

MATERIA : PROCESO DE AMPARO
ESPECIALISTA : SANCHEZ VALENZUELA TANIA JULIA
DEMANDADO : REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL (RENIEC), Y SU PROCURADURIA
ESSALUD
PROCURADURIA PUBLICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
DEMANDANTE : S.Y.H.M

Preliminarmente es de señalar que a partir del 16 de marzo del 2020 mediante el DS N° 044-2020-PCM se declaró el Estado de Emergencia Nacional y el aislamiento social obligatorio (cuarentena) en nuestro país, la misma que ha sido ampliada progresivamente hasta el 30 de junio del presente año, ello debido a la pandemia "Covid-19", y con ello la suspensión de las labores en el Poder Judicial. Posteriormente, debido a las directivas y normas emitidas por nuestra institución, se ha implementado el trabajo remoto voluntario en los diversos órganos jurisdiccionales. Asimismo, corresponde indicar que, a partir del 01 de julio del presente año, el trabajo remoto ha pasado de voluntario a ser obligatorio, así como la reanudación de labores presenciales, las cuáles se realizan por grupos de asistencia, es de esta forma que con la autorización de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, por mandato del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se autorizó a los magistrados el recojo de los expedientes para emitir decisión mediante TRABAJO REMOTO:

SENTENCIA

Resolución N° 12

Lima, 30 de julio del 2020.

VISTO

Resulta de autos que por escrito de fecha 31 de mayo de 2018, de fojas 23/71, **S.Y.H.M¹**, en vía de proceso de garantía, interpone proceso de amparo contra el **REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL (RENIEC)** y su **PROCURADURIA; MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SILLAPATA HUÁNUCO, RED DE SALUD DE SAN MIGUEL, UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN MARCOS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR (SUNEDU) Y SU PROCURADURIA; ESSALUD; Y, PROCURADURIA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO²**, con el objeto que:

- **PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL³**: Se ordene al RENIEC y a la Municipalidad Distrital de Sillapata-Huánuco, que procedan a realizar el cambio de sexo y prenombrados consignados en sus documentos nacionales de identidad, tales como el acta de nacimiento y documento nacional de identidad, debiendo quedar de la siguiente manera:

- i. En el acápite correspondiente a los prenombrados: "EIDAN KALETB".
- ii. En el acápite correspondiente a sexo: "MASCULINO".
- iii. No debiendo constar las modificaciones y causas en las anotaciones de los documentos modificados.

- a. **PRETENSION ACCESORIA 1**: Se ordene a la Unidad Ejecutora 407-Red de Salud San Miguel, órgano descentralizado de la Dirección Regional de Salud de Ayacucho, que modifique los datos del demandante en la Resolución Directoral N°212-2017-GRA/GRDS-DIRESA-UERSAMI-DE de fecha 28 de noviembre del 2017, mediante la cual pasa a ser personal nombrado en el cargo de obstetra para el establecimiento P.S. Mollebamba, así como en todos los registros de su competencia, a fin de que los datos allí consignados guarden concordancia con los cambios efectuados, no debiendo constar las modificaciones y las causas, como anotaciones en dichos documentos.
- b. **PRETENSION ACCESORIA 2**: Se ordene a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, corrija los datos del recurrente en el título universitario de la carrera de obstetricia, de fecha 25 de marzo del 2010 (autorizado mediante R.R. N°01327-R-10 de fecha 23 de marzo del 2010, en el título que otorga el grado de bachiller, así como en todos los registros de su competencia, en donde se encuentren consignados

¹ Esta judicatura considera reservar el nombre del recurrente, sustituyéndolo por las siglas S.Y.H.M, esto en salvaguarda de su derecho a la identidad atendiendo a la particularidad del caso concreto.

² Como consecuencia de lo resuelto mediante la resolución N°01 de fecha 13 de junio del 2018, el proceso se entiende ahora únicamente dirigido contra la RENIEC y su Procurador Público, Essalud, y el Procurador Público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

³ Esta pretensión con sus respectivas pretensiones accesorias fue declarada improcedente liminarmente, mediante la resolución N°01 de fecha 13 de junio del 2018, por lo que no será objeto de pronunciamiento en la presente sentencia. Asimismo, habiéndose rechazado dicha pretensión esta Judicatura advirtió que no existía pretensión alguna que se encontrase dirigida contra las siguientes entidades:

- Unidad Ejecutora 407-Red de Salud San Miguel;
- Universidad Nacional Mayor de San Marcos;
- Municipalidad Distrital de Sillapata-Huánuco;
- Superintendencia Nacional de Educación Superior y su Procuraduría Pública.
- Precisándose que los mismos no fueron emplazados con la admisión a trámite parcial de la demanda planteada.

los prenombrados y/o sexo del demandante, a fin de que los datos allí recogidos guarden concordancia con los cambios efectuados. Asimismo, de acuerdo a lo anterior, se ordene a la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (en adelante SUNEDU), que corrija los datos en todos los registros de su competencia, no debiendo constar las modificaciones y las causas, como anotaciones en dichos documentos.

- **SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:** Se declare el estado de cosas inconstitucional en el caso del derecho a la identidad, integridad psicológica y vida privada de las personas intersex, en virtud de la arbitraria asignación legal y social del sexo que tempranamente se les realiza, esto es, al momento del nacimiento y al registro del mismo, debiendo entenderse los anteriores derechos en el marco de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación.
 - a. **PRETENSION ACCESORIA 1:** Se ordene al RENIEC eliminar la categoría sexo de los Documentos Nacionales de Identidad, debiendo para ello modificar su Reglamento de Inscripciones.
 - b. **PRETENSION ACCESORIA 2:** Se ordene al RENIEC dejar sin efecto el actual formulario de Certificado de Nacido Vivo aprobado mediante la Resolución Gerencial N°001-2012-GOR/RENIEC de fecha 24 de febrero del 2012 y, en consecuencia, se disponga la aprobación de un nuevo formulario en que se prescinda de la categoría sexo.
- **TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:** Se declare el estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres y el sexo en los documentos nacionales de identidad de las personas trans y de las personas intersexuales por constituirse violación sistemática al derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad y personalidad jurídica, derecho a la dignidad; inobservándose así los estándares establecidos por la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, de fecha 24 de noviembre del 2017.
 - a. **PRETENSION ACCESORIA 1:** Se ordene a RENIEC prever y regular un procedimiento administrativo de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la CIDH, a fin de que las personas interesadas en cambiar sus prenombrados y sexo puedan hacerlo de manera expedita y en forma gratuita. Dicho procedimiento debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante y sin que deba acreditarse operación quirúrgica y hormonal alguna, diagnósticos médicos y/u opiniones médicas o psicológicas, debiendo para ello modificarse el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de RENIEC, aprobada mediante la Resolución Jefatural N°156-2017-JNAC/RENIEC, a fin de incluir lo pertinente a la tramitación de estas solicitudes.
- **CUARTA PRETENSION PRINCIPAL:** Se declare el estado de cosas inconstitucional, sobre la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte del Seguro Social de Salud (en adelante ESSALUD) de las personas intersex, debido a que el diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de Essalud y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRES) supedita la atención en salud al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas.
 - a. **PRETENSION ACCESORIA 1:** Se ordene a ESSALUD elaborar lineamientos de atención en salud libres de discriminación de personas intersex, dirigido a personal de salud y administrativo, con el objetivo de regular los estándares de atención de calidad y no discriminación, en el marco de derechos humanos, de estas personas en atención a sus necesidades médicas.
 - b. **PRETENSION ACCESORIA 2:** Se ordene a ESSALUD dejar sin efecto el software del Sistema de gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRES) de ESSALUD y vinculadas a ella, que actualmente rige todas las prestaciones de salud.
 - c. **PRETENSION ACCESORIA 3:** Se ordene a ESSALUD la creación e implementación, en el más breve plazo, de un nuevo software que no supedita ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo, como ocurrió en el presente caso, debiendo el mismo, obviar la categoría "sexo", por no ser relevante para garantizar la atención en salud.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. DEMANDA

Señala básicamente, que:

- a. Refiere haber nacido el 08 de febrero de 1981, en el distrito de Sillapata en el departamento de Huánuco, habiendo sido asistida su madre por una joven, quien determinó que se trataba de una niña, razón por la cual fue registrado con el nombre de S.Y., asignándosele el sexo femenino, tal como se desprende del contenido de su acta de nacimiento, siendo así tratada toda su niñez y adolescencia como una persona del sexo femenino, a pesar de la resistencia del demandante, quien nunca se sintió identificado con la forma en que debía vestirse y comportarse; es decir, con la identidad, expresión de género y

sexo asignado al nacer, generándole más bien aversión al tener que desempeñar roles tradicionalmente asignados al sexo femenino.

- b. Sostiene que, la diferencia más notoria, y advertida tempranamente por el demandante, fue su propio cuerpo, el cual, de acuerdo a lo aprendido en el colegio, no se ajustaba a la morfología de un cuerpo femenino, ya que conforme se iba desarrollando, notaba que sus genitales paulatinamente se iban apartando de la apariencia de una vulva, asemejándose a la forma de un pene. Alega haber rechazado la identidad de género impuesta desde su niñez, habiéndose sentido siempre como una persona del sexo masculino.
- c. Indica que, al iniciar su vida universitaria en la ciudad de Lima, comenzó a ajustar su expresión de género a como él se auto percibía, es decir, como un hombre, dejando de lado la apariencia femenina que durante toda su vida le había sido impuesta, y que le causaba tanta angustia y humillación, haciéndose llamar “EIDAN KALETB”, nombre con el cual se presentaba, y con el cual comenzaron a conocerlo en su nuevo entorno, dejando así de lado todas las represiones de las cuales habría sido víctima durante mucho tiempo.
- d. Alega que, no obstante, lo antes expuesto, el demandante siempre se mantuvo en la incertidumbre con respecto de su identidad, puesto que, de acuerdo con el sexo asignado al nacer, esto es femenino, y dada su identidad de género y expresión de género, transitó por varias identidades al explorarse a sí mismo, creyendo en algún momento ser lesbiana, y posteriormente ser un hombre trans.
- e. Posteriormente, alega que, de acuerdo con los conocimientos ganados como parte de su carrera universitaria de obstetricia, y con el objeto de hallar una explicación a lo que ocurría, con fecha 05 de julio del 2017, se sometió a un examen de cariotipo, el cual arrojó como resultado lo siguiente: “cariotipo 46, XY(10)”, lo cual, de acuerdo con dicho examen significaba que en las metafases estudiadas se habrían observado 46 cromosomas, de distribución masculina, llegando así a la conclusión de que la asignación del sexo femenino asignada al nacer, habría sido totalmente arbitraria dada su diversidad corporal, lo cual le hacía imposible clasificarlo como hombre o mujer. Sostiene que dicha situación estuvo relacionada a que habría nacido con lo que médicamente se le conoce como “hipospadia”, por lo cual, sus genitales difieren en aspecto a los estándares esperados, el no descenso de sus gónadas (criptorquidea) y las creencias de la existencia única de dos expresiones corporales (femenino y masculino), llevaron a la partera y al sistema público a asignarle el sexo femenino al recién nacer.
- f. Sostiene que, a las personas intersex, se les asigna social y legalmente el sexo femenino o masculino en base a las percepciones externas que las personas tengan en los genitales de la persona recién nacida, por lo que, en caso de estas personas, a pesar que los doctores podrían tomar en cuenta factores biológicos, frecuentemente la asignación sexual al nacer sería el resultado de consideraciones externas.
- g. Precisa que, la asignación legal, social del sexo femenino y los prenombrados como S.Y. en sus documentos de identidad, han sometido al demandante a diversas formas de maltrato y discriminación en su vida cotidiana, puesto que la expresión de su género no se condice al sexo asignado y que obra en su DNI.
- h. Indica que, en su etapa universitaria, era llamado por el sexo impuesto al nacer, lo cual lo disuade de seguir alguna especialidad o postgrado pues para él resultaría totalmente humillante, precisando que, en su título de bachiller y universitario, figuraría como una persona del sexo femenino, situación la cual repercute en los distintos aspectos de su vida cotidiana, configurándose así una vulneración sistemática de sus derechos constitucionales.
- i. Reitera que, la asignación legal y social del sexo realizada de forma temprana en caso de personas intersex constituye una vulneración sistemática y estructural de sus derechos fundamentales en diversos ámbitos, situación la cual está agravada por el hecho que en el Perú el cambio de los prenombrados y el sexo (junto con la identidad de género impuesta que se desprende de dichos datos), es un proceso sumamente difícil y el cual debe ser necesariamente judicializado. En base a ello, indica que la situación en la que se encuentra no sería única y exclusivamente de su persona, sino que existen muchos ciudadanos que tienen la condición de intersex, motivo por el cual es necesario buscar herramientas para combatirla, siendo una de ellas la declaración del estado de cosas inconstitucional generada al momento de la asignación legal y social del sexo que tempranamente se les realiza, esto es, al momento del nacimiento y al registro del mismo.
- j. En base a lo indicado en el sub literal precedente, sostiene que es necesario garantizar los derechos de dicho grupo de personas intersex, eliminándose así la categoría “sexo” de los documentos nacionales de identidad, debiendo para ello modificar su Reglamento de Inscripciones, así como el formato del Certificado de Nacido Vivo que sirve como base para la inscripción del recién nacido, dejándose sin efecto el formato actual de dicho certificado aprobado mediante Resolución Gerencial N°001-2012/GOR-RENIEC de fecha 24 de febrero del 2012; y, en consecuencia, disponerse la aprobación de un nuevo formato en el que se prescindiera de la categoría sexo. Para ello, indica que debe tomarse en cuenta la imposibilidad de determinar el sexo al momento del nacimiento para el caso de personas intersex, todo ello a fin de no coartar la identidad o vida privada de tales personas, ni hacerlas prestas a situaciones de discriminación y exclusión al verse entrapadas en un sistema donde necesariamente las personas y los cuerpos deben encajar en la división binaria hombre-mujer.
- k. Por otro lado, agrega que en el Perú no existe un procedimiento administrativo o notarial que permita acceder a las personas interesadas a un cambio de prenombrados y/o sexo de manera célere, ya que, por el contrario, necesariamente, este tipo de pretensiones debe judicializarse, siendo que al interior de dicho proceso, en muchas ocasiones debe adjuntarse certificados médicos patologizantes sobre la salud mental del solicitante, o acreditar el sometimiento a intervenciones quirúrgicas y/o

hormonales, las cuales en muchos casos incluye la mutilación de genitales, entre otros tantos medios probatorios, perpetuándose así, y en ciertos casos deviniendo en irreparables, la merma de sus derechos fundamentales.

- l. En ese sentido, considera indispensable la declaración del estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres y el sexo en los documentos nacionales de identidad de las personas trans y de las personas intersexuales por constituir una violación sistemática al derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la identidad y personalidad jurídica, y derecho a la dignidad; precisando que la situación descrita constituye una vulneración a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva 24/17 de fecha 24 de noviembre del 2017, la cual resulta ser vinculante para el Estado Peruano.
- m. Asimismo, y como consecuencia de la declaración del Estado de Cosas Inconstitucionales, el RENIEC deberá prever y regular un procedimiento administrativo de acuerdo con los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la Corte Interamericana, esto a fin de que las personas interesadas en cambiar sus prenombrados y sexo puedan hacerlo de forma rápida y gratuita, debiendo estar basado dicho procedimiento únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, y sin que deba acreditarse operación quirúrgica u hormonal alguna, diagnósticos médicos y/u opiniones médicas o psicológicas, debiendo para ello modificarse el TUPA del RENIEC aprobado mediante la Resolución Jefatural N°156-2017-JNAC/RENIEC, a fin de incluir lo pertinente a la tramitación de estas solicitudes.
- n. Agrega que, la asignación arbitraria del sexo ha significado un serio obstáculo para el demandante en su acceso a servicios tan básicos como los de salud en su calidad de asegurado, señalando a manera de ejemplo que cuando acudió al Hospital Aurelio Díaz Ufano, al figurar en el sistema de acreditaciones de ESSALUD como una persona del sexo femenino, le fue imposible registrar su diagnóstico presuntivo "por no corresponder al sexo registrado del paciente". Asimismo, indica que se le privó de acceder a los exámenes complementarios requeridos y atenciones especializadas a pesar de los dolores agudos que presentaba y el riesgo de cáncer testicular, ya que, de acuerdo con la programación del software del sistema de gestión hospitalaria vigente en dicho hospital, y en todos los que pertenecen a ESSALUD, aquellos requerimientos estaban autorizados solo para personas del sexo masculino.
- o. En base a las circunstancias mencionadas, indica que solicitó la intervención de SUSALUD (expediente N°07929-2017), quien finalmente en el Informe N°03552-2017/IPROT de fecha 21 de diciembre del 2017, reconoció que: "dado la programación del software del Sistema de Gestión Hospitalaria de la IPRESS, este no pudo acceder a ciertos exámenes de ayuda al diagnóstico por incompatibilidad entre la acreditación y el sexo registrado en el DNI y el diagnóstico médico". Asimismo, indica que, dicha circunstancia se evidencia de la Carta N°1321DHADUY-GRDA-ESSALUD-2017 de fecha 20 de noviembre del 2017, en el cual Yvonne Chávez Pino - Directora del Hospital Aurelio Díaz Ufano, dió respuesta a la información solicitada por la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas, relativa a la alegada negativa a la atención en salud, entre otras cosas. Es así, que dicha respuesta incluye los descargos del médico urólogo Jaime Manyari Villavicencio quien atendió al demandante con fecha 22 de agosto del 2017, indicando en sus descargos que: "(...) al momento de querer consignar en el Sistema de red de Gestión el diagnóstico presuntivo y los exámenes indicados, estos fueron rechazados (por el referido sistema), toda vez que los exámenes requeridos y el diagnóstico presuntivo no correspondían al sexo del paciente."
- p. Sostiene que, de esta manera el médico urólogo que lo atendió señaló que no hubo negativa de atención por su parte, sino que el diagnóstico presuntivo, y, por ende, los exámenes de apoyo al diagnóstico no podían ser registrados, exclusivamente, por la configuración del referido software. Agrega que, a partir del problema del ingreso a los datos del demandante por la configuración del software, el médico indicó en su descargo que: "Por ese motivo y con el fin de continuar con la atención y ofrecer una solución a los hechos descritos es que invitó al paciente a la jefatura médico-quirúrgica para que pueda exponer su malestar y lograr una solución ante la negativa de registro del software descrito, a lo cual paciente aceptó ya que fue de forma voluntaria". De todo ello, el demandante afirma que tuvo que someterse a dicha situación humillante a fin de lograr una solución que permitiera acceder a los servicios de salud como a cualquier otra persona.
- q. Alega que, si bien es cierto fue derivado al Hospital Almenara en la especialidad de urología, lo cierto es que aún no se han tomado las medidas definitivas que garanticen el acceso a los servicios de salud al demandante, y a otras personas que pueden encontrarse en la misma situación, desprendiéndose ello de la comunicación electrónica remitida por el Subgerente de Operaciones de Red de Salud Red Desconcentrada Almenara de fecha 08 de marzo del 2018, dirigida a la Intendencia de Protección de derechos en Salud, en la cual, se refiere a las medidas adoptadas a fin de que el demandante acceda a la atención en salud. Así, se señaló que: "Se ha dado indicaciones a la Dirección del Hospital Díaz Ufano que adopte los mecanismos necesarios en la atención del señor Huerto Machado, que cuando acceda a las instalaciones del Hospital Aurelio Díaz Ufano, sea atendido por la Oficina de Atención al Asegurado, a fin de viabilizar sus atenciones en tanto dure el proceso de cambio de sexo en su DNI".
- r. Afirma que, como se puede observar, se habrían adoptado medidas de carácter provisorias y que están circunscritas al Hospital Almenara y no cualquier establecimiento de salud del Seguro Social, puesto que se señala "en tanto dure el proceso de cambio de sexo en su DNI"; asimismo, indica que no se trata de medidas generales, sino más bien, circunscritas al Hospital Aurelio Díaz Ufano, y que nada tienen que ver con el software al que ha hecho referencia, aun cuando situaciones similares pueden replicarse en los distintos hospitales que pertenecen a ESSALUD, sobre todo cuando el actor trabaja en distintos lugares del Perú.

- s. En base a todo ello, solicita la declaración del estado de cosas inconstitucional, debido a la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte de ESSALUD, al cual son sometidas las personas intersex debido a que sus cuerpos, y por ende, sus necesidades médicas, no encajan entre lo que tradicionalmente se entiende como "femenino" o "masculino", limitación generada como consecuencia del diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de ESSALUD, y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRRES) que supedita la atención en salud al sexo legal asignado en los documentos y no a las necesidades en salud de las personas; en consecuencia, se ordene a ESSALUD a elaborar lineamientos de atención en salud libres de discriminación de personas intersex, dirigido a personal de salud y administrativo, con el objeto de regular los estándares de atención de calidad y no discriminación, en el marco de derechos humanos de estas personas en la atención de sus necesidades médicas, debiéndose además dejar sin efecto el software del Sistema de gestión Hospitalaria de las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) de Essalud y vinculadas a ella, que actualmente rige todas las prestaciones de salud, y crear e implementar, en el más breve plazo, un nuevo software que no supedita ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados a un determinado sexo, debiendo obviarse la categoría "sexo" por no ser relevante para garantizar la atención médica.

2. ADMISORIO DE LA DEMANDA

Mediante resolución N°01 de fecha 13 de julio del 2018, se resolvió admitir a trámite parcialmente la presente demanda, rechazándose únicamente la primera pretensión principal de la demanda con sus respectivas pretensiones accesorias, corriéndose así traslado únicamente al RENIEC y su Procurador Público, al **Ministerio de Salud** y la Procuraduría Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

3. TRÁMITE DE EMPLAZAMIENTO

SOBRE EL MINISTERIO DE SALUD

- a. Mediante escrito de fecha 13 de julio del 2018, el Procurador Público del Ministerio de Salud devolvió la cédula de notificación bajo el argumento que no serían parte del proceso al no haber sido demandado, ejerciendo únicamente la defensa del Ministerio de Salud y de sus órganos desconcentrados, mas no del Seguro Social de Salud- ESSALUD, el cual está adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- b. Como consecuencia de ello, mediante resolución N°03 de fecha 18 de setiembre del 2018, esta Judicatura dispuso el debido emplazamiento a ESSALUD.

SOBRE EL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

- a. Con fecha 19 de julio del 2018, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se apersonó al proceso y solicitó la extromisión del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando que si bien es cierto ESSALUD es una entidad adscrita al sector trabajo, no estaría adscrita al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, no ejerciendo la Procuraduría Pública del MTPE su defensa en procesos judiciales iniciados en su contra, esto al no existir relación entre lo demandado y las responsabilidades administrativas y/o económicas del MTPE.
- b. Asimismo, indica que ESSALUD fue creada mediante la Ley N°27056, como organismo autónomo con personería jurídica propia, contando así con una Oficina Central de Asesoría Jurídica de ESSALUD, quien se encarga a nivel nacional de la defensa jurídica de ESSALUD, no contando su entidad con ningún antecedente judicial para poder ejercer su derecho de defensa, precisando que el MTPE no representa a ESSALUD, por lo que su Procuraduría Pública debe ser excluida del proceso.
- c. Como consecuencia de ello, mediante resolución N°03 de fecha 18 de setiembre del 2018, esta Judicatura dispuso correr traslado a la parte demandante del pedido de extromisión formulado.

SOBRE EL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL - RENIEC: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

- a. Mediante escrito de fecha 17 de julio del 2018, la Procuradora Pública del RENIEC se apersonó al proceso precisando que únicamente está contestando la demanda en lo referido a las pretensiones segunda y tercera, esto en vista que estas son las dirigidas contra su representada.
- b. Señala que se estarían pretendiendo que su representada elimine la categoría "sexo" de los documentos de identidad, modificando para ello el Reglamento de Inscripciones y el Certificado de Nacido Vivo a fin de no consignar la categoría sexo, siendo que en la práctica dicha pretensión requiere que se inaplique una norma legal contenida en el artículo 32° de la Ley Orgánica del RENIEC, en cuyo literal d) establece que en los DNI se debe consignar la categoría sexo de los ciudadanos, por lo que los reglamentos a los que alude la demandante se limitan a regular aquellas categorías de información que están expresamente contenidas dentro de una norma legal que no ha sido declarada inconstitucional, y por ende la vía adecuada para este tipo de pretensiones es la vía del proceso de inconstitucionalidad, y no la vía del amparo.
- c. Ahora bien, respecto del Certificado de Nacido Vivo, indica que en su expedición interviene el Ministerio de Salud, esto conforme la directiva aprobada mediante Resolución Ministerial N°148-2012-MINSA, la cual, vela por la incidencia médica del acto de nacimiento; asimismo, indica que también participa el Instituto Nacional de Estadística e Informática

que determina la información que requiere para la toma de datos necesarios para la elaboración de estadísticas que permitan la formulación de Políticas Públicas a todos los Sectores del Gobierno Nacional; y también participa el RENIEC el cual es la entidad encargada del Registro de los Datos de Identidad de los nacidos y, por ende, han sido estas tres instancias las que en aplicación de la Ley antes referida, las que han acordado como dato básico de identificación la consignación del sexo del recién nacido según la evaluación que efectúa el profesional de salud que asiste en el nacimiento; sin embargo, precisa que ello no sería impedimento para que de presentarse circunstancias excepcionales como la del accionante, no proceda la rectificación de los datos inicialmente consignados siendo que estos procedimientos en la generalidad de los casos son detectados a edad temprana y no como en el presente caso, lo que permite disminuir las consecuencias en el desarrollo de la persona; sin perjuicio de lo cual no se puede pretender que se desconozca la toma de dicha información por la razón expuesta en la demanda.

- d. Finalmente, respecto a la pretensión referida a que se implemente el procedimiento que permita el cambio de sexo en sede administrativa, indica que, el legislador ha establecido que solo se puede modificar y/o rectificar los datos consignados en sus partidas del estado civil mediante un procedimiento ante la autoridad jurisdiccional, y no administrativa, estando ello contemplado tanto en el artículo 29° del Código Civil, como también en el artículo 826° del Código Procesal Civil, debiendo sumarse a esto que en la STC N°6040-2015, se estableció que la vía para el cambio de sexo es el proceso judicial en caso de disforia de género. En base a ello, indica que no resulta procedente la exigencia de que su representada modifique su TUPA tan solo para regular en sede administrativa los cambios o rectificaciones que el legislador ha señalado que sean efectuados en sede judicial.

SOBRE ESSALUD: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

- a. Con fecha 26 de noviembre del 2018, el Seguro Social de Salud-ESSALUD, se apersonó al proceso y contestó la demanda indicando que su escrito estaba dirigido únicamente a dar respuesta a la cuarta pretensión principal planteada en la demanda.
- b. Indica que, ESSALUD, para la realización de los datos de sus asegurados diferenciándolos en sexo y otros parámetros, se basa exclusivamente en la información consignada en el Documento Nacional de Identidad, cuyo contenido se encuentra establecido en el artículo 32° de la Ley Orgánica del RENIEC.
- c. Con base a ello, indica que ESSALUD no puede realizar ningún tipo de cambio en su software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) de ESSALUD y vinculadas a ella, ni mucho menos obviar la categoría "sexo", toda vez que dicho dato es indispensable para la identificación y necesidades de sus asegurados, basándose exclusivamente en el Documento Nacional de Identidad, siendo que dicho documento constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos civiles, administrativos, y en general.
- d. Agrega que ESSALUD procura un trato personalizado para cada una de las necesidades de sus asegurados, siendo importante recalcar que la evaluación médica que se imparte no se realiza en base a cómo se identifique, sienta o crea la persona, sino que estrictamente en su naturaleza desde la concepción, puesto que es menester para las evaluaciones o posibles tratamientos realizar observaciones de acuerdo a su genética y así poder diagnosticar de manera correcta y evitar cualquier tipo de causa sobrevenida. Sin embargo, ello no implica discriminación alguna, sino un trato medicinal conforme su naturaleza, ya que todo ciudadano tiene derecho a la protección de su salud; asimismo, indica que supervisa su aplicación para facilitar el acceso equitativo a los servicios de salud.

4. SANEAMIENTO PROCESAL E INFORME ORAL

- a. Mediante resolución N°5 de fecha 17 de mayo del 2019, se resolvió declarar la extromisión del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; asimismo, no habiéndose deducido excepciones ni defensas previas por parte de ninguno de los codemandados, y dando cuenta al pedido de informe oral de fecha 13 de marzo del 2019, esta Judicatura resolvió conceder uso de la palabra a las partes para el 14 de junio del 2019.
- b. Posteriormente, mediante resolución N°08 de fecha 13 de junio del 2019, se resolvió reprogramar la fecha del informe oral para el 05 de julio del 2019; sin embargo, atendiendo al pedido de reprogramación de informe oral de fecha 18 de junio del 2019, mediante resolución N°09 de fecha 24 de junio del 2019, esta Judicatura dispuso reprogramar el informe oral para el 19 de julio del 2019, llevándose a cabo el mencionado informe oral en dicha fecha conforme consta del acta de asistencia de informe oral de fojas 242, quedando así los autos expeditos para sentenciar.

5. FORMULACIÓN DE ALEGATOS ADICIONALES POR LA PARTE DEMANDANTE

- a. Con fecha 14 de agosto del 2019, la demandante formuló alegatos adicionales, indicando ser una persona *intersex*, esto es, una persona a la cual se le asignó el sexo femenino, pese a que, en su desarrollo físico, su anatomía reveló caracteres masculinos, sumándose a ello que en su adultez se realizó un examen de *prueba de cariotipo* el cual reveló su constitución genética 46XY, es decir, el demandante resulta ser del sexo masculino a nivel cromosómico.
- b. Sostiene que, conforme la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en adelante OACDH, de las Naciones Unidas -ONU, *intersex* es el término que se utiliza para describir una amplia gama de variaciones naturales del cuerpo, siendo que en algunos casos los rasgos intersex son visibles al nacer, mientras que en otros no se manifiestan

hasta la pubertad e incluso algunas variaciones cromosómicas de las personas intersex pueden no ser visibles en absoluto.

- c. Agrega que, el OACDH también ha explicado que las personas **intersex** nacen con caracteres sexuales (genitales, gónadas o cromosomas) que no corresponden a las típicas nociones binarias sobre cuerpos masculinos o femeninos. Precizando que el sistema de clasificación por sexo es binario, en vista que, solo admite la existencia de dos sexos que son supuestamente distintos, absolutos y excluyentes entre sí: masculino y femenino; sin embargo, como se evidencia en la demanda ello no sería cierto puesto que de forma natural se presentan variaciones que actualmente el sistema no toma en cuenta.
- d. Asimismo, indica que la CIDH ha explicado que **intersex** es un término paraguas que abarca la diversidad corporal, entendida como la amplia gama de presentaciones del cuerpo que varían del "cuerpo estándar" y que van más allá de las concepciones culturales de cómo deben ser los cuerpos femeninos y masculinos. En este punto, indica que la CIDH recogió información de que por lo menos treinta o cuarenta presentaciones corporales intersex son conocidas por la ciencia, así como que la mayoría de características **intersex** no son patológicas, sino que implican variaciones saludables de los cuerpos humanos.
- e. Sostiene que, no obstante la realidad de existencia de personas **intersex**, la persistencia social, jurídica y científica de la concepción clásica binaria de cuerpos solo masculinos o femeninos ha generado la práctica de someter a niñas/os intersex a procedimientos para adecuar su aspectos en dicha concepción, los que se suelen practicar sin consentimientos de la persona concernida y pueden ser irreversibles, producir esterilidad, dolor, incontinencia, pérdida de la sensibilidad sexual y sufrimientos mentales, esto conforme lo advertido por Naciones Unidas.
- f. Precisa que, el demandante se sometió a un examen de cariotipo por la necesidad que tenía de esclarecer su identidad frente a la asignación arbitraria del sexo femenino ocurrida en el momento de su nacimiento, precisando que cariotipo es el conjunto de los pares de cromosomas de una célula, de forma, tamaño y número característicos de una especie, por lo que dicho examen médico examina el tamaño, forma y número de los cromosomas, esto conforme lo sostenido por el Instituto Nacional de Salud de Estados Unidos; arrojando en el caso del demandante, que tiene una constitución genética del sexo masculino, lo cual pone en evidencia la arbitrariedad al momento de consignar su sexo como femenino.
- g. Indica que, la situación de las personas **intersex** ha sido objeto de tratamiento en países del extranjero. Así, por ejemplo, indica que en Australia se cuenta con lineamientos para el reconocimiento del sexo y el género de las personas según las cuales, cuando es necesario recoger información sobre el sexo o el género de las personas, debe otorgarse 3 alternativas: i) M (masculino); ii) F (femenino); o iii) X (indeterminado/intersex/no especificado); asimismo, en Alemania y Nueva Zelanda indica que se permite que en sus partidas de nacimiento se indique que el sexo de un recién nacido es "indeterminado"; y finalmente, en Nepal y la India, indica que por decisiones de sus respectivas Cortes Supremas, se reconoce un tercer género que no es femenino ni masculino.
- h. Agrega que, en algunos países asiáticos y europeos, y algunas jurisdicciones de Estados Unidos y Australia, solo permiten cambios en el marcador "sexo" en los documentos de identidad únicamente después de que las personas atraviesen procedimientos quirúrgicos. Así, por ejemplo, indica que en el Reino Unido las personas solo pueden cambiarse de sexo una vez que han sido diagnosticadas con disforia de género; sin embargo, todos estos procedimientos exigen cirugías o diagnósticos de "disforia de género", que no pueden aplicarse a las personas intersex, puesto que sus características no son siempre evidentes al nacer, ni son patológicas, sino que son variaciones naturales y saludables de los cuerpos humanos, situación la cual pone en evidencia la necesidad de que exista un modelo legal que se adecúe a las necesidades de la ciudadanía en general, pero que también respete y garantice los derechos de las personas intersex.
- i. Precisa que, de acuerdo con estimaciones de la OACDH de la ONU, las personas intersex son entre el 0,05% y el 1.7% de las/os nacidas/os vivas/os, por lo que, en el Perú habría un promedio de entre 15,000 a 510,000 personas intersex, por lo que al ser un grupo minoritario, está constitucionalmente ordenado que el contenido protegido de sus derechos fundamentales sirva de límite infranqueable a las medidas que pueda adoptar la mayoría en el proceso democrático de toma de decisiones, esto conforme lo sostenido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 66 de la STC N°00013-2009-PI/TC; es decir, el hecho que las personas **intersex** sean un grupo minoritario, ello no puede servir como justificación para mantener situaciones jurídicas que materialmente vulneren sus derechos fundamentales como la igualdad, siendo de obligatorio cumplimiento que el Estado adopte medidas que garanticen sus derechos en función a las circunstancias fácticas que les diferencien de la mayoría.
- j. En base a ello, indica que se vulnera el derecho a la igualdad puesto que existe la obligación legal del RENIEC de asignar un sexo determinado a las personas al momento de nacer, siendo ello un trato discriminatorio hacia las personas intersex, puesto que son tratadas de la misma forma de quienes no son intersex, pese a que se encuentran en una situación de hecho distinta por sus características corporales.
- k. Asimismo, alega vulneración al derecho a la identidad puesto que la sola expedición de un DNI a nivel nacional no resulta suficiente para garantizar el mencionado derecho fundamental y el reconocimiento de la personalidad jurídica, siendo necesario que los datos establecidos en dicho documento correspondan con la identidad de las personas, precisando que la Corte Interamericana ha establecido que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros, así como, en los documentos de identidad, traduciéndose ello en la existencia del

derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en los registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas, y si no hay correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas.

- l. En base a ello, indica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los Estados están en la obligación de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para que la información establecida en los registros públicos y documentos de identidad sean conformes con la identidad de género auto percibida, habiéndose establecido una serie de características las cuales deben ser previstas en el procedimiento que se debe implementar; sin embargo, dicho procedimiento no existe a la fecha.
- m. En esa misma línea, la parte demandante formula argumentos por los cuales considera que se vulnera su derecho a la integridad psíquica, el derecho a la vida privada y el derecho a la salud. Asimismo, indicó que resultaba necesaria la declaración del estado de cosas inconstitucional atendiendo al número aproximado de personas **intersex** a nivel nacional.
- n. Asimismo, alega que la Opinión Consultiva 24/17 es vinculante conforme lo establecido por la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuando establece que el contenido y el alcances de los derechos fundamentales debe ser interpretado de conformidad con la DUDH, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En esa misma línea, señala que el Tribunal Constitucional nacional ha establecido que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos, y que dicha vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso para aquellos casos en los cuales el Estado no es parte del proceso [Exp. N°00007-2007-PI/TC]. En esa línea, indica que el control de convencionalidad es la herramienta a través de la cual se pueden resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas que sean contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, otros tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, el *ius cogens* y la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana, esto conforme lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico N°5 de la STC N°04617-2012-PA/TC.
- o. En esa misma línea, indica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que conforme el control convencionalidad, el Poder Judicial no solo debe tener en cuenta el contenido del tratado internacional, sino también la interpretación que del mismo haya hecho la Corte Interamericana.
- p. Finalmente, indica que la Opinión Consultiva 24/17 fue expedida como consecuencia de la consulta formulada por Costa Rica; sin embargo, pese al contenido del pronunciamiento de la Corte Interamericana, ante la inacción de los poderes Ejecutivo y Legislativo de dicho país, un grupo de ciudadanos inició una acción judicial que culminó con una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de ese país ordenando la interpretación de la legislación interna en el sentido que se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en condiciones de igualdad; asimismo, indica que el Tribunal Supremo de elecciones de dicho país, encargado del registro civil, adecuó su normatividad a fin de permitir el cambio de datos en los registros de identidad, siguiendo para ello los estándares establecidos en la mencionada opinión consultiva.

6. MANDATO PARA SENTENCIAR

Habiéndose llevado a cabo el informe oral con fecha 19 de julio del 2019, los autos quedaron expeditos para sentenciar, por lo que esta Judicatura dada la alta complejidad del presente proceso, procede a emitir sentencia.

CONSIDERANDO

PRIMERO: OBJETO DEL PROCESO DE AMPARO

- 1.1. El proceso de amparo es un proceso constitucional previsto en el artículo 200 inciso 2) de la Constitución Política del Perú, el cual sostiene que procede el amparo, contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos constitucionales, con excepción de aquellos derechos que son protegidos por el habeas corpus y el habeas data.
- 1.2. **Asimismo**, el proceso constitucional de amparo tiene como finalidad esencial la protección efectiva de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, conforme se desprende del contenido del artículo 1° del Código Procesal Constitucional.
- 1.3. **Coincidiendo con la normativa nacional, el profesor Francisco José Eguiguren Praeli⁴, sostiene que:**
“El proceso constitucional de amparo está dirigido a tutelar derechos fundamentales distintos a los protegidos por el Habeas Corpus y el Habeas Data. Su finalidad es esencialmente restitutoria, la que consiste reponer las cosas al estado anterior existente antes de que se produjera la violación o amenaza del derecho constitucional.”

⁴ Francisco José Eguiguren Praeli (2005). “La Finalidad Restitutoria del Proceso Constitucional de Amparo y los Alcances de sus Sentencias”. Derecho & Sociedad Asociación Civil N°25, Pg.144. Recuperado de : http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy_sociedad/article/view/17018/17316.

SEGUNDO: SOBRE LA MATERIA PRETENDIDA Y CONTROVERTIDA

2.1. PRETENSIONES

- **PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL y sus pretensiones accesorias:** (La mencionada no será objeto de pronunciamiento al haber sido declarada improcedente mediante resolución N°01 de fecha 13 de junio del 2018, corriendo sus pretensiones accesorias la misma suerte).
- **SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:** Se declare el estado de cosas inconstitucional en el caso del derecho a la identidad, integridad psicológica y vida privada de las personas intersex, en virtud de la arbitraria asignación legal y social del sexo que tempranamente se les realiza, esto es, al momento del nacimiento y al registro del mismo, debiendo entenderse los anteriores derechos en el marco de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación.
 - a. **PRETENSION ACCESORIA 1:** Se ordene al RECNEC eliminar la categoría sexo de los Documentos Nacionales de Identidad, debiendo para ello modificar su Reglamento de Inscripciones,
 - b. **PRETENSION ACCESORIA 2:** Se ordene a RENIEC dejar sin efecto el actual formulario de Certificado de Nacido Vivo aprobado mediante la resolución Gerencial N°001-2012-GOR/RENIEC de fecha 24 de febrero del 2012, y en consecuencia, se disponga la aprobación de un nuevo formulario en que se prescinda de la categoría sexo.
- **TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:** Se declare el estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres y el sexo en los documentos nacionales de identidad de las personas trans y de las personas intersexuales por constituirse violación sistemática al derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad y personalidad jurídica, derecho a la dignidad; inobservándose así los estándares establecidos por la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, de fecha 24 de noviembre del 2017.
 - a. **PRETENSION ACCESORIA 1:** Se ordene a RENIEC prever y regular un procedimiento administrativo de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la CIDH, a fin de que las personas interesadas en cambiar sus pre nombres y sexo puedan hacerlo de manera expedita y en forma gratuita. Dicho procedimiento debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante y sin que deba acreditarse operación quirúrgica y hormonal alguna, diagnósticos médicos y/u opiniones médicas o psicológicas, debiendo para ello modificarse el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de RENIEC, aprobada mediante la Resolución Jefatural N°156-2017-JNAC/RENIEC, a fin de incluir lo pertinente a la tramitación de estas solicitudes.
- **CUARTA PRETENSION PRINCIPAL:** Se declare el estado de cosas inconstitucional, sobre la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte del Seguro Social de Salud (en adelante ESSALUD) de las personas intersex debido a que el diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de Essalud y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRRES) supedita la atención en salud al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas.
 - a. **PRETENSION ACCESORIA 1:** Se ordene a ESSALUD elaborar lineamientos de atención en salud libres de discriminación de personas intersex, dirigido a personal de salud y administrativo, con el objetivo de regular los estándares de atención de calidad y no discriminación, en el marco de derechos humanos, de estas personas en atención a sus necesidades médicas.
 - b. **PRETENSION ACCESORIA 2:** Se ordene a ESSALUD dejar sin efecto el software del Sistema de gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) de ESSALUD y vinculadas a ella, que actualmente rige todas las prestaciones de salud.
 - c. **PRETENSION ACCESORIA 3:** Se ordene a ESSALUD la creación e implementación, en el más breve plazo, de un nuevo software que no supedita ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo, como ocurrió en el presente caso, debiendo el mismo, obviar la categoría "sexo", por no ser relevante para garantizar la atención en salud.

2.2. ALEGACIÓN CONTRADICTORIA

- El RENIEC señala que se estarían pretendiendo que su representada elimine la categoría "sexo" de los documentos de identidad, modificando para ello el Reglamento de Inscripciones y el Certificado de Nacido Vivo a fin de no consignar la categoría sexo, siendo que en la práctica dicha pretensión requiere que se inaplique una norma legal contenida en el artículo 32° de la Ley Orgánica del RENIEC, en cuyo literal d) establece que en los DNI se debe consignar la categoría sexo de los ciudadanos, por lo que los reglamentos a los que alude la demandante se limitan a regular aquellas categorías de información que están expresamente contenidas dentro de una norma legal que no ha sido declarada inconstitucional, y por ende la vía adecuada para este tipo de pretensiones es la vía del proceso de inconstitucionalidad, y no la vía del amparo.
- Asimismo, indica que en la expedición del Certificado de Nacido Vivo, interviene el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Estadística e Informática; y también participa el RENIEC, entidades que han acordado como dato básico de identificación

la consignación del sexo del recién nacido según la evaluación que efectúa el profesional de salud que asiste en el nacimiento; sin embargo, precisa que ello no sería impedimento para que de presentarse circunstancias excepcionales como la del accionante, no proceda la rectificación de los datos inicialmente consignados siendo que estos procedimientos en la generalidad de los casos son detectados a edad temprana y no como en el presente caso, lo que permite disminuir las consecuencias en el desarrollo de la persona; sin perjuicio de lo cual no se puede pretender que se desconozca la toma de dicha información por la razón expuesta en la demanda.

- Finalmente, indica que el procedimiento de cambio de nombre ya estaría regulado en la vía judicial.
- Respecto de ESSALUD, este indica que no puede realizar ningún tipo de cambio en su software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) de ESSALUD y vinculadas a ella, ni mucho menos obviar la categoría "sexo", toda vez que dicho dato es indispensable para la identificación y necesidades de sus asegurados, basándose exclusivamente en el Documento Nacional de Identidad, siendo que dicho documento constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos civiles, administrativos, y en general.
- Agrega que ESSALUD procura un trato personalizado para cada una de las necesidades de sus asegurados, siendo importante recalcar que la evaluación médica que se imparte no se realiza en base a cómo se identifique, sienta o crea la persona, sino que estrictamente en su naturaleza desde la concepción, puesto que es menester para las evaluaciones o posibles tratamientos realizar observaciones de acuerdo a su genética y así poder diagnosticar de manera correcta y evitar cualquier tipo de causa sobrevenida. Sin embargo, ello no implica discriminación alguna, sino un trato medicinal conforme su naturaleza, ya que todo ciudadano tiene derecho a la protección de su salud; asimismo, indica que supervisa su aplicación para facilitar el acceso equitativo a los servicios de salud.

2.3. CONTROVERSIA

- Determinar si corresponde declarar el estado de cosas inconstitucional en el caso del derecho a la identidad, integridad psicológica y vida privada de las personas intersex, en virtud de la asignación legal y social del sexo que tempranamente se les realiza; y consecuentemente:
 - i. Determinar si corresponde ordenar al RECNEC eliminar la categoría sexo de los Documentos Nacionales de Identidad, debiendo para ello modificar su Reglamento de Inscripciones; y
 - ii. Si corresponde ordenar al RENIEC que deje sin efecto el actual formulario de Certificado de Nacido Vivo aprobado mediante la resolución Gerencial N°001-2012-GOR/RENIEC de fecha 24 de febrero del 2012, y en consecuencia, se disponga la aprobación de un nuevo formulario en el que se prescinda de la categoría sexo.
- Determinar si corresponde declarar el estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres y el sexo en los documentos nacionales de identidad de las personas trans y de las personas intersexuales por constituirse violación sistemática al derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad y personalidad jurídica, derecho a la dignidad; por haberse inobservado los estándares establecidos por la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, de fecha 24 de noviembre del 2017; en consecuencia:
 - i. Determinar si corresponde ordenar al RENIEC el prever y regular un procedimiento administrativo de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la CIDH, a fin de que las personas interesadas en cambiar sus prenombrs y sexo puedan hacerlo de manera expedita y en forma gratuita, y que dicho procedimiento esté basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante y sin que deba acreditarse operación quirúrgica y hormonal alguna, diagnósticos médicos y/u opiniones médicas o psicológicas;
 - ii. Debiendo para ello modificarse el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de RENIEC, aprobada mediante la Resolución Jefatural N°156-2017-JNAC/RENIEC, a fin de incluir lo pertinente a la tramitación de estas solicitudes.
- Determinar si corresponde declarar el estado de cosas inconstitucional, en razón de la alegada limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte del ESSALUD, de las personas intersex debido a que el diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de Essalud y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRES) supedita la atención en salud al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas; en consecuencia:
 - i. Determinar si corresponde ordenar a ESSALUD que elabore lineamientos de atención en salud libres de discriminación de personas intersex, dirigido al personal de salud y administrativo, con el objetivo de

- regular los estándares de atención de calidad y no discriminación, en el marco de derechos humanos, de estas personas en atención a sus necesidades médicas;
- ii. Determinar si corresponde ordenar a ESSALUD a dejar sin efecto el software del Sistema de gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) de ESSALUD y vinculadas a ella, que actualmente rige todas las prestaciones de salud; y,
- iii. Determinar si corresponde ordenar a ESSALUD que efectúe la creación e implementación, en el más breve plazo, de un nuevo software que no supedita ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo, como ocurrió en el presente caso, debiendo el mismo, obviar la categoría "sexo", por no ser relevante para garantizar la atención en salud.

TERCERO: SOBRE LA DECLARACIÓN DEL "ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL"

- 3.1. La declaración del estado de cosas inconstitucional, en adelante "ECI" fue desarrollada por primera vez en la Corte Constitucional de Colombia en el año 1997 mediante la Sentencia de Unificación (SU) N°599/1997, en la cual, se falló respecto a la aplicación de los derechos de seguridad social de los docentes colombianos (Lazari 2016, citado en Frederick Margraf, et. al., 2016)⁵. Así, y luego de un desarrollo más sofisticado de dicha institución procesal, la Corte Constitucional de Colombia estableció 3 requisitos básicos para la configuración de un Estado de Cosas Inconstitucional: i) la existencia de diferencias estructurales; es decir, protecciones ineficientes por parte del Estado, y las cuales requieren de la existencia de una impugnación judicial para lograr protección; ii) se genera una vulneración masiva de derechos fundamentales; y iii) existe una insuficiencia del Gobierno para poner fin al contexto estructural de violación pasiva de dichos derechos (Lazari 2016, citado en Frederick Margraf et al, 2016)⁶.
- 3.2. Como consecuencia del impacto de la técnica de declaración de los ECI para la tutela de derechos fundamentales, abundantes tribunales de distintos países acogieron dicha institución dentro del desarrollo de su jurisprudencia, esto al aplicar el método de la comparación jurídica como justificación de diálogo entre tribunales nacionales. En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno en acoger la técnica de declaración del ECI a fin de establecer una decisión con alcances generales, cuando ha verificado una práctica de renuencia sistemática y reiterada que constituye una situación o comportamiento contrario a la Constitución (STC N°3149-2004-AC/TC), y que debe ser erradicado a fin de evitar una vulneración sistemática de derechos fundamentales a un determinado sector de la población⁷.
- 3.3. Así, y siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que " (...) Ésta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el "estado de cosas inconstitucionales", se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.
Se trata, en suma, de extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público⁸". Asimismo, nuestro Tribunal también ha señalado que "(...) Con la declaración de una situación determinada como contraria a los valores constitucionales (Estado de Cosas Inconstitucional), se generan una serie de responsabilidades de parte de los órganos, instituciones o personas concretas involucrados en los actos vulneratorios, permitiendo, de este modo, allanar el camino en la búsqueda y satisfacción de los derechos comprometidos. Así lo dejamos establecido en el caso Arrellano Serquén, precisando que: "(...) esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el "estado de cosas inconstitucionales", se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración⁹".
- 3.4. Debe agregarse que la doctrina especializada nacional tampoco ha sido ajena en el tratamiento del ECI, así, Hakkanson sostiene que la declaración del estado de cosas inconstitucional tiene como finalidad la formulación de una exhortación a uno o más órganos públicos para que realicen o dejen de realizar una acción u omisión violatoria de derechos fundamentales, la cual

⁵ Frederick Margraf, et al (2016). Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. En homenaje al Dr. h.c.mult. Robert Alexy: Estado de Cosas Inconstitucional en Brasil. Lima: Essentia Iuris, pp.362-363

⁶ Ibidem, p.364.

⁷ Eto Cruz, Gerardo (2014). Tratado del Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2°Ed., p.291.

⁸ Fundamento jurídico N°19 de la STC N°2579-2003-PHD/TC. En: <https://www.google.com.pe/search?q=03149-2004-PC%2FTC&oq=03149-2004-PC%2FTC&aqs=chrome..69i57j69i58.3175j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

⁹ Fundamento jurídico N°12 de la STC N°3149-2004-PC/TC. En: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf>

repercute en personas ajenas al proceso constitucional que origina dicha declaración; en otras palabras, sostiene que una vez declarado el ECS, es posible que otra persona que se encuentre en una situación similar, se apersona al proceso pese a no ser parte, y solicitar la ejecución del fallo también a su favor, esto atendiendo a que su derecho también ha sido vulnerado de forma similar al quien promovió el proceso constitucional¹⁰. Asimismo, Abad, citando a Osuna, ha indicado que las sentencias que declaran un estado de cosas inconstitucional son asimilables a la categoría de sentencias estructurales, puesto que a través de ellas, los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales al verificar la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de derechos humanos¹¹.

SOBRE LA COMPETENCIA PARA LA DECLARACIÓN DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

- 3.5. De una revisión de la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional, así como de los distintos textos de la doctrina especializada en la materia, no se logra apreciar que se haya determinado la competencia *ratione materiae* para la declaración del Estado de Cosas Inconstitucional, esto es, ¿Quién es competente para emitir dicha declaración? ¿Es una competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, o el Poder Judicial también puede llevar a cabo dicha técnica?
- 3.6. Dentro del ámbito de la doctrina se puede apreciar que los especialistas en la materia no han sido totalmente claros al establecer la competencia para la declaración del ECI, sin embargo, de sus aportes se podría dar a entender de que esta declaración es una competencia exclusiva de los más altos tribunales, en nuestro caso del Tribunal Constitucional, circunstancia la cual, traería como consecuencia la declaración de improcedencia de todas las pretensiones que son objeto de pronunciamiento en el presente caso. Así, por ejemplo Hakkanson indica que *"En otras palabras, si una persona se siente afectada en sus derechos constitucionales y su máximo intérprete declara el estado de cosas inconstitucional por una vulneración manifiesta de uno o más derechos fundamentales, es posible que otra persona, en similar situación (...) "*¹² [Lo resaltado y subrayado es agregado]; en esa misma línea va Figueroa, quien comentando los efectos de la declaración del ECI, ha señalado que *"Lo relevante del caso está, en referencia a las consecuencias procesales del estado de cosas inconstitucional, en que cualquier persona sustantivamente en la misma situación de las demandantes, ya no requerirá interponer una nueva demanda, sino comparecer ante el juez de ejecución del fallo central, para efectos de solicitar la ejecución propia del fallo. Para ello, resulta exigencia relevante que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado declarando el estado de cosas inconstitucional (...) "*¹³ [Lo resaltado y subrayado es agregado].
- 3.7. En contraste de lo señalado en el subnumeral precedente, existe también un sector de la doctrina cuyos aportes darían a entender que la competencia de declaración del ECI no es exclusiva del Tribunal Constitucional; así Abad haciendo referencia a Osuna, ha señalado que *"las sentencias que declaran un estado de cosas inconstitucional pueden asimilarse a la categoría de "sentencias estructurales". A través de ellas "los jueces" hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos" (...) Se caracterizan porque "el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y (...) "*¹⁴ [Lo resaltado y subrayado es agregado]; asimismo, Vasquez comentando el ECI, sostiene que *"esta técnica se justifica en la verificación por el juez constitucional de un conjunto de situaciones de hecho que son causa de una violación masiva de derechos fundamentales. Estas situaciones de hecho se manifiestan en conductas activas u omisivas por parte de los órganos y/o las autoridades públicas, que trascienden el interés particular del solicitante de tutela y revelan un problema estructural de fondo, a cuya solución propende el juez constitucional si quiere lograr la efectividad de la tutela que otorgue "*¹⁵ [Lo resaltado y subrayado es agregado]; este autor agrega que *"El deber de protección es el resultado de un enfoque institucional de los derechos fundamentales, que cobra vida a través de un rol activo de las instituciones y funcionarios del Estado. Y tratándose de los jueces ese deber se manifiesta en la forma que afronta la solución de controversia, pues desempeña un rol mucho más activo al momento de interpretar la Constitución, en razón de que con esta labor no (...) "*¹⁶ [Lo resaltado y subrayado es agregado]; finalmente, nuestro autor señala que *"Una vez aplicada la técnica para la declaración del ECI para un caso concreto, el juez constitucional se encuentra vinculado a su decisión, en el sentido de que tiene el deber de efectuar una nueva aplicación cada vez que se presenten las mismas (...) "*¹⁷ [Lo resaltado y subrayado es agregado].

¹⁰ Hakkanson Nieto, C. et al (Noviembre del 2017). La raíz del llamado estado de cosas inconstitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 119, p.15

¹¹ Abad Yupanqui, S. et al (Noviembre del 2017). Sentencia y "estado de cosas inconstitucional". Los retos para su ejecución. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 119, pp.25-26

¹² Hakkanson Nieto, Carlos. Ob. cit., p.15

¹³ Figueroa Gutarra, E. et al (Noviembre del 2017). El estado de cosas inconstitucional y la educación. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 119, p.55.

¹⁴ Abad Yupanqui, Samuel. Ob.cit., ídem.

¹⁵ Vasquez Armas, R. et al (Noviembre del 2017). La técnica de declaración del "estado de cosas inconstitucional" y su aplicación por el TC. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 119, p.31.

¹⁶ Ibídem, p.33.

¹⁷ Ibídem, p.43.

- 3.8. Frente a las dudas que generan las posiciones discordantes a nivel de doctrina, corresponde efectuar una breve referencia a los pronunciamientos emitidos por nuestro Tribunal Constitucional en los cuales se aplica o hace referencia a dicha institución:

CUADRO N° 01
PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ECI

Número de expediente	Referencia a la competencia para la declaración de un ECI
0009-2015-PI/TC	No hay referencia
00799-2014-PA/TC	No hay referencia
00889-2017-PA/TC	No hay referencia
00853-2015-PA/TC	No hay referencia
04539-2012-PA/TC	No hay referencia
02744-2015-PA/TC	No hay referencia
01126-2012-PA/TC	No hay referencia
01722-2011-PA/TC	No hay referencia
03426-2008-HC/TC	No hay referencia
00017-2008-AI/TC	No hay referencia
06626-2006-AA/TC	No hay referencia
03149-2004-AC/TC	No hay referencia
05561-2007-AA/TC	No hay referencia
05287-2008-AA/TC	No hay referencia
02579-2003-HD/TC	El TC efectúa una relación entre su autonomía procesal y la exigencia de declaración del ECI; sin embargo, el TC no establece que sea el único que tenga competencia para emitir dicha declaración.
00006-2008-PI/TC (auto de aclaración del 25/09/2008) ¹⁸	En el fundamento 4 y 5, nuestro Tribunal Constitucional parece considerar que cualquier juez constitucional puede efectuar la declaración del ECI; así, el TC estableció que: "4. Que sin embargo y habida cuenta del carácter especial de la figura invocada por el solicitante así como en atención a una finalidad estrictamente pedagógica, este Tribunal considera pertinente precisar que <u>el llamado "estado de cosas inconstitucionales" es una opción que sólo cabe utilizarse en los procesos de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento)</u> mas no así en procesos constitucionales orgánicos como el de inconstitucionalidad. 5. Que la consideración precedente responde a la diferencia existente entre los efectos que acompañan a una sentencia de hábeas corpus o amparo y los que corresponden a la sentencia emitida en un proceso de inconstitucionalidad. Los efectos de las primeras son, como es bien sabido, de alcance particular o concreto y se circunscriben a conductas inconstitucionales (actos, omisiones o amenazas) que por lo general suelen afectar a específicas o determinadas personas. Precisamente por ello y sólo para aquellos casos en los que por excepción se constata que las conductas cuestionadas pueden afectar a un número indeterminado de personas es que se acude a instituciones como la planteada por el solicitante. <u>En tales circunstancias y a fin de evitar la innecesaria reiteración de demandas sobre un asunto respecto del cual el juzgador constitucional ya se pronunció (y por lo tanto ya se conoce su posición al respecto), es que se opta por declarar el "estado de cosas inconstitucionales" fundamentalmente con el propósito que la autoridad, funcionario o persona,</u>

¹⁸ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00006-2008-AI%20Aclaracion.pdf>

	<u>proceda en lo sucesivo de la manera como el juez constitucional lo viene estableciendo en su sentencia.</u> [Lo resaltado es agregado]
RTC 06347-2008-PA/TC	En esta resolución el Tribunal Constitucional da a entender que cualquier juez constitucional puede declarar la existencia de un ECI; y consecuentemente, los afectados con el acto declarado lesivo puedan promover un procedimiento de "represión de actos lesivos homogéneos". Así, en el fundamento 10° de la mencionada resolución, nuestro Tribunal sostuvo: "10. <u>Que, en todo caso, el "estado de cosas inconstitucional" implica que el acto declarado lesivo por el juez constitucional en un determinado caso está afectando derechos fundamentales</u> no solamente de aquellas personas que han interpuesto la demanda sino de personas ajenas al proceso. En el caso de autos ello no sucede por cuanto el acto declarado lesivo en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 30 de noviembre de 2006, el despido arbitrario de los demandantes, agotó sus efectos respecto a ellos" [Lo resaltado y subrayado es agregado]
RTC 4878-2008-PA/TC	No hay referencia
04007-2015-HC/TC	No hay referencia
00015-2012-AI/TC	No hay referencia

***Fuente: Elaboración propia.**

3.9. Si bien la muestra de sentencias analizadas no resultan ser la totalidad de pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en lo referido a la declaración del ECI, la misma constituye una muestra suficiente para poderse verificar que nuestro Tribunal Constitucional no ha establecido de forma expresa que este sea el único que tiene la facultad de declarar un "Estado de Cosas Inconstitucional", muy por el contrario, de lo indicado en las RTC N°06347-2008-PA/TC, y 00006-2008-PI/TC, **se logra desprende que los jueces constitucionales -dentro de procesos de acción de garantía-, sí tienen competencia para la declaración del ECI.**

3.10. Esta conclusión arribada puede reposar en distintos tipos de fundamentos, siendo estos básicamente los siguientes:

- En primer lugar que la jurisdicción constitucional no resulta ser un monopolio del Tribunal Constitucional, sino que la misma está compartida entre dicho organismo constitucional autónomo y también el Poder Judicial, siendo que el TC únicamente tiene competencia para conocer los procesos de garantía cuando exista una resolución denegatoria en segundo grado [por parte del Poder Judicial] dentro de un proceso de libertad [Artículo 202.2 de la Constitución], por lo que se desprende que el Poder Judicial es el primer garante de los derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional es el máximo garante.
- Siendo que, el Poder Judicial es el primer garante de los derechos fundamentales, no existe una justificación lógica ni razonada en virtud de la cual se pueda sostener que la declaración del ECI sea competencia exclusiva del Tribunal Constitucional.
- Es necesario afirmar que el Poder Judicial puede también efectuar una declaración del ECI a fin de poder cumplir con los fines de los procesos constitucionales, esto es, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales [Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional], debiendo sumarse a esto que el ejercicio de dicha facultad se encuentra en línea con el deber de protección de la Constitución establecido en el artículo 38° de la Ley Fundamental.
- La facultad de declaración del ECI por parte del Poder Judicial responde también al respeto del principio de celeridad y economía procesal establecidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en tanto que mediante dicha declaración, cualquier persona que se considere afectada por el acto lesivo evidenciado dentro de un proceso constitucional podría acogerse al procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos [artículo 60° del Código Procesal Constitucional], circunstancia la cual resulta además compatible con la tutela de urgencia de caracteriza a los procesos constitucionales.
- Sería irrazonable que solo el Tribunal Constitucional pueda declarar un ECI, puesto que en caso de advertirse una vulneración masiva y sistemática de derechos fundamentales de un determinado sector de la población, dicho caso podría culminar en segunda instancia ante una Sala Superior Especializada en lo Constitucional [en caso declare fundada la demanda], sin que nunca pueda llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional, por lo que dicha vulneración sistemática continuaría en la sociedad sin que pueda adoptarse un mecanismo efectivo que permita poner un fin a dicha situación inconstitucional.
- No existe ninguna prohibición expresa y clara por parte del Tribunal Constitucional de que el Poder Judicial no pueda declarar un ECI.

- 3.11. En base a todo lo expuesto, **queda verificado que esta judicatura se encuentra habilitada para analizar si en el presente caso se han configurado los estados de cosas inconstitucionales denunciados por la demandante**, y consecuentemente, declarar la existencia de dicha circunstancia con las correspondientes medidas que deban acatarse a fin de poner fin a las situaciones inconstitucionales alegadas.

CUARTO: SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

- 4.1. Para empezar el desarrollo del presente acápite, esta Judicatura considera pertinente hacer referencia, en primer lugar, a lo que entiende la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos por "el control de convencionalidad". Respecto de ello, como primera referencia a dicho término dentro de la jurisprudencia de nuestro tribunal internacional, podemos apreciar que apareció por primera vez en el párrafo 27° del voto del magistrado Sergio García Ramírez en el [caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala \(2003\)](#); en dicha oportunidad, el mencionado magistrado manifestó la idea que la existencia del "control de convencionalidad" era consustancial a la jurisdicción de la Corte, y cuyo respeto se constituía en una exigencia a la actuación del Estado en su totalidad y no solo a alguno de sus órganos¹⁹.
- 4.2. Con posterioridad al primer vestigio del control de convencionalidad, en el [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile \(2006\)](#), la Corte Interamericana acogió de forma expresa lo sostenido con anterioridad por García Ramírez, estableciendo en su fundamento 124° que: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el 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 les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se 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 jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta 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 última de la Convención Americana**"²⁰ [Lo resaltado es agregado]; siguiendo esa misma línea, en [caso Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú \(2006\)](#), la Corte Interamericana, sostuvo en su fundamento 128° que: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. **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 marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.** Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones."²¹[Lo resaltado es agregado].
- 4.3. En base a lo establecido en las mencionadas sentencias, Castillo Córdova ha identificado elementos que conforman lo que hoy se entiende por "control de convencionalidad", habiendo señalado lo siguiente: i) Se crea la obligación jurídica a los jueces de velar por la vigencia de la Convención inaplicando leyes que siendo constitucionales, la puedan contravenir; ii) el parámetro de control no solo serán las disposiciones convencionales sino también las interpretaciones que de las mismas haya presentado la CIDH en su jurisprudencia; y iii) el objeto de control es referido como "las normas internas", las cuales no solo se limitan a leyes sino que abarca toda decisión normativa, incluso la Constitución misma²². Luego de precisarse dichas características, nuestro autor concluyó que el Estado de derecho ha pasado de ser constitucional a uno convencional.²³
- 4.4. Respecto a la acogida del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional, debe hacerse mención que el mismo no ha sido ajeno a nuestro Tribunal Constitucional, esto atendiendo a lo establecido en la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; así, nuestro Tribunal Constitucional sostenido que "(...) la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos

¹⁹ Dicho magistrado señaló en dicha oportunidad que: "27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. 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 –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– 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". Voto concurrente del magistrado Sergio García Ramírez en el Caso Mack Chang Vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

²⁰ En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

²¹ En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

²² Castillo Córdova, Luis (2013). Control de Convencionalidad (Derecho Constitucional). Repositorio Institucional PIRHUA - Universidad de Piura, p.10.

²³ Ibidem, pp.10-11

Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH²⁴. De ello se desprende que nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que el Control de Convencionalidad **no se limita únicamente al análisis de compatibilidad entre la norma interna con la CADH y las interpretaciones de la CIDH, sino que también se refiere a un análisis de compatibilidad de los actos y conductas llevados a cabo a nivel estatal**. En esa misma línea, Landa ha señalado que el control de convencionalidad también se extiende como un control de adecuación de las prácticas estatales internas al derecho internacional²⁵; es decir, no se limita a una verificación de compatibilidad de las normas internas, sino también de las prácticas y conductas llevadas a cabo a nivel estatal, por lo que *a fortiori*, el control de convencionalidad también se constituye como un canon de evaluación de las inacciones por parte de los Estados²⁶. Esta circunstancia cobra medular importancia en el presente caso desde el momento que la parte demandante viene alegando entre sus pretensiones, que en el Perú no existiría un procedimiento de cambio de nombre y sexo que cumpla con los parámetros establecidos por la CIDH.

- 4.5. De todo lo expuesto, se desprende que el control de convencionalidad resulta ser muy similar al control de constitucionalidad en sentido lato²⁷, esto es, la evaluación de compatibilidad de una ley interna, práctica, conducta y/o falta de acción, con lo establecido en los distintos tratados internacionales de los que el Perú es parte, y los distintos pronunciamientos emitidos por los organismos internacionales competentes mediante los cuales se llevaron a cabo las interpretaciones de dichos instrumentos internacionales²⁸; actividad que puede ser llevada en el seno del mismo tribunal internacional, o a nivel interno por medio del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional²⁹.

QUINTO: LA FACULTAD CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 5.1. Esta judicatura considera pertinente dedicar un considerando de la presente sentencia, a la naturaleza y características de la facultad consultiva de la CIDH, esto en vista que de una apreciación del contenido de la demanda, así como también de los alegatos formulados con posterioridad, se puede apreciar que el fundamento sustancial de la misma radica en lo establecido por dicho tribunal internacional en la *Opinión Consultiva OC-24/17*, sobre **"Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo"**.
- 5.2. La facultad consultiva de la CIDH tiene su fundamento normativo en el artículo 64.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁰, y la cual consiste en la facultad que tiene cualquier estado miembro de la OEA para solicitar a la CIDH, sobre opiniones acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados Americanos. Esta función consultiva permite al tribunal internacional interpretar cualquier artículo de la Convención Americana, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación, habiendo sostenido nuestra Corte Interamericana que al ser el "intérprete última de la Convención Americana", tiene competencia para emitir con autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso las de carácter procesal³¹.
- 5.1 Respecto a dicha competencia consultiva, Landa ha señalado que "(...) *Esta opinión puede ser una respuesta en abstracto sobre el sentido o naturaleza de un artículo de la Convención, o puede estar referida a un caso concreto que se solicite; sin embargo, como bien ha opinado la Corte, no es factible de ser requerida para emitir una opinión consultiva sobre un futuro caso*

²⁴ En: 04617-2012-AA/TC. Véase en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>

²⁵ Landa Arroyo, C. (2016). Convencionalización del Derecho Peruano. Lima: Palestra Editores, p. 155

²⁶ Esto lo confirma Cesar Landa al señalar que "A pesar de que el artículo 27 de la Convención de Viena señala de manera específica que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", este debe interpretarse en un sentido más asertivo, es decir, señalando que la inoponibilidad del derecho interno frente a las obligaciones de derecho internacional involucra tanto a las omisiones como a las interpretaciones de la disposición analizada". [Landa Arroyo, C. Ob.cit., p.75].

²⁷ En este caso para el análisis de compatibilidad se toma en cuenta la Constitución nacional, y la interpretación que de ella haya efectuado el Tribunal Constitucional.

²⁸ Se puede concluir así, que el control de convencionalidad resulta ser una manifestación de un principio constitucional más extenso, esto es, el principio de apertura al derecho internacional.

²⁹ Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: "Se puede distinguir un control de convencionalidad vertical que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un "margen de apreciación nacional" que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, ius cogens o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna." [f.j N°14° de la STC N°04617-2012-PA/TC]. En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>.

³⁰ Este dispositivo internacional establece que: "Artículo 64.- 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires; 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales."

³¹ Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A N° 20, párrafo 18. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf

- que va a ventilar como corte jurisdiccional, porque entonces, estaría adelantando su opinión sobre el posible fallo³²; asimismo, nuestro autor ha calificado esta competencia de la Corte como "administrativa"³³, esto puede estar justificado desde el momento que en las opiniones consultivas no existe una *litis* como sí ocurre cuando hace ejercicio de su facultad jurisdiccional³⁴.
- 5.2 Debe sumarse a lo anteriormente expuesto, que la Corte Interamericana, también ha sostenido desde muy temprano que la función consultiva "constituye un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales"³⁵ sobre derechos humanos; asimismo, ha sostenido recientemente sobre las opiniones consultivas en lo referido a la comunidad LGBTI, que "a partir de la interpretación de las normas relevantes, su respuesta a la consulta planteada será de gran importancia para los países de la región en la medida en **que permitirá precisar las obligaciones estatales** en relación con los derechos de las personas LGBTI en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción. Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derecho a la igualdad y no discriminación"³⁶ [Lo resaltado y subrayado es agregado].
- 5.3 Finalmente, la Corte también ha sostenido en más de una oportunidad, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no solo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA **para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia** y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de derechos humanos³⁷.
- 5.4 En base a todo lo expuesto *supra* en el presente considerando, se puede concluir que: i) Las opiniones consultivas son expedidas dentro de un procedimiento no contencioso; ii) Mediante las opiniones consultivas la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectúa una interpretación de la CADH, o de otro tratado internacional; y, iii) Las opiniones consultivas tienen como finalidad precisar las obligaciones estatales de los estados miembros de la OEA, en relación con la protección de los derechos humanos.

SEXTO: ¿SON VINCULANTES PARA EL ESTADO PERUANO LAS OPINIONES CONSULTIVAS EXPEDIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS? - ¿FORMAN PARTE DEL "MATERIAL CONTROLANTE"?

- 6.1. El presente considerando resulta ser determinante para la solución del presente caso, esto en vista que la demandante ha postulado la obligatoriedad de lo establecido en la Opinión Consultiva OC-24/17; pero, ¿en verdad son vinculantes las opiniones consultivas de la CIDH?
- 6.2. El planteamiento de dicha interrogante resulta ser altamente relevante atendiendo a que no existe una posición firme a nivel de la doctrina especializada. Así, por ejemplo, hay quienes niegan el carácter vinculante de las opiniones consultivas³⁸, así como también quienes afirman que las mismas sí resultan ser vinculantes³⁹. Asimismo, hay quienes indican que las opiniones

³² Landa Arroyo, C. (2016). La Convencionalización del Derecho Peruano. Lima: Palestra Editores, p. 30.

³³ *Ibidem*, p.29.

³⁴ Al respecto, Nestor Pedro Sagües ha señalado que " Las sentencias de la Corte Interamericana, conviene advertirlo, provienen de un debate donde en un proceso contencioso concreto los estados nacionales demandados por presuntas violaciones a derechos humanos, han tenido oportunidad de alegar y exponer sus puntos de vista. Las opiniones consultivas, en cambio, no suponen esa confrontación ni estado litigioso" [Nestor Pedro Sagües, et al (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional* N° 20, p.277.

³⁵ Opinión Consultiva OC-1/82, párrafo 39. En: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1266.pdf>

³⁶ Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 21. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

³⁷ Opinión Consultiva OV-1/82, párrafo 25, y Opinión Consultiva OC-21/14, párrafo 29. En: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1266.pdf>, y <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>.

³⁸ El doctor García Belaunde ha negado el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la siguiente manera: " El otro punto es saber si esa opinión consultiva obliga o no al Estado que la formula.

Y de ser así, si adicionalmente obliga a los demás Estados. Dudo mucho que una mera opinión consultiva —que es de carácter ilustrativo— pueda obligar al que la formula y menos a los demás Estados del sistema interamericano. La opinión consultiva es de indudable interés y tenderá con el tiempo a ser jurisprudencia

de la Corte, pero ella en sí misma no tiene porqué ser vinculante y menos aun jurisdiccional." [García Belaunde, D. et al (2015). El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento Constitucional* N° 20, p.141. En esa misma línea, Ernesto Roa, ha señalado que: "Por tratarse de un pronunciamiento en ejercicio de la competencia consultiva, debe decirse que su resultado no es más que una opinión no vinculante para los Estados." [Ernesto Roa, J. (2015). La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, 1ªEd., p.46.]

³⁹ El doctor Landa ha postulado el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la CIDH; así, ha señalado que "En efecto, los fallos de órganos como la Corte Interamericana pueden generar o tener un impacto directo en los ordenamientos, sobre todo en términos interpretativos, debido a los efectos generales de sus fallos emitidos en la vía contenciosa como las Opiniones Consultivas" [Landa Arroyo, C. Ob.cit., p.67]. De forma aun más clara, ha sostenido que: "es pertinente mencionar que siguiendo el concepto de *stare decisis* del derecho anglosajón, todo tribunal internacional se debe ver vinculado tanto por sus decisiones previas, y no solo vincular con sus sentencias las decisiones que tomen los tribunales nacionales. Dado que la Corte IDH es un tribunal internacional, que los Estados soberanamente han aceptado someterse a su jurisdicción, es coherente señalar que las sentencias y las opiniones consultivas dictadas por el mismo constituyen precedentes vinculantes que deben tenerse en cuenta tanto de manera horizontal para decisiones posteriores de la Corte IDH en la misma materia, como de manera vertical en un sentido funcional en las decisiones de los tribunales nacionales de Estados parte de la CADH" [Landa Arroyo, C. Ob.cit., p.171]. Asimismo, Adelina Loianno ha sostenido que las opiniones

consultivas no poseen fuerza coercitiva; aunque paradójicamente, también indican que son recibidas por los diversos países voluntariamente y sin reparos, esto debido a la autoridad moral y científica que representa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego reconocer así, que las opiniones consultivas tienen «efectos jurídicos innegables», y sobretudo mayor repercusión para el Estado que solicitó la consulta⁴⁰. Finalmente, y de forma similar a la anteriormente mencionada, también existen posturas que "dudan" del carácter vinculante de las opiniones consultivas, pero que reconocen que en la realidad generan un efecto similar al de las sentencias expedidas por la CIDH, esto en vista que son acatados de forma voluntaria por sus destinatarios; y luego de ello, afirman, que no son obligatorias "en sentido estricto", pero que tienen una fuerza que proviene de la autoridad moral y científica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que, si bien es cierto tienen una esencia "asesora", no dejan de tener carácter jurisdiccional⁴¹; entre otras posturas discrepantes que les atribuyen el carácter de *soft law* con o sin efecto vinculante; etc.

- 6.3. A fin de dar respuesta a dicha interrogante, esta judicatura considera pertinente acoger la diferencia planteada por Sagües⁴² entre lo que es el "material controlado", y el "material controlante". Al respecto, nuestro autor ha señalado que *"El «material controlado» es el derecho nacional: constitución, leyes y demás normas"*⁴³, y que el material controlante *"está conformado por los tratados de derechos humanos que un Estado ha suscripto, aceptado y ratificado, comenzando, en nuestro caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto de San José de Costa Rica»)." Pero (y este «pero» es muy importante), también por los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos."* [Lo resaltado es agregado], luego de haber planteado dicha diferencia, nuestro autor se formula la misma interrogante planteada en el presente considerando, de la siguiente manera: *"La cuestión a dilucidar es si esto último involucra [el material controlante], o no, a las aseveraciones del tribunal vertidas en sentencias y en opiniones consultivas, o solamente en las primeras."*
- 6.4. A fin de resolver dicha interrogante, corresponde hacer referencia a lo establecido por nuestra Constitución, y por el Código Procesal Constitucional; al respecto, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de nuestra Ley Fundamental establece que 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; dicho dispositivo no hace referencia alguna a la vinculatoriedad de las interpretaciones de la CIDH vía competencia jurisdiccional o consultiva; sin embargo, dicho artículo de la constitución no debe ser interpretado de forma literal desde el momento que dicha interpretación no se condice con el principio de interpretación constitucional *pro homine*. De allí, que nuestro Tribunal Constitucional haya efectuado una interpretación coherente de dicho dispositivo constitucional, efectuando una vinculación extensiva de los derechos y libertades establecidos en la Constitución conforme a la jurisprudencia de la CIDH [STC N°04587-2004-AA/TC, STC N°04677-2005-PHC/TC, entre otras]; a las "decisiones" de la CIDH [STC N°00842-2017-PA/TC, EXP. N. 0 04865-2012-PHC/TC, entre otras]; y de forma mucho más general, a las "interpretaciones" de la CIDH [f.j. 2° de la STC N°0217-2002-HC/TC].
- 6.5. De la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, la cual, resulta ser vinculante para esta judicatura de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴⁴, se desprende que nuestro Tribunal Constitucional ha efectuado una interpretación extensiva de lo establecido en la IV DFT de la Constitución, en el sentido de que los derechos y libertades establecidos en la Constitución, deben ser interpretados conforme la jurisprudencia, las decisiones y/o las interpretaciones efectuadas por la CIDH. Dicha interpretación de nuestro Tribunal Constitucional resulta ser muy similar a lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual establece una vinculación también

consultivas forman parte del parámetro para efectuar el control de convencionalidad, esto en los siguientes términos: *"El modelo de control de convencionalidad que propone (e impone) la jurisprudencia de la Corte IDH, introduce también un método específico de interpretación, que debe nutrirse no solo de la normativa convencional sino de la interpretación que hace la Corte a través de sus sentencias y opiniones consultivas."* [Loianno, A. (2014). El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad. Revista Jurídica UCES N°18, p.169].

⁴⁰ Ruiz Morales, M. (2017). El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. Anual Iberoamericano de Justicia Constitucional N°21, p.140

⁴¹ Hitters, Juan, et al (julio-diciembre del 2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 10, p.149.

⁴² Sagües, N. et al (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad. Pensamiento Constitucional N° 20, p.276

⁴³ Esta postura debe ser ampliada y entendida en los términos establecidos en el fundamento 4.4 *supra* de la presente sentencia.

⁴⁴ Respecto a la vinculación por parte del Poder Judicial respecto de la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional, el Dr. Landa ha sostenido que *"El artículo VI del Título Preliminar del CPC, en estrecha relación con el principio stare decisis, aunque en un grado de menor intensidad que los precedentes vinculantes, establece el deber/poder —können— de los jueces de interpretar y aplicar las leyes, o toda norma con rango de ley y los reglamentos, de conformidad con la interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional, en tanto supremo guardián e intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales. Así, el mencionado artículo del CPC alude a la obligación de los jueces de instancias inferiores de resolver de conformidad con la jurisprudencia expedida por el TC. Al respecto, cabe precisar, que si bien los jueces tienen la facultad de interpretar las normas en base a la jurisprudencia del Tribunal, dicha interpretación deberá efectuarse sin alterar el núcleo principal de lo establecido en la jurisprudencia por el TC."* [Cesar Landa (2010). LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES: EL CASO DEL PERÚ. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N°14. p.226.]

- respecto de las "decisiones" adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.
- 6.6. De esta interpretación extensiva efectuada por nuestro Tribunal Constitucional, se desprende que para nuestro máximo intérprete de la Constitución, las opiniones consultivas también pueden ser tomadas en cuenta como parte del "material controlante" para efectos de llevar a cabo el control de convencionalidad, esto en vista que las opiniones consultivas resultan ser productos de la facultad interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵, tal como lo ha establecido dicha corte internacional⁴⁶, y tal como se desprende de forma clara del artículo 64° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, puede incluso sostenerse que el producto de una opinión consultiva, resulta ser una decisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷, esto en vista que este término es entendido por la Real Academia Española, como la "determinación, resolución que se toma o se da a una cosa dudosa"⁴⁸, concepto que se condice plenamente con la naturaleza de las opiniones consultivas, mediante las cuales un Estado "consultan" -de lo cual se sobreentiende que existe una duda, puesto que de lo contrario no formularían dicha interrogante- sobre el significado de las alcances de la CADH, u otro dispositivo internacional; o sobre la compatibilidad de estos dispositivos internacionales, con sus leyes internas.
- 6.7. Debe sumarse a la conclusión arribada en el subnumeral precedentes, que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajena a lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su competencia consultiva; esto conforme se aprecia en el siguiente cuadro⁴⁹:

CUADRO N° 02
PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA COMPETENCIA CONSULTIVA

Número de expediente	Opinión Consultiva	Tipo de Fundamento	Desarrollo
STC N°01204-2017-PA/TC Fundamento N°31	OC N°21/14	<i>Obiter dictum</i>	El TC indicó que el hijastro forma parte del modelo de familia ensamblada, lo cual a su vez es concordante con lo señalado por la CIDH en dicha Opinión Consultiva.
STC N°2744-2015-PA/TC Fundamentos N°35 al 44	OC N° 21/14	<i>Ratio decidendi</i>	El TC determinó que la sanción de salida obligatoria de don Jesús de Mesquita Oliviera sin precisar límite temporal alguno, se oponía al carácter excepcional y temporal que debe regir toda medida relativa a la separación del niño respecto de sus padres o familia, consideración que debió ser tomada en cuenta conforme lo establecido en dicha opinión consultiva.
STC N°01423-2013-PA/TC Fundamento N°20 STC N°07357-2013-PA/TC Fundamento N°8 STC N°02437-2013-PA/TC Fundamento N°6	OC N°4/84	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para brindar una mayor ilustración respecto del derecho a la igualdad y no discriminación.
STC N°01665-2014-HC/TC Fundamento N°23 STC N°00325-2012-HC/TC Fundamento N°3	OC N°17/02	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para brindar una mayor ilustración respecto del principio de interés superior del niño.

⁴⁵ Si las opiniones consultivas son interpretaciones de la CADH y/u otros dispositivos internacionales, se desprende que las mismas resultan vinculantes conforme lo establecido en el fundamento jurídico N°2 de la STC N°0217-2002-HC/TC.

⁴⁶ Esto lo podemos apreciar en abundantes opiniones consultivas expedidas por la CIDH como por ejemplo en el párrafo 34 de la OC-16/99; párrafos 21 y 22 de la OC-24/17; párrafo 19 de la OC-21/14; párrafo 18 de la OC 20/09; entre muchas otras.

⁴⁷ Si las opiniones consultivas son decisiones de la CIDH, se desprende que las mismas resultan vinculantes conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional en las STCs N°00842-2017-PA/TC, N.° 04865-2012-PHC/TC, entre otras.

⁴⁸ En: <https://dle.rae.es/decisión>

⁴⁹ El cuadro que continúa no ha recogido la totalidad de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional durante la totalidad de su funcionamiento, habiéndose recogido únicamente una muestra referencia para efectos de apreciar la postura del TC frente a las opiniones consultivas.

STC N°0005-2012-AI/TC Fundamento N° 41	OC N°6/86	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para precisar que tanto a nivel nacional como internacional, existe consenso en que el contenido y límites de los derechos fundamentales está sujeto al principio de legalidad
STC N°00013-2012-AI/TC Fundamento N°65 STC N°00015-2010-AI/TC Fundamentos N° 18 y 25 STC N°0006-2009-AI/TC Fundamento N°32 STC N°04611-2007-AA/TC Fundamento N°43	OC N°5/85	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para mencionar la postura de la CIDH sobre el derecho a la información.
RTC N°06844-2008-HC/TC Fundamento N°10	OC N°008-08/87	<i>Obiter dictum</i>	El TC hizo referencia a dicha opinión consultiva para resaltar la labor del habeas corpus frente a casos de desapariciones forzadas.
RTC N°00099-HC/TC Fundamentos N°5 y 6 STC N°04789-2009-HC/TC Fundamento N°13	OC N°16/99 OC N°17/2002	<i>Obiter dictum</i>	El TC estableció que el derecho de defensa garantiza el contar con un intérprete siempre y cuando la persona no pueda expresarse ni entender el idioma oficial del tribunal que lo juzga. Así, recurre a las opiniones consultivas mencionadas a fin de dejar en claro que la CIDH también comparte dicha postura.
STC N°6817-2008-AA/TC Fundamento N°4	OC N°4	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para resaltar la función e importancia del derecho a la rectificación.
STC N°6136-2007-AA/TC Fundamento N°5 STC N°01987-2008-AA/TC Fundamento N°5	OC N°7/86	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para indicar la postura de la CIDH respecto del derecho a la rectificación.
STC N°03247-HC/TC Fundamento N°11 y 13°	OC N° 17/02	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para señalar la postura de la CIDH respecto de las exigencias en los procesos judiciales y administrativos en los cuales estén involucrados niños.
STC N°01817-2009-HC/TC Fundamento N°5	OC N° 17/02	<i>Obiter dictum</i>	El TC hace referencia a dicha opinión consultiva para traer a colación el objetivo de la protección de los niños en los instrumentos internacionales.
RTC N°05842-2006-HC/TC Fundamento N°5	OC N°8/87	<i>Obiter dictum</i>	El TC hizo referencia a dicha opinión consultiva para resaltar la labor del habeas corpus frente a casos de desapariciones forzadas.
			El TC hace una aplicación <i>mutatis mutandis</i> de lo establecido por la CIDH en dicha opinión consultiva, esto en el sentido de

STC N°1109-2002-AA/TC Fundamentos N°6 al 10, y 23	OC N°6/86	<i>Ratio decidendi</i>	que en ningún supuesto cabe la posibilidad que un Estado limite o elimine la posibilidad que, sus ciudadanos puedan acceder a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales. En base a ello, declaró inaplicable lo establecido en Decreto Ley N.° 25454.
STC N°1383-2001-AA/TC Fundamentos N°6 al 9, y 17			

***Fuente: Elaboración propia.**

- 6.8. Del cuadro que antecede, se aprecia que existen abundantes pronunciamientos en los cuales nuestro Tribunal Constitucional ha hecho referencia o aplicado directamente lo señalado por la CIDH a través de sus opiniones consultivas. Así, de la mayoría de las sentencias analizadas, se logra apreciar que el TC utiliza las interpretaciones plasmadas en las opiniones consultivas a manera de *obiter dicta*; sin embargo, ello no significa necesariamente que el Tribunal le haya restado valor vinculante a dichos pronunciamientos, lo cual se evidencia con claridad en aquellas sentencias en las cuales nuestro TC utiliza los fundamentos de las opiniones consultivas a manera de *ratio decidendi*, y más precisamente, en aquellos casos en los cuales existe una correlación directa entre lo desarrollado en la opinión consultiva, y el caso que es objeto de *litis*⁵⁰.
- 6.9. De ello se desprende que para nuestro Tribunal Constitucional, sí resulta de importancia trascendente las interpretaciones desarrolladas por la CIDH a través de sus opiniones consultivas, lo cual no podría ser de otro modo en vista que dichas opiniones reflejan la postura institucional que tiene la CIDH respecto de un determinado artículo de un dispositivo internacional directamente aplicable en territorio peruano, o respecto de una determinada circunstancia; lo cual a su vez guarda plena coherencia con la vinculación preventiva a las decisiones de la CIDH [lo cual comprende vinculación a las opiniones consultivas conforme lo señalado en el fundamento 6.6 *supra*] a la cual ha hecho referencia nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 26° de la STC N°0007-2007-PI/TC; esto en los siguientes términos: "De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; **vinculación que tiene una doble vertiente**: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, **por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.**" [Lo resaltado es agregado]
- 6.10. Conforme la vinculación preventiva a las decisiones de la CIDH, se desprende que las opiniones consultivas sí resultan siendo de obligatoria observancia, puesto que no cabe duda alguna para esta judicatura, que un rechazo por parte de los tribunales nacionales respecto de lo establecido en una opinión consultiva, podría ulteriormente llegar a conocimiento de la CIDH; y consecuentemente, generar responsabilidad internacional del Estado Peruano por dicha conducta, esto conforme lo sostenido por el profesor Landa, quien afirma que todo tribunal internacional se debe ver vinculado tanto por sus decisiones previas en virtud del principio del *stare decisis*; vinculación la cual no puede limitarse únicamente a las sentencias expedidas por dicho tribunal. Por lo que, dado que la CIDH es un tribunal internacional, los Estados soberanamente han aceptado someterse a su jurisdicción, por lo que, resulta ser coherente señalar que las sentencias y las opiniones consultivas dictadas por el mismo constituyen precedentes vinculantes que deben tenerse en cuenta tanto de manera horizontal para decisiones posteriores de la Corte IDH en la misma materia, como de manera vertical en un sentido funcional en las decisiones de los tribunales nacionales de Estados parte de la CADH⁵¹.
- 6.11. Asimismo, partiendo del reconocimiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional de la vinculación preventiva, esta judicatura estima que nuestra propia Constitución Política establece una vinculación indirecta a las opiniones consultivas expedidas por la CIDH, esto en atención a la responsabilidad en el ejercicio del poder a la cual hace referencia nuestra Constitución Política en su artículo 45°. Así, dicho dispositivo constitucional establece que quienes ejercen el poder "**lo hacen con las limitaciones y responsabilidades** que la Constitución y las leyes establecen". Esta suerte de *consecuencialismo*⁵², impone que esta judicatura

⁵⁰ Esta judicatura se refiere a lo resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la STC N°2744-2015-PA/TC.

⁵¹ Landa Arroyo, C. Ob.cit., p.171.

⁵² Ruiz Sanz, haciendo referencia a MacCormick, sostuvo que "Que la argumentación jurídica sea consecuencialista quiere decir que existen buenas razones para suponer que los jueces deben considerar y evaluar las consecuencias de varias posibles decisiones relativas al caso, dependiendo de criterios de justicia (*justice*) y de sentido común (*common sense*), pero sobre todo por referencia a principios y valores constitucionales básicos." [Ruiz Sanz, M. <<Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial>>.en, JDP, n° (1996), p.103], cuyo contenido puede apreciarse en la siguiente ruta: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-ArgumentacionRacionalYConsecuencialismoEnLaDecisio-174639.pdf. En esa misma línea Bengoetxea ha señalado que "los argumentos consecuencialistas se centran en los resultados a los que presumiblemente llevaría una u otra decisión (entre las jurídicamente viables) en el entorno social en que opera el derecho, y en ese sentido suponen la negación de la autonomía radical

no pueda pasar por alto las consideraciones establecidas por la CIDH mediante el ejercicio de su competencia consultiva, a sabiendas que dicha inobservancia traería como consecuencia responsabilidad internacional para el Estado Peruano. En esa misma línea, se advierte que el Tribunal Constitucional ya ha aplicado en *consecuencialismo* en una serie de pronunciamientos, esto es, resolver los casos que se presentan previendo las consecuencias de sus decisiones y modulando los efectos de las mismas⁵³.

6.12. En base a todo lo expuesto, se desprende que las opiniones consultivas de la CIDH resultan ser vinculantes para el Estado Peruano en base a las siguientes consideraciones:

- a. Primero, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido de forma general -y en abundantes casos-, la vinculación de los organismos jurisdiccionales a las interpretaciones que realice la CIDH, esto sin discriminar entre sentencias y opiniones consultivas; y a las decisiones emitidas por dicho tribunal, esto nuevamente sin discriminar entre sentencias y opiniones consultivas. En base a ello, se desprende que conforme el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, esta judicatura debe interpretar el contenido de los derechos fundamentales tanto en base a las sentencias como las opiniones consultivas expedidas por la CIDH.
- b. La práctica del Tribunal Constitucional refleja un respeto y/o vinculación a las opiniones consultivas expedidas por la CIDH.
- c. Resultaría incoherente que las interpretaciones realizadas por la CIDH en ejercicio de su competencia consultiva no sean vinculantes, puesto que ello traería como consecuencia, que dicha Corte pueda simplemente desvincularse o no tomar en consideración sus anteriores interpretaciones realizadas en ejercicio de su competencia consultiva, lo cual a su vez resultaría siendo un atentado contra la doctrina del *stare decisis*, y contra la seguridad jurídica, debiendo sumarse a esto que dicha práctica terminaría restándole legitimidad y autoridad a la propia Corte.
- d. La competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refleja la vinculación horizontal a la que hace referencia el Dr. Landa, esto en vista que al resolver denuncias contra los Estados, dicha Corte toma en cuenta sus anteriores interpretaciones efectuadas en ejercicio de su competencia consultiva⁵⁴.
- e. Compartiendo las conclusiones de Sagües, esta judicatura también considera que "si el fundamento del control de convencionalidad se encuentra básicamente en el argumento de autoridad de la Corte Interamericana, como intérprete final y supremo de la Convención americana sobre derechos humanos, y el material controlante del mismo consiste en una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en la interpretación dada a aquella convención por la Corte Interamericana, no interesa mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado."⁵⁵
- f. Finalmente, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que las interpretaciones que lleva a cabo a través de opiniones consultivas, sirven de parámetro para efectuar el respectivo control de convencionalidad, esto conforme se aprecia del párrafo 31° de la OC N°21/14⁵⁶ sobre los "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional"⁵⁷; asimismo, dicho argumento también ha sido utilizado por la Corte en el párrafo N°26 de la opinión consultiva que será objeto de análisis *infra*.

del sistema jurídico, de su carácter autopoietico". [Bengoetxea, J. (diciembre de 1993). Una defensa del consecuencialismo en el Derecho. Santiago de Compostela: Telos (Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas), Vol. II, número 2, p.37.

⁵³ A manera de ejemplo se puede apreciar el fundamento jurídico N°17 de la STC N°04729-2011-PHD/TC, y el fundamento 35° de la STC N°00007-2007-AI/TC.

⁵⁴ A manera de ejemplo puede revisarse los párrafos 93° y 94° la sentencia de la CIDH recaída en el caso Duque vs. Colombia de 26 de febrero de 2016; párrafo 235° del caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999; párrafo 120° del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile de fecha 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); entre otros.

⁵⁵ Sagües, N. et al. Ob. Cit, p. 281.

⁵⁶ En esta opinión consultiva, la CIDH sostuvo que: " 31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, **cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"**. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos." [Lo resaltado es agregado]

⁵⁷ Resulta curioso que justamente esta opinión consultiva haya servido como *ratio decidendi* de lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N°02744 2015-PA/TC.

6.13. Habiéndose arribado al carácter vinculante de las opiniones consultivas de la CIDH, corresponde a continuación verificar los alcances de lo sostenido por dicha Corte Internacional en la OC N°24/17; y consecuentemente, efectuar el respectivo *control de convencionalidad*.

SÉPTIMO: SOBRE EL CONTENIDO Y ALCANCES DE LA OPINIÓN CONSULTIVA N°24/17 DEL 24 DE NOVIEMBRE DEL 2017

- 7.1. Con fecha 18 de mayo del 2016, la República de Costa Rica formuló una opinión consultiva a la CIDH, respecto a la interpretación y alcance de los artículos 11.2°, 18° y 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto en relación con el artículo 1° del mismo instrumento internacional. Así, de una lectura integral de dicha opinión consultiva, esta judicatura advierte que la misma versa básicamente sobre los derechos humanos de los miembros de la comunidad LGBTI⁵⁸.
- 7.2. Al respecto, esta judicatura considera pertinente reproducir el concepto establecido en el glosario de la mencionada opinión consultiva, de lo que se entiende por intersexualidad, esto en vista que la parte demandante ha afirmado de forma reiterativa ser una persona *intersex*; el mencionado término es entendido como: "Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son".
- 7.3. Ahora bien, del contenido de dicha opinión consultiva, se aprecia que la CIDH ha tocado temas muy puntuales y polémicos, siendo estos:
 - i) la discriminación sistemática y estructural de las personas de la comunidad LGBTI⁵⁹;
 - ii) la ausencia de falta de reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo⁶⁰;
 - iii) sobre la identidad de género como derecho fundamental protegido por la CADH⁶¹;
 - iv) sobre fuerza normativa de los derechos de las minorías frente a las mayorías⁶²;
 - v) sobre la exigencia de un procedimiento de cambio de nombre y sexo que cumpla con los parámetros de la CADH en lo referido al derecho a la identidad⁶³;
 - vi) sobre las características que debe tener un procedimiento de adecuación de los datos de identidad conforme a la identidad de género auto-percibida⁶⁴;
 - vii) sobre el procedimiento de adecuación de los datos de identidad en caso de niños y niñas⁶⁵; y
 - viii) sobre la protección internacional de los vínculos de las parejas del mismo sexo⁶⁶.
- 7.4. Respecto de los puntos medulares tratados en la opinión consultiva objeto de análisis, esta Judicatura aprecia que los hechos y la pretensión de la parte demandante están básicamente enfocados en lo referido a la exigencia de un procedimiento de cambio de nombre y sexo que cumpla con los parámetros de la CADH en lo referido al derecho a la identidad; y en las características que debe tener este procedimiento conforme las consideraciones de la CIDH. Así, la CIDH estableció que el derecho a la identidad debe ser interpretado conforme el principio de dignidad del ser humano, entendiéndose así como la posibilidad de todo ser humano de poder autodeterminarse y poder escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, esto conforme sus propias opciones y convicciones⁶⁷. En base a ello, la Corte indica que el derecho a la identidad, es entendido, como el conjunto de atributos, y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso⁶⁸, estableciendo así que el derecho a la identidad de género forma parte del derecho a la identidad⁶⁹.

⁵⁸ Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. [ACNUR, Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015. ACNUR, Guía "Lo que se debe saber: El trabajo con personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales durante el desplazamiento forzado", 2011, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 1.]

⁵⁹ Véase párrafos 34 a 42, y 47 a 51 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶⁰ Véase párrafos 43 a 46 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶¹ Véase párrafos 68 a 80 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶² Véase párrafo 83 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶³ Véase párrafo 85 a 116 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶⁴ Véase párrafo 117 a 148 de la Opinión Consultiva N°24/17, cuyos contenidos se encuentran resumidos en términos sencillos en los párrafos 157 a 160.

⁶⁵ Véase párrafos 149 a 156 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶⁶ Véase párrafos 172 a siguientes de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶⁷ Véase párrafo N°88 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶⁸ Véase párrafo N°90 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁶⁹ Véase párrafo N°91 *in fine* de la Opinión Consultiva N°24/17.

- 7.5. En base a ello, la Corte Interamericana desarrolla el contenido de lo que se debe entender por el derecho a la identidad de género, estableciendo en el párrafo 92 de la opinión consultiva objeto de análisis, que este derecho tiene entre sus implicancias y alcances más relevantes, el de constituirse como un derecho con carácter autónomo que alimenta su contenido tanto de las normas del derecho internacional, como de aquellas que se deriven de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno de los Estados, concurriendo así a conformar la especificidad de la persona, con los derechos que lo hacen único, singular e identificable, y en base a ello, lo define como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona se siente, lo cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento", lo cual conlleva también "a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales", para luego concluir con que la idea de sexo y género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad⁷⁰.
- 7.6. Como corolario de ello, en el **fundamento 95 de la OC 24/17, la CIDH**, estableció que: "el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuyen a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad".
- 7.7. En términos de esta judicatura, se desprende que la CIDH ha reconocido la existencia de un derecho a la identidad de género, siendo este una manifestación del derecho a la identidad, el cual se encuentra comprendido a su vez dentro del derecho a la dignidad del ser humano, y de la vida privada, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 11° de la CADH; asimismo, dicho tribunal también ha manifestado que el derecho a la manifestación de la identidad se encuentra protegido por el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13° del mismo instrumento internacional⁷¹. Sobre el contenido de dicho derecho humano, esta judicatura entiende que el mismo está referido al derecho que tiene toda persona de poderse autodeterminar en base a la apreciación subjetiva de quien lo detenta con independencia de factores de carácter objetivo y/o biológicos; siendo ello así, se desprende -a manera de ejemplo- que una persona con sexo biológico masculino, puede tener una identidad de género femenina, esto es, auto-percibirse como si fuera una mujer, siendo que la manifestación de esta circunstancia tiene amparo convencional; y consecuentemente, también constitucional.
- 7.8. Habiéndose reconocido la existencia del derecho a la identidad de género, la Corte Interamericana ha establecido que su reconocimiento por parte de los Estados es de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero; así, compartiendo lo indicado por la Asamblea General de la OEA, la Corte sostuvo que "el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios que 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 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana", por lo que el desconocimiento de dicho derecho, "puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando así el pleno ejercicio de sus derechos"⁷².
- 7.9. Respecto al derecho al nombre, la CIDH lo reconoció como un atributo de la personalidad de los seres humanos, sosteniendo que el mismo constituye una expresión de la individualidad y que tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado; asimismo, la Corte agregó que por medio del nombre se busca que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal, siendo así un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia⁷³.
- 7.10. En base a la importancia trascendental del derecho al nombre, la CIDH sostuvo que los Estados tienen la obligación no sólo de protegerlo, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona; asimismo, se estableció que los Estados deben garantizar que la persona sea inscrita con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido⁷⁴.

⁷⁰ Véase párrafo N°94 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁷¹ Véase fundamentos 96 y 97 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁷² Véase fundamentos 98 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁷³ Véase párrafo N°105 de la Opinión Consultiva N°24/17.

⁷⁴ Párrafo 107 de la OC N°24/17.

- 7.11. Regresando nuevamente al derecho a la identidad de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que para que el mismo sea verdaderamente efectivo, es necesario que los Estados garanticen que la identidad de género y la identidad sexual concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad, lo cual se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en los registros y otros documentos de identificación [entiéndase nombre, imagen fotográfica y sexo], coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas, y en caso que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas⁷⁵.
- 7.12. De todo lo expuesto, se desprende que, para la CIDH, resulta ser una exigencia para el pleno ejercicio del derecho a la identidad de género, que los Estados garanticen la existencia de un procedimiento mediante el cual los titulares de dicho derecho fundamental, puedan adecuar los datos de identificación consignados en los distintos registros, así como, en los documentos de identidad, conforme a su identidad de género auto-percibida.
- 7.13. Ahora bien, respecto de las características que debe tener este procedimiento, la CIDH ha sido bastante clara al establecer que:
- " 121. En primer lugar, y de acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, **además del nombre**, el cual constituye solo un elemento de la identidad, esos procedimientos deben estar enfocados en la adecuación –de forma integral–, de otros componentes de la misma para que esta pueda ser conforme a la identidad de género auto-percibida de las personas interesadas. Por tanto, **esos procedimientos deberían permitir cambiar la inscripción del nombre de pila y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos subjetivos.**
- (...)
124. (...), la Corte es de la opinión que los Estados **deberán desplegar sus esfuerzos para que las personas interesadas en que se reconozca su identidad de género auto-percibida en los registros así como en los documentos de identidad, no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades.** El Tribunal entiende que **es una obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente,** de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género autopercibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.
- (...)
127. **La regulación y la implementación de esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante.** Lo anterior resulta consistente con el hecho de que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada del solicitante (supra párr. 88).
- (...)
130. Por otro lado, **en lo que respecta a los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos,** la Corte entiende que **además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino.**
- (...)
132. **En cuanto a los requisitos de certificados de buena conducta o policiales, este Tribunal entiende que si bien los mismos pueden buscar una finalidad legítima, la cual únicamente podría consistir en que las solicitudes de adecuación de los registros y de los documentos de identidad no tengan el propósito y/o el efecto de eludir la acción de la justicia, también se puede entender que ese requisito resulta en una restricción desproporcionada en la medida que se traslada de forma irrazonable al solicitante del procedimiento una obligación del Estado, que no es otra que la armonización de los registros en los cuales constan los datos de identidad de las personas.** En este punto, cabe recordar que la protección a terceros y al orden público se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, se afectaría de manera total el núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la vida privada y a la intimidad, del derecho a la identidad personal y sexual, del derecho a la salud, y, por consiguiente, de la dignidad de las personas y su derecho a la igualdad y la no discriminación. Todo ello, en tanto que la plena identificación de su persona a partir de la adecuación de sus datos de identidad, conforme a su identidad de género auto-percibida, es lo que le permitirá proyectarse en todos los aspectos de su vida. De este modo se estaría reconociendo legalmente su existencia como el ser que realmente es.

⁷⁵ Véase fundamentos 105, 112 y 115 de la Opinión Consultiva N°24/17.

133. (...), el Tribunal considera de manera general que, en el marco de los procedimientos de reconocimiento del derecho a la identidad de género, no resulta razonable requerir a las personas el cumplimiento de requisitos que desvirtúan la naturaleza meramente declarativa de los mismos. Tampoco resulta adecuado que tales requerimientos se erijan como exigencias que desbordan los límites de la intimidad, pues se terminaría obligando a las personas a someter sus decisiones más íntimas y los asuntos más privados de su vida al escrutinio público por parte de todos los actores que que directa o indirectamente intervienen en ese trámite.

(...)

135. En concordancia con lo anterior, la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos (supra párr. 134). En ese sentido, tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad (...)

(...)

138. (...) el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentran en armonía con lo dispuesto por los principios de Yogyakarta cuando estos estipulan que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género, así como las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas.

(...)

142. (...), cabe recordar que esta Corte ha indicado en varias oportunidades que el plazo razonable de duración de un procedimiento, sea este judicial o administrativo, se encuentra determinado, entre otros elementos, por la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo. Así, el Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica de la persona, resultará necesario que el procedimiento se desarrolle con mayor prontitud a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. De acuerdo a lo señalado, no cabe duda que el grado de afectación que puede tener este tipo de procedimientos de cambio de nombre y de adecuación a la identidad de género auto-percibida sobre las personas concernidas, es de tal magnitud que los mismos deben llevarse a cabo con la mayor celeridad posible.

(...)

145. (...) la identidad de género, no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo. Lo anterior debe entenderse aún en las situaciones en las cuales la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que le fue asignada al momento de su nacimiento, o que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Esto se debe al hecho que las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas (supra párr. 32.h).

146. En concordancia con lo anterior, el procedimiento de solicitud de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. En efecto, someter el reconocimiento de la identidad de género de una persona trans a una operación quirúrgica o a un tratamiento de esterilización que no desea, implicaría condicionar el pleno ejercicio de varios derechos, entre ellos, a la vida privada (artículo 11.2 de la Convención), a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia (artículo 7 de la Convención), y conllevaría a la renuncia del goce pleno y efectivo de su derecho a la integridad personal. Cabe recordar que esta Corte ha indicado en el caso IV. Vs. Bolivia, que la salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, abarca también la libertad de cada persona de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias, tales como ser sometido a torturas o a tratamientos y experimentos médicos no consentidos. Lo anterior también podría constituir una vulneración al principio de igualdad y no discriminación contenida en los artículos 24 y 1.1 de la Convención puesto que las personas cisgénero no se verían enfrentadas a la necesidad de someterse a ese tipo de obstáculos y de menoscabo a su integridad personal para hacer efectivo su derecho a la identidad.

(...)

158. (...) De conformidad con ello, esta Corte ha reconocido el derecho fundamental que le asiste a toda persona a que el sexo o el género consignado en los registros coincida con la identidad sexual y de género efectivamente asumida y

vivida por esta. En ese sentido, el trámite o procedimiento tendiente al reconocimiento de la identidad de género auto-percibida de una persona consistiría en un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, y en el cual el papel del Estado y de la sociedad debe consistir meramente en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma. Es así como el referido procedimiento no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento (supra párr. 133).

159. Por lo expuesto, se puede sostener que si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza. Al respecto, se puede recordar que el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad” establece que los Estados, “de acuerdo con su legislación nacional, promoverán el uso de la vía administrativa, de manera gratuita, para trámites relacionados con procesos registrales con el fin de simplificarlos y descentralizarlos, dejando a salvo como última instancia la utilización de la vía judicial”.

160. Por otra parte, un trámite de carácter jurisdiccional encaminado a obtener una autorización para que se pueda materializar efectivamente la expresión de un derecho de esas características representaría una limitación excesiva para el solicitante y no sería adecuado puesto que debe tratarse de un procedimiento materialmente administrativo, sea en sede judicial, o en sede administrativa. En ese sentido la autoridad encargada de dicho trámite únicamente podría oponerse a dicho requerimiento, sin violar la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante, si constatará algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante. Es decir, que una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente (...) [Lo resaltado y subrayado es agregado]

7.14. A modo de síntesis, se desprende que la CIDH ha establecido que el procedimiento de adecuación de los datos en los registros públicos respectivos conforme a la identidad de género auto-percibida, debe contar con las siguientes características puntuales:

- Estos procedimientos deben contemplar la posibilidad del cambio de nombre, sexo, e imagen en los registros y documentos de identidad.
- Debe ser un trámite rápido, y de ser posible, ante una sola autoridad.
- La iniciación de dicho trámite debe estar supeditado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, esto atendiendo a la naturaleza declarativa del procedimiento.
- No resulta admisible la exigencia de certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos puesto que la discrepancia entre la identidad de género y el sexo asignado al nacer no constituye una patología.
- No es exigible la presentación de antecedentes penales, policiales o judiciales, puesto que la armonización de la información que obra en manos de la administración pública es responsabilidad del Estado.
- Los procedimientos, y las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, deben ser reservados por regla general, salvo expreso consentimiento de su publicidad por parte de la persona, y salvo circunstancias muy particulares.
- No se podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento.
- Debe tratarse de preferencia de un procedimiento en sede administrativa o notarial, esto atendiendo a la mayor celeridad del mismo, y dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza.

OCTAVO: SOBRE EL CAMBIO DE NOMBRE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, EN LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8.1. El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación;

- es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Asimismo, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros⁷⁶. En esa misma línea, la CIDH ha establecido que el derecho al nombre "constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales"⁷⁷.
- 8.2.** Ahora bien, respecto al procedimiento de cambio de nombre debe precisarse que el mismo se encuentra contemplado a la fecha en el artículo 29° del Código Civil, en virtud del cual se establece que este puede ser cambiado siempre que medie: i) un motivo justificado y ii) mediante autorización judicial. Frente al primero de estos requisitos, nuestro Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 20° de la STC N°2273-2005-PHC/TC, que "Por ejemplo, se puede decir que una persona tiene un motivo justificado para realizar cambio de nombre cuando se le ha asignado uno extravagante o ridículo, que sea móvil para la burla de terceras personas, con la consiguiente afectación de su tranquilidad y bienestar."⁷⁸ De ello se desprende que no existe un criterio objetivo para determinar cuando existe un motivo justificado para que se pueda llevar a cabo el respectivo procedimiento de cambio de nombre, razón por la cual resulta acertada la opinión de la doctrina cuando se indica que "[E]l Código Civil, nuevamente deja a criterio del juez la determinación del concepto de motivo justificado"⁷⁹.
- 8.3.** Por otro lado, respecto a la autoridad competente para llevar a cabo dicho procedimiento de cambio de nombre, el Código Civil únicamente se limita a señalar que el organismo jurisdiccional es quien debe intervenir para la procedencia del respectivo cambio de nombre; sin embargo, no señala la vía procedimental mediante la cual se deba ventilar dicha pretensión, habiendo diferenciado nuestro Tribunal Constitucional que la pretensión de cambio de nombre resulta ser distinta a la pretensión de rectificación de nombre la cual sí se tramita vía proceso no contencioso conforme el artículo 826° del Código Procesal Civil.⁸⁰
- 8.4.** Si bien es cierto la legislación no establece la vía procedimental específica para la tramitación de la pretensión de cambio de nombre, debe precisarse que en el fundamento 30° de la STC N°06040-2015-PA/TC⁸¹, nuestro Tribunal Constitucional estableció que el mismo debe ser tramitado en la vía sumarísima; es decir, para nuestro máximo intérprete de la Constitución, el procedimiento de cambio de nombre resulta ser un proceso contencioso, esto es, donde existe un litigio⁸².
- 8.5.** Posteriormente, se aprecia que en la Casación N°1532-2017-Huánuco, la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente vinculante en lo referido a la pretensión del cambio de nombre. Así, la Corte Suprema estableció con calidad de precedente vinculante que en el escrito de demanda de cambio de nombre "debe ofrecerse y/o presentarse el medio o medios probatorios idóneos destinados a justificar la excepción a la regla de inmutabilidad del nombre, recogida en el artículo 29 de nuestro Código Civil; también debe indagarse sobre la posibilidad de provocar un caso de homonimia, lo cual debe evitarse; asimismo, se debe adjuntar las certificaciones de antecedentes policiales, judiciales y penales, de centrales de riesgo, del Registro de Deudores Alimentarios, de ser el caso, etc; para descartar la ausencia de propósitos reñidos con la moral o buenas costumbres"⁸³. Asimismo, la Corte Suprema estableció que la demanda debe ser notificada tanto al RENIEC, como a la Municipalidad a fin de que ejerzan su defensa mediante sus respectivos procuradores públicos. Finalmente, la Corte Suprema indicó que se debía publicar un extracto de la solicitud en el diario encargado de los avisos judiciales del lugar donde se tramitará el procedimiento, por tres días consecutivos, conforme al artículo 167° del Código Procesal Civil.
- 8.6.** Asimismo, respecto a los casos prácticos ante la justicia ordinaria, se puede mencionar que en el caso "Gregoriana" recaído en la Cas N°3906-2012-Huánuco, la Corte Suprema estableció que un informe psicológico no resultaba ser una justificación suficiente para el cambio de nombre conforme lo establecido en el artículo 29° del Código Civil; sin embargo, este criterio fue superado en el caso resuelto mediante la Casación N°1532-2017-Huánuco, en la cual la Corte Suprema estableció que en las pretensiones de cambio de nombre debe tomarse en cuenta las afectaciones probadas mediante informes psicológicos. Por otro lado, en el expediente N°00001-2012-0-2001-JP-CI-04 tramitado ante el Quinto Juzgado Civil de Piura, el juzgado determinó que existía una razón suficiente para amparar la demanda atendiendo a que el prenombre de Marciana resulta perjudicial para el normal desenvolvimiento de la persona, así como de su autoestima⁸⁴.
- 8.7.** De todo lo expuesto, se desprende que podemos rescatar las siguientes características respecto del procedimiento del cambio de nombre en la vía ordinaria:

76 f.j 13 de la sentencia recaída en el EXP. N.° 2273-2005-PHC/TC. En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

77 Fundamento 182 del Caso de las niñas yean y bosico vs. República Dominicana. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

78 En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

79 Benavides Reverditto, Ximena, "Cambio o adición del nombre". En: Código Civil comentado. Gaceta Jurídica, 2010, Tomo I, p.173.

80 Fundamento jurídico N°20 *in fine* de la STC N°02273-2005-HC/TC.

81 En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

82 Con anterioridad a ello, en el Pleno Jurisdiccional Regional Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, celebrado el 28 y 29 de marzo del 2008, se adoptó por mayoría que las pretensiones de cambio de nombre debían ser tramitadas ante un juez civil mediante un proceso no contencioso.

83 El contenido de esta ejecutoria vinculante pueda apreciarse en el siguiente enlace: <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>

84 Esta información ha sido extraída de la revista Gaceta Civil & Procesal Civil registral/notarial N°77, de setiembre del año 2019, pp.77 y 78.

- Es un procedimiento de carácter jurisdiccional al tramitarse vía proceso sumarísimo.
- Existe un grado de discrecionalidad de juzgador para poder determinar si la parte demandante ha demostrado suficientemente que exista un motivo justificado para que pueda cambiarse su nombre; es decir, el proceso no se basa únicamente en la manifestación del solicitante.
- Se exige que en la demanda se haya indagado sobre la posibilidad de provocar un caso de homonimia.
- Se deben adjuntar certificados de antecedentes penales, policiales, y judiciales, así como también de centrales de riesgo, del Registro de Deudores Alimentarios, entre otros, esto a fin de descartar la ausencia de propósitos reñidos con la moral o buenas costumbres.
- El procedimiento de cambio de nombre no tiene carácter reservado, puesto que se ordena la respectiva publicación de la solicitud de cambio de nombre; asimismo, la Corte Suprema ordena la publicación de su propia sentencia al emitir su fallo en aplicación del artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

NOVENO: SOBRE EL CAMBIO DE SEXO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, EN LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR EL PODER JUDICIAL⁸⁵ Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 9.1. Respecto al procedimiento de cambio de sexo, debe precisarse que no existe legislación nacional alguna que regule el mismo; sin embargo, ello no ha sido impedimento para que dicho tipo de pretensiones puedan ser tramitadas en la vía ordinaria.
- 9.2. Probablemente, el primer caso de cambio de sexo a nivel nacional sea el referido a Fernando Ñaupari Buendía, quien en 1988 vio amparada dicha pretensión a nivel judicial⁸⁶, cambiándose así su nombre al de Carmen Claudia Ñaupari Buendía; sin embargo, no se tienen mayores detalles respecto de la fundamentación del fallo que dispuso ello, sabiéndose únicamente que el autor de dicho fallo fue el Juez Quevedo Zenteno Flores⁸⁷.
- 9.3. Un caso sobre el cual se tiene mayor información se originó en el año 2005; caso que versó sobre cambio de sexo y que recayó en el expediente N° 2005–00840, ante el 3° Juzgado Civil de Lima Norte, el cual mediante sentencia de fecha 05 de mayo del 2006, declaró improcedente dicha pretensión. En este caso la parte demandante solicitaba que se le considere como mujer en vista que se había sometido a una operación de cambio de sexo en Italia según autorización otorgada por un juzgado en dicho país, previo a la autorización médica correspondiente, en la que se le ha practicado intervención quirúrgica de conversión androginoide (varón a mujer), producto del cual se le extirpó los testículos y el pene y creado una neo – vagina, lo cual alegaba acreditar mediante un certificado de que el paciente ha perdido en forma irreversible todas sus características sexuales masculinas, adquiriendo los caracteres femeninos [f.j 4 de dicha sentencia]. Frente a dicho argumento, el juzgado declaró improcedente la demanda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6° del Código Civil, esto en lo referido a que nuestro ordenamiento prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o de alguna manera sean contrarios al orden público o buenas costumbres siendo permitido solamente por excepción cuando la disposición corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios, esto en vista que dicho juzgador consideró que dicho dispositivo legal forma parte del *bloque de constitucionalidad*. En base a ello, el juzgador indicó que la operación a la cual se había sometido el demandante era contraria a lo establecido en el mencionado dispositivo legal, por lo que, la misma sería inconstitucional; asimismo, dio a entender que la práctica de cambio de sexo atentaba contra el orden público [fundamento décimo tercero]. Asimismo, dicho juzgador indicó que, si bien es cierto hay legislaciones que contemplan la posibilidad de cambio de sexo, ello es porque se tratan de sociedades y culturas distintas que cuenta con un reglamento integral normativo legal y administrativo que puede regular sus implicancias, obligaciones y derechos en los diversos aspectos de la vida. Finalmente, indicó que la regulación de este tipo de pretensiones debe efectuarse por medio de una ley, y no por la vía judicial.
- 9.4. Como consecuencia del fallo anteriormente dictado, la Primera Sala Civil de Lima Norte expidió sentencia [resolución N°379] de con fecha 27 de octubre del 2006, mediante la cual se revocó la sentencia apelada en su totalidad, ordenando la respectiva inscripción de cambio de sexo a favor de la parte demandante, esto al considerar que el sexo no se reduce únicamente al aspecto biológico, sino que el mismo "fluye sobre la conducta del sujeto y sobre las relaciones humanas en general, que comprende diversas tendencias y expresiones del sexo y como es obvio ella [la sexualidad]" [f.j 5 de la sentencia de vista]; asimismo, dicho colegiado superior, recogiendo lo sostenido por Fernández Sessarego, indicó que el sexo está configurado por seis elementos: " i) el dato cromosómico, ii) los caracteres sexuales gonádicos, iii) los caracteres sexuales hormonales, iv) los

⁸⁵ Las sentencias expedidas en este caso tanto en primera como segunda instancia pueden ser apreciadas en el siguiente enlace: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/119f548046f97631a494ec199c310be6/%20LIBRO+QUEMADO+CD+LISTO+OK.pdf?MOD=AJPERES> (f/b 20/12/2019)

⁸⁶ Véase: <http://www.araigneedudesert.fr/wp-content/uploads/2017/10/LA-HOMOSEXUALIDAD-EN-PERU%CC%81-10.pdf> (pie de página N°17) (f/b 20/12/2019). Asimismo, véase: <https://rpp.pe/lima/actualidad/transsexual-peruano-quiere-volver-a-ser-varon-ante-la-ley-noticia-606084> (f/b 20/12/2019)

⁸⁷ Esto se desprende del fundamento 2.9 de la sentencia de primera instancia de fecha 13 de septiembre del 2017, recaída en el expediente N°25370-2013, seguido ante el 20° Juzgado Civil de Lima, sobre cambio de nombre y sexo.

- elementos genitales, v) los elementos anatómicos, vi) el elemento psicológico; indicando que este último elemento ha tomado mayor relevancia en los tiempos actuales, lo cual ha sido objeto de tratamiento en numerosos estudios doctrinarios⁸⁸.
- 9.5. En base a ello, y analizando el elemento psicológico del sexo, la Sala Superior sostuvo que: "Si bien los cinco primeros elementos presuponen que el sujeto desarrollará un sexo de acuerdo a tales elementos constitutivos, sin embargo, el sexo psicológico no siempre está acorde a ellos, por lo que, la diferenciación preliminar resulta ser falible, tal como lo demuestra la existencia de estados de indefinición sexuales, entre los que se encuentra, el transexualismo, que resulta ser una contradicción entre el sexo biológico [cromosómico, gonádicos, hormonales, genitales y anatómicos], y el sexo psicológico, es decir, que la persona que teniendo un sexo biológico determinado, tiene sin embargo la convicción íntima y el deseo de pertenecer al sexo opuesto que lo vive intensamente, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica; y, mención aparte merece el hermafrodita que es el individuo que nace con los órganos genitales y reproductores de los dos sexos, la mayoría de las veces las dos partes se encuentran atrofiadas, como otro estado de indefinición sexual."
- 9.6. Luego de dichas consideraciones, la Sala Superior sostuvo que la pretensión del actor fue planteada luego de que sea sometido a una intervención quirúrgica para superar la disociación existente entre su configuración biológica y su perfil psicológico, concluyendo así que existió un consentimiento informado por parte del demandante de dicho proceso para llevar a cabo su tratamiento médico-quirúrgico, habiendo ocurrido dicha adecuación dentro del ejercicio de la libertad del demandante de desarrollar su vida según el sexo que concilie con su decidida inclinación psicosomática, con aquel con el que se siente existencialmente identificado.
- 9.7. En base a ello, la Sala Superior determinó que existían principios de rango constitucional que daban sustento y respaldaban la pretensión del demandante conforme al análisis efectuado, por lo que determinó que la pretensión era viable; ordenando así el respectivo cambio de nombre y sexo en la partida de nacimiento que obraba ante el RENIEC y la Municipalidad, con las respectivas anotaciones.
- 9.8. Luego de este antecedente, el cual es casi siempre pasado desapercibido, se tramitaron otros casos de cambio de sexo en los documentos de identidad, esto respecto de los casos de Naaminn Timoyco⁸⁹ y Fiorella Vincenza Cava Goicochea⁹⁰.
- 9.9. Como consecuencia de estos pronunciamientos en la vía ordinaria, con fecha 09 de mayo del 2014, nuestro Tribunal Constitucional expidió la sentencia N°00139-2013-PA/TC, mediante la cual se estableció con carácter de doctrina jurisprudencial vinculante la prohibición de ordenarse el cambio de sexo en los respectivos registros de identidad, esto ocurrió debido a que en dicha oportunidad nuestro Tribunal Constitucional determinó que el sexo era una categoría de carácter biológica [fundamento jurídico 5], no obstante ello, el TC indicó que esta prohibición no impedía las respectivas rectificaciones por errores plasmados en el registro, como por ejemplo en casos de intersexualidad o hermafroditismo [fundamento jurídico N°9]; es decir, para el TC el "cambio" de sexo únicamente estaba justificado en caso de errores en la apreciación del sexo al momento de la respectiva inscripción; sin embargo, dicho cambio tenía que ser acreditado con las correspondientes pruebas médicas que demuestren que hubo un error en la inscripción [fundamento jurídico N°9].
- 9.10. Asimismo, en dicha sentencia el Tribunal Constitucional recurriendo nuevamente al consecuencialismo [véase fundamento 32], analizó las respectivas consecuencias que podrían originarse en casos de amparo de pretensiones del mismo sexo [véase fundamento 33 a siguientes].
- 9.11. Pese a este nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial en el Expediente N°303-2012 (sobre proceso de amparo)⁹¹, tramitado ante el Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín, declaró fundada la demanda interpuesta por R.E.M.S., ordenando la respectiva inscripción del cambio de nombre y sexo; al respecto, dicho juzgado estableció que el sexo es una expresión del derecho a la identidad y del libre desarrollo de la personalidad; asimismo, dicho juzgado discrepó de forma expresa con la doctrina jurisprudencial establecida por el TC en el expediente N°0139-2013-PA/TC; así dicho juzgado determinó que el ser humano no resulta ser solamente un ente material, sino también biopsicosocial [fundamento 20° de la sentencia]. En base a ello, dicho juzgado determinó que el sexo es un elemento dinámico puesto que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y no en el momento del nacimiento [fundamento 21° de la sentencia], recogiendo incluso lo sostenido por el Tribunal Constitucional en el fundamento 15° de la STC N°2273-2005-PHC/TC, en el cual nuestro Supremo Intérprete determinó que el sexo está también compuesto por factores psicológicos y sociales.
- 9.12. Asimismo, respecto de la valoración probatoria llevada a cabo en dicha sentencia, se aprecia del fundamento 32, que el juzgador valoró la existencia de un informe psicológico, en el cual, se determinó que R.E.M.S. había sido sometido a pruebas psicológicas en las cuales se detalló los síntomas propios de una persona que padece de disforia de género o transexualidad

⁸⁸ Respecto a la cita a la cual hizo referencia la Sala Superior: "Fernández Sessarego Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Edit. Astrea, Buenos Aires 1992"; del mismo autor. "Sexualidad, Bioética: La Problemática Actual del Transexualismo. En: Revista Peruana de Jurisprudencia, año 8, número 60/febrero 2006; del mismo autor: Aspectos Jurídicos de la Adecuación del Sexo. En: Revista Jurídica del Perú, año VI – N° 16, Julio-Septiembre de 1999. Edit. Normas Legales; Cifuentes Santos. Solución para el Pseudhermafroditismo y la Transexualidad. En: Diálogo con la Jurisprudencia, año II/N° 3. Edit. Gaceta Jurídica; Lozano Villegas Germán. El Libre desarrollo de la Personalidad y Cambio de Sexo: El Transexualismo". En: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/ mesa2/41s.pdf>; Arantza Campos. La Transexualidad y el derecho a la Identidad Sexual. En: http://www.transsexualitat.org/InfoTrans/Arantxa_Campos_Valencia_2001.pdf

⁸⁹ La pretensión fue tramitada en el expediente N°11711-2003 ante la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁹⁰ La pretensión fue tramitada en el expediente N°60284-2008 ante la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁹¹ Este número de expediente es el que luego daría origen al cambio de la doctrina jurisprudencial establecida mediante la sentencia N°00139-2013-PA/TC, puesto que llegó a instancias del Tribunal Constitucional el cual expidió la sentencia recaída en el Exp N°06040-2015-PA/TC.

- desde la niñez; asimismo, el juzgado valoró la apariencia física del propio demandante [fundamento 33 de la sentencia] la cual se apreciaba en su documento de identidad, carnet de extranjería, antecedentes policiales, judiciales y penales; asimismo, dicho juzgado tomó en cuenta que se sometió a tratamientos quirúrgicos de reasignación sexual de hombre a mujer [vaginoplastia], determinando así que, el demandante en dicho proceso ostentaba el sexo femenino tanto de forma psicológica, como física y social, por lo que, la discrepancia existente con la información de los registros constituiría una vulneración a su derecho de identidad. Finalmente, el juzgado determinó que el demandante era una persona con un alto grado de madurez emocional tal como se apreciaba en un informe psicológico [fundamento 34].
- 9.13.** Como consecuencia de dicho fallo, el Procurador Público del RENIEC promovió un recurso de apelación contra dicha sentencia, circunstancia la cual originó el pronunciamiento por parte de la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, colegiado que mediante sentencia de vista (resolución N°21) de fecha 07 de agosto del 2015, revocó la apelada en el extremo que dispuso el cambio de nombre, y reformándola la declaró improcedente, esto en aplicación del artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional; y declaró infundada la pretensión de cambio de sexo, esto en seguimiento de la doctrina jurisprudencial establecida por el TC en el expediente N°00139-2014-PA/TC.
- 9.14.** Como consecuencia de la sentencia de vista, es que se genera un cambio en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, esto en vista que R.E.M.S., interpuso su respectivo recurso de agravio constitucional, lo cual generó el expediente N°06040-2015-PA/TC mediante el cual nuestro Tribunal Constitucional dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en el expediente N°00139-2014-PA/TC, esto al considerar que el transexualismo no era una cuestión patológica o médica al observar nuevos pronunciamientos de instituciones médicas reconocidas, y pronunciamientos de Tribunales Internacionales [fundamentos N°7 y 8]. Luego de ello, nuestro Tribunal Constitucional estableció que el sexo no está determinado únicamente por factores biológicos, sino también por realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta en su desarrollo [fundamento N°13], esto atendiendo a que el ser humano no es solo un ser físico, sino también psíquico y social; así nuestro Tribunal reconoció la existencia del derecho a la identidad de género [fundamento N°14]
- 9.15.** En esa misma línea, el Tribunal Constitucional compartiendo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, rechazó el argumento referido a que el cambio de sexo contraviene el orden de las cosas por alterar "sin motivos suficientes" los registros civiles, y como consecuencia de ello generar inseguridad jurídica, esto bajo el argumento de que la modificación del registro civil y documentos de identidad de una persona no generan afectaciones al interés público, ni interfiere con la función registral y tampoco afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales o de carácter penal [fundamento N°13]. Luego de ello, nuestro Tribunal Constitucional estableció que mientras los demandados [RENIEC y MINISTERIO PÚBLICO] no adopten un procedimiento especial para los pedidos de cambio de edad, la vía procedimental para tramitar este tipo de pretensiones sería la vía del proceso sumarísimo, esto conforme el artículo 546.6 del Código Procesal Civil [fundamento N°17], estableciendo así que en dicha vía "el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia", esto en vista que el TC consideró que el proceso civil cuenta con una mayor etapa probatoria [fundamento N°28].
- 9.16.** Luego de este fallo del Tribunal Constitucional, se puede apreciar la existencia de abundantes procesos judiciales sobre cambio de sexo ante el Poder Judicial, así por ejemplo, en el Expediente N°5684-2016 seguido ante el 2° Juzgado Civil - Sede Paucarpata⁹², se declaró fundada una demanda de cambio de sexo fundándose en lo resuelto por el TC en el expediente N°06040-2015-PA/TC, esto al valorar un certificado psicológico [fundamento 4.1 de la sentencia] en el cual se le diagnosticó al demandante con trastorno de identidad de género; asimismo, se aprecia que dicho juzgado también valoró un certificado médico que indicaba que el demandante se realizó una intervención quirúrgica de Ginecomastía (extirpación de mamas), así como también otro certificado médico que acreditaba que el demandante dicho proceso fue intervenido quirúrgicamente de Histerectomía Total Abdominal y Ooforosalinguectomía Bilateral (extracción quirúrgica del útero, aparato reproductor femenino), [véase fundamento N°4.3] con lo cual el juzgado determinó que el demandante tenía la condición de transexual por lo que le asiste la libertad y salud integral por cuanto ha adecuado su morfología de carácter genital [fundamento 4.3]. Asimismo, dicho juzgado valoró una serie de fotografías en las cuales se apreciaba que el demandante tenía rasgos físicos exteriores de varón, valorando también las declaraciones del propio demandante con las respectivas testimoniales [fundamento N°4.4]. Finalmente, el juzgado valoró la presencia de certificados de antecedentes, policiales, penales y judiciales [fundamento 4.6].
- 9.17.** Por otro lado, en el Expediente N° 25370-2013⁹³ se viene tramitando también un caso de cambio de sexo de la ciudadana Carmen Claudia Ñaupari Buendía [antes Fernando Ñaupari Buendía]⁹⁴, sienta pertinente precisar que esta ciudadana antes había promovido un proceso de cambio de sexo a fin de que figure en sus documentos y los registros del sexo de "femenino", pretendiendo ahora retornar al sexo primigeniamente consignado en su data, esto es, el "masculino"; al respecto, dicho proceso fue sentenciado en primera instancia por el 20° Juzgado Civil de Lima, el cual mediante resolución N°18 [sentencia] de fecha 13 de septiembre del 2017, declaró fundada la demanda de cambio de sexo y nombre al considerar que el nombre que figuraba en sus documentos de identidad no se condice con la apariencia actual del demandante el cual luce como una persona del sexo masculino, y quien además tiene un comportamiento masculino [fundamento 2.8], valorando además un certificado médico

⁹² Su contenido puede ser apreciado en el siguiente enlace: <https://legis.pe/resolucion-cambio-sexo-dni-persona-transexual/> (f/b 20/12/2019)

⁹³ El contenido de esta sentencia puede extraerse del siguiente enlace [previamente consignar la información del expediente]: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

⁹⁴ Véase fundamento 9.2 de la presente sentencia.

psiquiátrico emitido por un hospital de Francia, y el patrón genético de la demandante [fundamento 2.8]. Asimismo, dicho juzgado valoró el hecho que dicho demandante había modificado su nombre en Francia, existiendo así una discrepancia con el nombre que tiene en territorio nacional, circunstancia que le ha ocasionado una gran cantidad de inconvenientes. Finalmente, el juzgado apreció que el demandante se sometió a intervenciones quirúrgicas de desfeminización lo cual generó que tenga apariencia masculina, justificando así el cambio de nombre [fundamento 2.9]. No obstante ello, esta sentencia ha sido declarada nula por el superior en grado; sin embargo, la misma sirve como referencia para apreciar la forma en cómo viene resolviendo la justicia ordinaria las respectivas pretensiones de cambio de sexo.

9.18. Finalmente debe precisarse que conforme la informado por el RENIEC, a la fecha de mayo 2019, se encuentran en trámite un total de 172 juicios por pretensiones de cambio de género y nombre en el documento de identidad⁹⁵.

9.19. En base a todo lo expuesto, puede precisarse las siguientes conclusiones:

- En el Perú sí es admisible el cambio de sexo, tramitándose dicha pretensión por la vía del proceso sumarísimo ante un juzgado especializado en lo civil.
- Siendo un proceso de naturaleza contenciosa, el amparo de la pretensión de cambio de sexo está supeditada a la respectiva valoración de los medios de prueba a la cual hace referencia el artículo 196° del Código Procesal Civil.
- Se aprecia que existe una práctica de supeditar la fundabilidad de las pretensiones de cambio de sexo conforme el aspecto físico de los demandantes, así como también al sometimiento de intervenciones quirúrgicas, y de exámenes psiquiátricos.
- Se aprecia también que se suele valorar el contenido de certificados de antecedentes policiales, penales y judiciales.

DÉCIMO: ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO, INTERPRETACIÓN Y VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS: ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Del caudal probatorio admitido, es de señalar lo siguiente:

10.1. Habiéndose determinado las exigencias establecidas en la OC N°24/17 respecto del procedimiento que debe existir para el cambio y/o adecuación del nombre y género en los respectivos registros, así como, también las características de los procedimientos de cambio de nombre y sexo a nivel nacional, corresponde a esta Judicatura analizar las particularidades del caso concreto a fin de verificar si ha existido vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda; y consecuentemente, poderse determinar si corresponde o no emitir las respectivas declaraciones de Estados de Cosas Inconstitucional conforme lo solicitado en la demanda.

10.2. **A fojas 03**, obra en autos la partida de nacimiento de la parte demandante, apreciándose del mismo que se le consignó el sexo de "femenino". No obstante ello, **a fojas 4, obra en autos un examen médico de cariotipo en sangre periférica emitido por el Ministerio de Salud, y practicado al demandante con fecha 22 de agosto del 2017, y mediante el cual se estableció que tiene el cariotipo 46 XY[10], señalándose además que en las metafases estudiadas se observó 46 cromosomas de distribución masculina normal.**

10.3. De lo indicado en los dos subnumerales precedentes, se aprecia que la demandante resulta del sexo masculino, esto en vista que cuenta con un cariotipo normal masculino [46XY]; asimismo, de la totalidad del contenido de la demanda, se aprecia que la parte demandante ha argumentado de forma reiterada que jamás se sintió como una persona del sexo femenino⁹⁶, alegando incluso que su morfología no se ajusta a la de un cuerpo femenino.

10.4. Atendiendo a la discrepancia del sexo asignado al nacer⁹⁷ del demandante (femenino) con sus patrones cromosómicos (masculinos)⁹⁸, se desprende que el mismo es una persona intersex⁹⁹, por lo que, se encuentra comprendida dentro de la comunidad LGBTI y, consecuentemente, se encuentra protegida dentro de los parámetros establecidos por la CIDH en la opinión consultiva N°24/17.

10.5. Ahora bien, siendo el demandante una persona intersex, se desprende que el mismo tiene derecho a que en el Perú exista un procedimiento de adecuación de su nombre e identidad auto-percibida, esto conforme los parámetros establecidos por la CIDH en la opinión consultiva N°24/17, y los cuales han sido precisados en el fundamento 7.11 supra, puesto que de no ser así, estaría totalmente evidenciada la vulneración de su **derecho a la identidad**, derecho fundamental el cual se encuentra protegido

⁹⁵ Ver: <https://larepublica.pe/sociedad/1472008-identidad-sexual-peru-hay-172-juicios-cambio-genero-nombre-dni/> (f/b 20/12/2019)

⁹⁶ Véase fojas 29 a 34.

⁹⁷ Sexo asignado al nacer: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base a la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas no encajan en el binario hombre/mujer. [Cfr. OC 24/17 de fecha 24 de noviembre del 2017, p. 16].

⁹⁸ Esto está acreditado con el dictamen médico de fojas 04.

⁹⁹ Las personas intersex nacen con caracteres sexuales (como los genitales, las gónadas y los patrones cromosómicos) que no se corresponden con las típicas nociones binarias sobre los cuerpos masculinos o femeninos. Intersex es un término que se utiliza para describir una amplia gama de variaciones naturales del cuerpo. En algunos casos, los rasgos intersex son visibles al nacer, mientras que en otros no se manifiestan hasta la pubertad. Algunas variaciones cromosómicas de las personas intersex pueden no ser físicamente visibles en absoluto. [En: https://unfe.org/system/unfe-72-Intersex_Factsheet_SPANISH.pdf (f/b 23/12/2019)]

en el artículo 2.1° de la Constitución Peruana, así como también en la Convención Americana de Derechos Humanos conforme lo establecido por la CIDH100.

- 10.6. Tomando en cuenta ello, esta judicatura procederá a evaluar la compatibilidad de los parámetros de la OC N°24/17, con los procedimientos que existen a la fecha en el Perú a fin de tutelar el **derecho a la identidad de género**.
- 10.7. En primer lugar, debe precisarse que en el Perú sí existen procedimientos que garantizan la adecuación del nombre e identidad auto-percibida de la persona, esto conforme los fundamentos octavo y noveno supra, no obstante ello, dichos procedimientos se encuentran muy lejos de cumplir con los parámetros establecidos por la CIDH en la OC N°24/17, esto conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 03
PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS PARA CAMBIO DE SEXO Y CAMBIO DE NOMBRE

PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA OC/24/17 PARA EL CAMBIO DE NOMBRE, Y SEXO.	CAMBIO DE NOMBRE EN EL PERÚ	CAMBIO DE SEXO EN EL PERÚ
Debe ser un trámite rápido, y de ser posible, ante una sola autoridad, esto a fin de garantizar su celeridad.	El trámite es ante una sola autoridad: Poder Judicial. El proceso se tramita en la vía sumarísima, por lo que, "formalmente" es un procedimiento célere; sin embargo, como es de público conocimiento, los plazos procesales no son cumplidos a nivel nacional, situación la cual genera una dilación excesiva de los procesos, circunstancia la cual desnaturaliza la celeridad que se pretendía de los procesos sumarísimos.	El trámite es ante una sola autoridad: Poder Judicial. El proceso se tramita en la vía sumarísima, por lo que "formalmente" es un procedimiento célere; sin embargo, como es de público conocimiento, los plazos procesales no son cumplidos a nivel nacional, situación la cual genera una dilación excesiva de los procesos, circunstancia la cual desnaturaliza la celeridad que se pretendía de los procesos sumarísimos.
Es un procedimiento declarativo basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante.	La procedencia de la pretensión está supeditada a un juicio de valor llevada a cabo por un tercero [juez], por lo que no se basa únicamente en el consentimiento libre del solicitante.	La procedencia de la pretensión está supeditada a un juicio de valor llevada a cabo por un tercero [juez], por lo que no se basa únicamente en el consentimiento libre del solicitante.
No resulta admisible la exigencia de certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos.	El artículo 29° del Código Civil no exige la presentación de un certificado médico, psicológico o psiquiátrico; sin embargo, el mismo exige la existencia de un "motivo justificado" para el cambio de nombre, circunstancia la cual podría "legitimar" a un juez a que exija la presentación de este tipo de documentos.	Si bien es cierto no se puede afirmar que esta sea una exigencia formal en este tipo de procesos ¹⁰¹ , la práctica jurisprudencial demuestra que estos documentos suelen ser presentados y valorados por el Poder Judicial para determinar la procedencia del cambio de sexo¹⁰².
No es exigible la presentación de antecedentes penales, policiales o judiciales.	Conforme el precedente vinculante establecido en la Casación N°1532-2017-Huánuco, resulta exigible la presentación de este tipo de documentos.	No se puede afirmar que esta sea una exigencia formal en este tipo de procesos ¹⁰³ ; sin embargo, ello no impide la posibilidad de que este tipo de documentos puedan ser requeridos por el órgano jurisdiccional.

¹⁰⁰ Véase párrafo 85 a siguientes de la OC N°24/17.

¹⁰¹ Esto debido a que el proceso de cambio de sexo no tiene una regulación específica.

¹⁰² Véase a manera de ejemplo los fundamentos 9.12, 9.16 y 9.17 supra, en los cuales se hace referencia al proceso judicial recaído en el expediente N°303-2012, N°5684-2016, y N°25370-2013.

¹⁰³ Esto debido a que el proceso de cambio de sexo no tiene una regulación específica.

Deben ser procedimientos reservados, salvo consentimiento de la persona, y/o excepciones específicas.	El trámite es totalmente público , esto conforme se aprecia del artículo 828° del Código Procesal Civil ¹⁰⁴ .	El trámite resulta ser público conforme se desprende del artículo 139.4° de la Constitución ¹⁰⁵ , esto en vista que no existe ley alguna que le haya dado el carácter de reservado.
No es exigible intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento	El artículo 29° del Código Civil no exige este tipo de intervenciones quirúrgicas , sin embargo, ello no impide que un juez pueda valorar dicha circunstancia para generarse convicción sobre la viabilidad de la procedencia del cambio de nombre, esto al calificar la intervención quirúrgica como un "motivo justificante" para el cambio de nombre.	Si bien es cierto no se puede afirmar que esta sea una exigencia formal en este tipo de procesos ¹⁰⁶ , la práctica jurisprudencial demuestra que estos documentos siempre son presentados y valorados por el Poder Judicial para determinar la procedencia del cambio de sexo ¹⁰⁷ . Circunstancia que demuestra que la comunidad LGBTI considera que la intervención quirúrgica es un requisito para llevar a cabo el cambio de sexo en sede judicial.
Debe tratarse de preferencia de un procedimiento en sede administrativa o notarial, esto atendiendo a la mayor celeridad del mismo.	Es un procedimiento de carácter judicial conforme se desprende del artículo 29° del Código Civil.	Es un procedimiento de carácter judicial conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional en la STC N° 06040-2015-PA/TC.

*Fuente: Elaboración propia.

- 10.8. Conforme las claras y manifiestas diferencias entre los procedimientos de cambio de sexo y nombre, a nivel nacional, con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC N°24/17, **queda verificado que se han vulnerado los derechos fundamentales del demandante a la identidad, y al libre desarrollo de la personalidad, esto en vista que no existe un procedimiento adecuado para que este pueda compatibilizar la información contenida en los registros públicos y su documento de identidad, conforme su identidad de género auto-percibida**¹⁰⁸; circunstancia la cual lo ha obligado al demandante a desenvolverse con un nombre y una identidad sexual que no corresponden con su identidad de género, habiéndose incluso titulado profesionalmente con un nombre que no corresponde con el cual él se identifica¹⁰⁹.
- 10.9. Respecto del **derecho a la identidad de género**, debe resaltarse que la CIDH ha establecido que está íntimamente ligado 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 con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social¹¹⁰. Asimismo, ha sostenido que esto implica que las personas puedan experimentar la necesidad de que se les reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás, siendo necesario para alcanzar dicho fin que los Estados y la sociedad respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas; es por ello, que la CIDH ha sostenido que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. En esa misma línea, la Corte ha sostenido que uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es el derecho a la identidad de género¹¹¹.

¹⁰⁴ Artículo modificado por el artículo único de la Ley N° 26784, publicada el 11-05-97, cuyo texto es el siguiente: La publicación del extracto de la solicitud se practicará por una sola vez en la forma prevista en los Artículos 167 y 168 de este Código en lo que fueren aplicables. Los documentos que contienen los edictos serán autorizados por Abogado, como requisito para su publicación.""

¹⁰⁵ Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.(...)"

¹⁰⁶ Esto debido a que el proceso de cambio de sexo no tiene una regulación específica.

¹⁰⁷ En todos los pronunciamientos analizados sobre el cambio de sexo se presentaron documentos que acreditaban intervenciones quirúrgicas. Si bien es cierto no existe una exigencia formal de ello, se desprende que existe una exigencia sustancial de este tipo de documentos.

¹⁰⁸ Incluso puede sostenerse que se ha configurado una *inconvencionalidad* sobