corte IDH: Caso Almonacid Orellano Vs. Chile
- Corte IDH: Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*
- Corte IDH: Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Sentencia (sobre reparaciones) del 22 de febrero 2002, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade
- Corte IDH, Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Series Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118 Voto Disidente del ex magistrado Cançado Trindade
- Corte IDH: Corte IDH: Caso Karen Atala Ríffo y niñas Vs Chile Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
- Corte IDH: Opinión Consultiva Nro. 4 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización

- Corte IDH: Opinión Consultiva Nro. 18 del 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados
- Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232
- Corte IDH: Caso Artavia Murillo Vs Costa Rica, Sentencia de Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257
- Corte IDH: Voto Razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México
- Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158
- Corte IDH: Caso Gelman Vs. Uruguay Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú
- Corte IDH: Caso Fornerón Vs. Argentina Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.
- Corte IDH. Voto razonado del Magistrado García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala
- Corte IDH: Voto razonado del magistrado García Ramírez en el caso Tibi vs Ecuador
- Corte IDH: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade
- Caso Vera Vera y otra Vs Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226
- Corte IDH: Caso Yakye Axa Vs. Paraguay. Voto disidente conjunto de los magistrados Manuel Ventura y Antonio Cancado
- Corte IDH: Voto razonado del ex magistrado, Cançado Trindade, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.

- Corte IDH: Voto Razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México

### 5.3.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TEDH: Caso of Bensaid Vs. Reino Unido Demanda No. 44599/98). fecha 6 Febrero 2001
- TEDH: Caso *Van Oosterwijck Vs. Bélgica*, Demanda Nro. Demanda No. 7654/76
- TEDH: caso *Cossey Vs. Reino Unido*
- **TEDH: Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido**
- TEDH: Caso *Rees vs Reino Unido*, Demanda No. 9532/81, 9.
- TEDH: Caso B. v. Francia, Demanda No. 13343/87.
- TEDH: Caso Goodwin v. Reino Unido Demanda No. 13343/02
- TEDH: Caso I. v. Reino Unido Demanda No. 25680/94
- TEDH: Pretty Vs. Reino Unido Demanda no. 2346/02

### 5.3.3 Jurisprudencia Variada

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: Caso C-117/01, K.B. v. Nat'l Health Svc. Pensions Agency, 2004
- “*Neuchâtel*, 2.7.1945, *Schweizerische Juristenseitung* 194. 23 = *Journal des Tribunaux* 1946.1.122”.
- Voto concurrente del Juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953)
- Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición n° 1 de Mar del Plata, Causa n° 3/53.401 “C.A.M. s/acción de amparo”, fallo del 06/10/2003

### 5.3.4 Corte Constitucional Colombiana

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-542/92
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-410/94.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-477/95

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-292/06
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-1033/08
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-876/12
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-691/12
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-565/13
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-063/15
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: T-099/2015
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-141/15.

#### **5.4. Documentos Internacionales:**

- Principios de Yogyakarta
- Declaración Universal sobre los derechos de orientación sexual y orientación de género de la ONU
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010
- Comisión de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos: Orientación Sexual, Identidad De Género Y Expresión De Género: Algunos Términos Y Estándares Relevantes. En: OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 166/12 de fecha 23 abril 2012
- Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero de 2007
- Manual de Clasificación Diagnóstica y Estadística de Trastornos Mentales
- Opinión aprobada por el comité jurídico interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad en el 71° período ordinario de sesiones

- Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 4, 2009
- Orientación Sexual, Identidad De Género Y Expresión De Género: Algunos Términos Y Estándares Relevantes: Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género

### 5.5. Fuentes Web:

- ALBARRACÍN CABALLERO, Mauricio y Rivera Rúgeles., Juan Camilo “*¿Cómo la Corte Constitucional salió del closet? Diez años de progresos constitucionales sobre diversidad sexual en Colombia*” Disponible en: [http://lasa-4.lasa.pitt.edu/otrossaberes/uploads/081710-malbarracin-y-jrivera\\_-c-mo-la-corte-constitucional-sali-del-closet\\_final-2-1.pdf](http://lasa-4.lasa.pitt.edu/otrossaberes/uploads/081710-malbarracin-y-jrivera_-c-mo-la-corte-constitucional-sali-del-closet_final-2-1.pdf)
- B. RODRÍGUEZ RUIZ (2013) “*¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática*”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 17, pág 90. Citado en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-9-14.pdf>
- BOBBIO, Norberto. “*El futuro de la Democracia*” Disponible en: <https://socialesenpdf.files.wordpress.com/2013/09/bobbio-norberto-el-futuro-de-la-democracia-1986.pdf>
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El ‘proyecto de vida’, ¿merece protección jurídica?” Disponible en: [http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm#\\_ftnref2](http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm#_ftnref2)
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?*. Publicado en: [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_13.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF).

- FERNANDEZ SESSAREGO, Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XX. <http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/08/0000890.pdf>
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Sexualidad y bioética: la problemática del transexualismo. En: [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/sessarego\\_sexualidad.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/sessarego_sexualidad.pdf)
- FERROJOLI, Luigi. La igualdad y sus garantías, pág 315. Disponible en: <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>>
- HERDOCIA SACASA, Mauricio. “*La contribución del Comité Jurídico Interamericano a los nuevos desarrollos del Derecho Internacional en las Américas*” pág. 188. Revisado en: 15 de noviembre de 2015. Disponible en la página web de la OEA: <http://www.oas.org/dil/esp/8%20-%20herdocia.LR.CV.167-190.pdf>
- LOZANO VILLEGAS, German”. *El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: el transexualismo*” Disponible en: <[http://www.rua.unam.mx/repo\\_rua/temas\\_transversales\\_de\\_interes\\_general/300\\_ciencias\\_sociales/306\\_cultura\\_e\\_instituciones/\\_5534.pdf](http://www.rua.unam.mx/repo_rua/temas_transversales_de_interes_general/300_ciencias_sociales/306_cultura_e_instituciones/_5534.pdf)>
- *Convención Americana de Derechos sobre Humanos Comentada*, Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 1ed. 2014 México. Disponible en: <<https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>>
- SALDIVIA, Laura “*Reexaminando La Construcción Binaria De La Sexualidad*” Disponible en: [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA\\_09\\_Saldivia\\_Sp\\_PV.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA_09_Saldivia_Sp_PV.pdf)
- Página web: <https://redaccion.lamula.pe/2015/09/21/michelle-bachelet-da-suma-urgencia-a-la-ley-de-identidad-de-genero/ginnopaulmelgar/>



*UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA*

*FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS*

*PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO*



*“Análisis jurídico sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género en sede nacional con motivo de la STC 139-2013, ¿Se afectaron derechos fundamentales y el principio de no discriminación?”*

*Proyecto de Tesis presentado por*

*El Bachiller José Carlos Vargas Soncco*

*Para obtener el Título Profesional de Abogado.*

*AREQUIPA – PERÚ*

*2015*

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las personas transexuales, son aquellas que se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto; por tanto, buscan modificar de forma permanente sus caracteres sexuales y físicos con el fin de adecuar su aspecto a su realidad social y psíquica a través de intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales. En ese contexto una vez efectuada la reasignación de sexo y con el fin de garantizar el reconocimiento de la dignidad humana y el derecho a la identidad, las personas transexuales, esperan también que se realice un cambio más, pero esta vez al nivel de los registros del Estado, al rectificar sus datos consignéndose el cambio de sexo. ¿Estará obligado el Estado a realizar dicha rectificación de sus registros? ¿Se encuentra regulado el cambio de sexo?

Sobre este, no tan reciente pero sí debatible, tema nuestro Tribunal Constitucional emitió la STC 139-2013-PA/TC en la cual sienta su posición sobre la posibilidad de cambiar el sexo registral, estableciendo que la identidad de género alcanzaría una protección suficiente con el cambio de nombre, más no con el cambio de género, cabe mencionar que dicha STC tiene calidad de doctrina constitucional vinculante, por lo que podría decirse que en sede interna, al menos para la judicatura, el debate estaría zanjado.

En contraste con lo establecido por el Tribunal Constitucional es pertinente tomar en cuenta que en el año 2012 la Asamblea General de la OEA, resolvió: “Condenar la discriminación contra personas por motivos de (...) *identidad de género*, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a eliminar, allí donde existan (...)”<sup>439</sup> En ese entender, en sede internacional se viene instando a los Estados que adopten medidas positivas para erradicar todo tipo de discriminación, exclusión y estigmatización en contra de las minorías sexuales (personas transexuales). Por tanto cobra vital importancia determinar si la sentencia antes citada, es respetuosa de la dignidad humana, derechos fundamentales y no afecta el principio de no discriminación, habida cuenta que en sede internacional, se ha definido identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como la persona se siente profundamente, de tal manera, en otras latitudes la determinación y variación del sexo registral se encuentra sujeta al sexo psicólogo de la persona, posición distinta a la adoptada en sede nacional. Por tanto, al impedirse el reconocimiento de género de una persona transexual, se podría afectar una serie de derechos

---

439 OEA AG/RES. 2721 (XLII-O/12), disponible en <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp> bajo Cuadragésimo Segundo Periodo Ordinario de Sesiones”, Cochabamba, Bolivia, Junio 2012

conexos, aparte del de identidad, como el de reconocimiento de personalidad jurídica<sup>440</sup>, integridad psíquica y física o el derecho a la vida privada<sup>441</sup>. Por todo ello, es menester de la presente investigación analizar los argumentos del Tribunal Constitucional y contrastarlos con estándares internacionales así como derecho comparado, para finalmente concluir si aquellos argumentos son legítimos y razonables, en aquello que aparentemente es la limitación de un derecho.

**Arequipa, Abril de 2015**



---

440 Al respecto véase la exposición de motivos de la “Ley de Identidad de Género Argentina” << <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5259-D-2007>>>

441 CIDH, Karen Atala Riffo e hijas, Caso 12.502 (Chile), párr. 111.

## I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Enunciado del Problema

*“Análisis jurídico sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género en sede nacional con motivo de la STC 139-2013. ¿Se afectan derechos fundamentales y el principio de no discriminación?”*

#### 1.2. Descripción del Problema

1.2.1. Campo : Ciencias Jurídicas.

1.2.2. Área : Derecho Constitucional

1.2.3. Línea : Derechos Fundamentales

#### 1.3. Interrogantes básicas de la investigación

- a) ¿Transgredió el Tribunal Constitucional a través de la STC-139-2013 el derecho a la identidad de género en perjuicio del grupo minoritario?
- b) ¿Para garantizar el ejercicio del derecho a la identidad de género, debe prevalecer el sexo biológico o psicosocial?
- c) ¿Cuáles serían las implicancias jurídicas del cambio de sexo de una persona?
- d) ¿Puede un Juez Ordinario apartarse de dicho la doctrina constitucional vinculante en salvaguarda de los Derechos Fundamentales?

#### 1.4 Tipo y nivel de investigación

##### 1.4.1. Tipo

Descriptiva

##### 1.4.2. Nivel

Pura.

### 1.5. Justificación.-

Históricamente las minorías sexuales, entre ellos las personas transexuales, han venido siendo objeto de discriminación y marginación en el ejercicio de sus derechos, dicha contravención no solo deviene por parte de la sociedad en conjunto, sino también por el Estado mismo. Siendo así, es trascendente reivindicar y garantizar los derechos de las minorías sexuales y consecuentemente su dignidad<sup>442</sup>. Por tal motivo, el Estado peruano no puede ser ajeno a dicha evolución jurídica, más aún, si dicho avance versa en materia de derechos fundamentales, por lo que se hace necesario comprobar si es que nuestro Estado viene fortaleciendo mecanismos legales e institucionales en busca de combatir la discriminación por razón de género y su compromiso de respeto de derechos fundamentales

En relación a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, a través de la causa 139-2013-PA/TC conoció en última instancia un caso álgido vinculado a la situación de derechos de las personas trans, en lo que respecta a la identidad de género. Es en consideración a la postura asumida que la investigación propuesta reviste de gran importancia ya que busca determinar si es que el mismo Tribunal Constitucional máximo garante de respeto de derechos fundamentales ha actuado conforme a las directrices para las cuales fue concebido como son garantizar el respeto y defensa de la dignidad humana, sobre un grupo particularmente minoritario, las personas trans. Así también, es necesario analizar la *ratio decidendi* de nuestro alto tribunal, como por ejemplo determinar los alcances y límites del derecho a la identidad, debiendo detallar si el ejercicio del derecho a la identidad para una persona trans, se agota con el cambio de nombre o es también necesario disponer el cambio de sexo en su documento nacional de identidad.

Por otro lado, reviste de gran importancia contrastar la postura asumida por nuestro alto Tribunal Constitucional con sus homólogos americanos como son la Corte Constitucional Colombiana, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina o incluso de cortes internacional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y así determinar si es que la interpretación constitucional obedeció a un criterio respetuoso de los Derechos Fundamentales.

Resulta relevante además, analizar cuáles serían las consecuencias jurídicas si es que el Tribunal Constitucional hubiese asumido una postura contraria a la actual, es decir la posición del sexo psicosocial y si es que este realmente habilitaría la figura del matrimonio

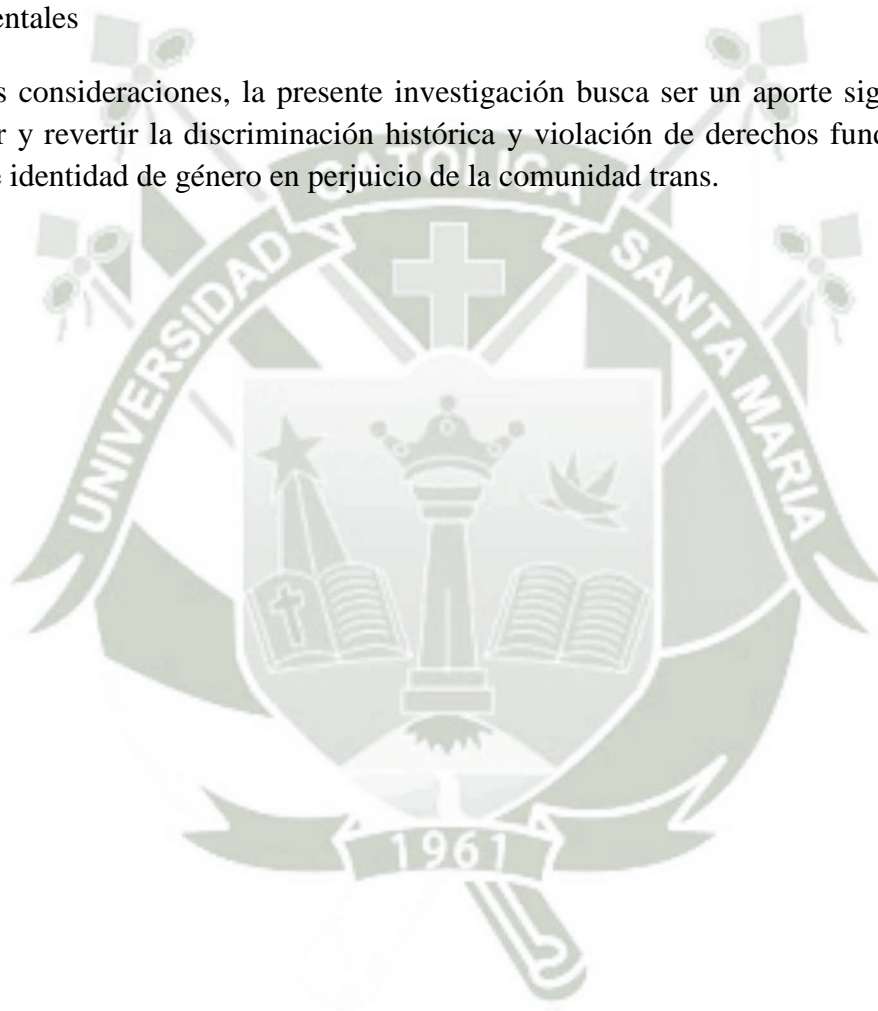
---

442 Al respecto véase: La Declaración Sobre Los Derechos Humanos, La Orientación Sexual Y La Identidad De Género (A/63/635) De La Asamblea General De Las Naciones Unidas

igualitario confrontado dicha conclusión con los análisis efectuados en sede internacional y por la legislación comparada

Asimismo, si a lo largo de la investigación se llega a determinar que la STC 139-2013-PA/TC no es compatible con el respeto de los derechos fundamentales, es relevante determinar si un juez ordinario entiéndase juez civil, mixto o constitucional puede apartarse de la posición asumida por el Tribunal Constitucional la cual tiene carácter vinculante, para ello es trascendente analizar la figura denominada “Control de Convencionalidad” siendo importante traer a colación dicha institución jurídica para el reconocimiento de los derechos fundamentales

Por tales consideraciones, la presente investigación busca ser un aporte significativo para erradicar y revertir la discriminación histórica y violación de derechos fundamentales por razón de identidad de género en perjuicio de la comunidad trans.



## MARCO TEÓRICO

### 2.1. Conceptos Básicos

Los principales conceptos a utilizarse para la realización de la presente investigación son los siguientes:

- A) **Derecho a la Identidad:** El derecho a la identidad, al que definen como el derecho a ser uno mismo y no otro, es la mismidad de cada ser humano, absolutamente equiparable a la libertad o la vida<sup>443</sup>. Asimismo, es todo aquello que hace que cada cual se reconozca como uno mismo “y no otro”. Las características de la personalidad cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite conocer a la persona, a cierta persona en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano.<sup>444</sup>

La jurisprudencia Italiana ha puesto de relieve 3 notas características del Derecho a la Identidad:<sup>445</sup>

Primero, la identidad personal abarca y comprende todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección coexistencial. Engloba todos sus atributos, sean positivos o negativos. Es así que todas las notas de la personalidad, vinculadas esencialmente en la unidad del yo, determina la identidad personal de cada sujeto.

Segundo, la jurisprudencia destaca la objetividad de la identidad personal, “Entendido en el sentido de la correspondencia entre comportamientos externos relevantes del sujeto y la representación de la personalidad”. Es decir, que la que merece tutela jurídica es la identidad real y no aquella aparente o simulada de que la persona pueda arbitrariamente y subjetivamente atribuirse.

Tercero, la identidad personal se caracteriza por su exterioridad, ella se refiere al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad; es la última característica, es consustancial al derecho, en cuanto este es primario y necesariamente coexistencial.

- B) **Identidad de Género:** El derecho a la identidad de género se encuentra reconocido en el artículo 2.1 de nuestra constitución Política del Estado, en ese sentido es aquella vivencia interna e individual del género, tal y cual la persona lo percibe y

---

443443 Cita extraída del proyecto de ley de identidad de género argentino: << [<sup>444</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Pág. 113 y sgtes.](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:idPtO8LfGl4J:www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp%3Ffundamentos%3Dsi%26numexp%3D5259-D-2007+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe>></a></p></div><div data-bbox=)

<sup>445</sup> Ibid.

experimenta, siendo que aquella puede o no corresponder con el sexo asignado al momento de su nacimiento, incluye además la autopercepción personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.<sup>446</sup>

Así también, se puede citar que la identidad de género es uno de los aspectos más fundamentales de la vida. Y si bien es cierto el sexo de una persona se asigna al nacer, un número relativamente minoritario tiene problemas con pertenecer al sexo registrado al nacer ya que la autopercepción i innata no está en conformidad con el sexo que se les asignó al nacer.

**C) Derechos Fundamentales:** Las expresiones derechos fundamentales o derechos humanos son empleadas para hacer referencia a un conjunto de derechos de particular importancia, esenciales para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. Se trata de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas<sup>447</sup>

Para Ferrajoli los derechos fundamentales son aquellas expectativas o facultades de todos que definen connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: derecho a la vida, derecho a la libertad, derechos sociales a la subsistencia, derecho a la salud, a la educación, a la conservación del ambiente o similares<sup>448</sup>. Por lo que podemos afirmar que los derechos fundamentales son así como un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que representan garantías institucionales, normas objetivos del sistema jurídico y derechos subjetivos por lo que constituyen un límite para las actuaciones del Estado el cual debe salvaguardar su supremacía basándose en la dignidad.

**D) Transexualidad:** “Los transexuales tienen la convicción de pertenecer al sexo opuesto al que nacieron, con una insatisfacción mantenida por sus propios caracteres sexuales primarios y secundarios, además de sentido de rechazo y un deseo manifiesto de cambiarlos médica y quirúrgicamente.<sup>449</sup>

---

446 Orientación Sexual E Identidad De Género En El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos << [www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual.htm](http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual.htm)>> Pág. 3

447

448 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón Teoría de Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furio Ceriol, Valencia 2002. Pag. 806

449 GÓMEZ BALAGUER, Marcelino, Aproximación epidemiológica a los trastornos de identidad de

Asimismo se puede agregar también que se parte de una dotación cromosómica y de una morfología la cual corresponde a hombre o mujer; la persona, no obstante, presenta unos caracteres psicológicos netamente opuestos a los que corresponderían a su sexo y hay un profundo rechazo a los órganos genitales, existe un deseo obsesivo de cambiar de sexo como consecuencia de un sentimiento íntimo y auténtico de pertenencia al sexo opuesto<sup>450</sup>

La transexualidad ha sido estudiada ampliamente por médicos, psicólogos, psiquiatras, endocrinólogos y cirujanos. A esta condición se le dan diferentes denominaciones: Disforia de género, Trastorno de identidad de género y Síndrome de la persona transexual. Desde la psicoterapia humanista Gestalt no es considerado trastorno sino simplemente una condición humana más, que se manifiesta en algunas personas, no obstante requiere de control médico. Por lo cual se puede concluir que la transexualidad es en sí, aquella condición humana caracterizada por la discordancia entre el sexo y la identidad de género.

**E) Control de Convencionalidad:** El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la Convención Americana de Derechos Humanos y los dispositivos legales de origen nacional –se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional del juez.<sup>451</sup> En concreto, la Convención Americana de Derechos Humanos funciona como parámetro controlador –de uso directo o indirecto–, fija los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) con los estándares internacionales. Se trata de una obligación impuesta a los jueces nacionales en general a la que se le denomina obligación *ex officio*<sup>452</sup> y también una función que ejerce la Corte IDH en particular. Asimismo, el control de convencionalidad es un instrumento para hacer valer los derechos humanos de fuente internacional, siempre y cuando su contenido sea más benéfico para las personas<sup>453</sup> pudiendo ser aplicada por el juez ordinario nacional, figura que es llamada control difuso de convencionalidad.

---

género, en Fernández, Juan (coord.). Pág 66

<sup>450</sup> Toldrá Roca, María Dolors, Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad., Barcelona, Cedecs, 2000, Pág. 104

<sup>451</sup> GUASTINI, Ricardo. 1999. Estudios sobre Interpretación Jurídica. México D. F.: UNAM, p. 11. Igualmente, Díaz Revorio señala que la norma es el producto de la labor interpretativa que se hace del precepto, que el significado del precepto legal es el resultado de su interpretación. DÍAZ REVORIO, Javier. 2003. La Interpretación Constitucional de la Ley. Lima: Palestra, p. 48. <<

<sup>452</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124

<sup>453</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, IJ-UNAM, México, 2011, pág. 340

## 2.2. Codificación de temas y subtemas

En atención a los objetivos e hipótesis planteada la presente investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos.

Desde dicha perspectiva, previo análisis del derecho a la identidad de género es importante definir la razón y esencia de los derechos fundamentales, en atención a ello el Capítulo 1:

### ***Capítulo 1 “Los Derechos Fundamentales y el rol que cumple el Tribunal Constitucional Peruano”***

- La dignidad humana como génesis de los derechos fundamentales
- Teorías de los derechos fundamentales génesis y esencia
- Mecanismos de protección de los derechos fundamentales
- Los Derechos Fundamentales como límites al poder del Estado
- El Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales

Seguidamente y una vez determinada la importancia de los derechos fundamentales se analizará el derecho a la identidad de género vinculado con el transexualismo

### ***Capítulo 2 “Transexualismo y su relación con el derecho a la identidad de género”***

- Historia de la transexualidad
- Problemática de la transexualidad y su relación con los derechos fundamentales
- ¿Qué es la transexualidad? Definiciones y su diferencia con otras dimensiones de la sexualidad Tratamientos quirúrgicos y hormonales para la reasignación
- Relación jurídica entre la transexualidad y la identidad de género
- Criterios para determinar el género: Sexo biológico o sexo psicológico
- Análisis de la situación de derechos de personas trans en Perú
- El cambio de sexo como ejercicio del derecho a la identidad de género
- ¿Se legaliza el matrimonio igualatorio con el cambio de sexo?

Posteriormente, en el Capítulo 3 se analizará la sentencia en mención

### ***Capítulo 3 “El derecho a la identidad de género en la jurisprudencia nacional y supranacional un contraste con la STC 139-2013-PA/TC”***

- La jurisprudencia como fuente de derecho
- Utilidad de la doctrina constitucional vinculantes

- Diferencia entre precedente constitucional y precedente vinculante
- Jurisprudencia nacional antes de la emisión de la doctrina constitucional sobre cambio de sexo: “el caso “Naamin Timoico” y el caso “Fiorella Cava”
- El criterio del Tribunal Constitucional respecto de la identidad de Género: Aspectos esenciales de la STC 139-2013-PA/TC
- ¿Infringió el Tribunal Constitucional el deber de no generar doctrina constitucional vinculante sobre temas polémicos?
- Pronunciamientos Interamericanos en materia de orientación sexual e identidad de Género
- Jurisprudencia internacional en materia de identidad de género y cambio de sexo: Evolución de jurisprudencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Informes de la Comisión Interamericana en materia de identidad de género

#### **Capítulo 4 “Superando la sentencia vinculante ¿Puede un juez ordinario inaplicar la STC 139-2013-PA/TC”**

- El control de convencionalidad
- Finalidad del control de convencionalidad
- Relación del control de convencionalidad y el control de constitucionalidad
- El control de convencionalidad y su aplicación por los jueces nacionales: Control difuso de convencionalidad
- Parámetros de convencionalidad o canon de convencionalidad
- Control de convencionalidad sobre la sentencia vinculante vinculante STC 139-2013-PA/TC por contravenir el artículo 1.1 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos

#### **APORTES**

#### **CONCLUSIONES.**

#### **2. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.**

Previa a la realización del presente proyecto, se buscó antecedentes de investigativos vinculadas al tema propuesta, tanto en las bibliotecas de Universidades Locales, como en el Catalogo de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores, no habiendo encontrando registros que concuerden con el problema planteado.

#### 4. OBJETIVOS.

##### General

- Determinar si la postura asumida por el Tribunal Constitucional en relación al derecho a la Identidad de Género es consecuente con el respeto de los Derechos Fundamentales

##### Específicos

- Determinar si debe prevalecer el criterio del sexo biológico antes que el sexo psicosocial y si esta garantiza el ejercicio del derecho a la identidad de género.
- Determinar las repercusiones jurídicas de aceptar el cambio de sexo como practica constitucional
- Determinar la viabilidad de apartamiento de la doctrina constitucional vinculante de la STC 139-2013-PA/TC ejerciendo un control de convencionalidad en salvaguarda de los Derechos Humanos
- Determinar si el Tribunal Constitucional a través de la STC-139-2013-PA/TC ha respetado el principio de no discriminación

#### 5. HIPÓTESIS

##### Dado que:

El Tribunal Constitucional ha emitido la doctrina constitucional vinculante contenido en la STC 139-2013 sobre identidad de género adaptando el criterio del sexo biológico

##### Es probable que:

Que se hayan transgredido derechos fundamentales así como el principio de no discriminación en perjuicio de un grupo minoritario (Transexuales) al no permitírsele desenvolverse conforme a su identidad de género.

#### 6. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

##### 6.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

##### 6.1.1. TÉCNICAS.

En concordancia con las interrogantes y objetivos propuestos, para la recolección de información se usará la técnica de investigación documental.

### 6.1.2. INSTRUMENTOS

De acuerdo con la técnica, los instrumentos serán:

- a) Fichas de Registro (biblioteca, hemeroteca, archivos, consultas en Internet)
- b) Fichas de Investigación:
  - Fichas textuales
  - Fichas resumen
  - Fichas de observación estructurada
  - Fichas de observación estructurada

## 7. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

### 7.1. Estrategia

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

- a) **Revisión Conceptual:** Se obtendrá información mediante recolección de datos tanto en las siguientes bibliotecas y centros de información:
  - Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
  - Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
  - Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa
  - Biblioteca Pontificia Universidad Católica del Perú
  - Biblioteca del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) - Costa Rica
  - Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Costa Rica
  - Exploración en Internet
- b) **Revisión Documental:** : Para la revisión de las sentencias de las diferentes cortes tanto de jurisdicción nacional como supranacional, se hará uso de fichas de observación cuya elaboración corresponde al investigador
- c) **Método:** El método de análisis será el inductivo, con un nivel descriptivo, de tipo cualitativo jurídico. Las bases de análisis son doctrinarias, documentales y normativa.

### III. BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA E INFORMATIGRAFÍA

#### a) BIBLIOGRAFÍA

##### a.1) Normas Legales y Tratados Internacionales:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Declaración sobre Orientación Sexual Identidad de Género de las Naciones Unidas
- Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Constitución Política del Perú de 1993
- Ley sobre Identidad de Género de la República Argentina (Ley 26743)

##### a.2) Textos

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 2001.
  - GONZALEZ SALZBERG, Damian. The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court Of Human Rights. American University International Law Review 29 no. 4, 2014
  - PALACIOS ZULOAGA, Patricia. La no Discriminación, Estudios de la Jurisprudencia del Comité de los Derechos Humanos Sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2006
  - REYES TORRES, Amaury, El Principio de Igualdad y No Discriminación Como Limite Al Margen de Apreciación En EL Reconocimiento Del Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo, American University International Law Review 29 no. 4, 2014
  - SANZ CABALLERO, Susana, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su Respuesta al Reto de la Transexualidad: Historia de un Cambio de Criterio. American University International Law Review 29 no. 4, 2014
- SOBERANES FERNANDEZ, José, Pasado, Presente y Futuro, Universidad Nacional de Educación a Distancia 1ed. Mexico 2004

- Informe anual sobre Derechos Humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2013-2014

### **a.3.) Jurisprudencia Supranacional**

- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, Sentencia de 24 de Febrero de 2012
- TEDH. Caso Goodwin v. Reino Unido e I. v. Reino Unido, Demanda No. 28957/95
- TEDH. Caso Van Oosterwijck v. Bélgica, Demanda No. 7654/76, Corte E.D.H. (1980)
- TEDH. Rees v. Reino Unido, Demanda No. 9532/81, 9 Corte E.D.H. 56 (1986)
- TEDH. Cossey v. Reino Unido, Demanda No. 10843/84, Corte E.D.H. (1990)
- Comisión IDH, Informe 4/01, Maria Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001
- Comisión IDH Informe No. 38/96, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 098 del 96.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 21/11/2006, fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia"
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, fallo en causa C.86.197, "C..H.C..Cambio de Nombre" de 21/03/2007. Voto del Juez Dr. De Lázari

### **a.4.) Fuentes web:**

- BIDART CAMPOS, German. "El sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?" <<http://www.lexisnexis.com.ar/>> consultado el 25 de Marzo de 2015
- <<<https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/04/11/si-se-puede-desaplicar-jurisprudencia-considerada-inconvencional/>>> consultado el 25 de Marzo de 2015
- <<<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>>> consultado el 25 de Marzo de 2015

- <<[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14\\_Saldivia\\_Sp\\_final.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14_Saldivia_Sp_final.pdf)>>
- << <http://www.portalsida.org/repos/informetlgb2012.pdf>>>
- <<<http://www.corteidh.org>>>
  
- <<<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#>>>



**IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO 2015**

O	2015-2016											
	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SET	OCT	NOV	DIC	ENE	FEB	MAR
Preparación del Proyecto	X											
Aprobación del proyecto	XXXXX											
Recolección de la información			XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX									
Preparación del Borrador							XXXXXXX					
Conclusiones y sugerencias								XX				
Presentación final del informe									XXXXXX			

#### IV. ANEXOS

### INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

#### ANEXO 1

#### FICHA BIBLIOGRÁFICA (A)

Nº: \_\_\_\_\_

NOMBRE DEL AUTOR :

TÍTULO DEL LIBRO :

EDITORIAL, LUGAR, AÑO:

FUENTE:

APORTE:

**ANEXO 2**  
**FICHA BIBLIOGRÁFICA (B)**

**Nº:** \_\_\_\_\_

**PÁGINA WEB:**

**TITULO Y MARCADOR:**

**PAIS:**



**ANEXO3**  
**FICHA TEXTUAL**

**Nº:**\_\_\_\_

**INDICADOR :**

**TÍTULO:**

**NOMBRE DEL AUTOR:**

**CITA:**



## ANEXO 4

### FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA (1) : JURISPRUDENCIA NACIONAL Y SUPRANACIONAL

**NOMBRE DEL CASO:**

**AÑO:**

**DATOS RELEVANTES:**

- Partes procesales:
- Fecha de la causa:
- Pretensión procesal o derecho conculcado:
- Resumen de los argumentos:

**PUNTOS RESOLUTIVOS**

- Decisión de la causa: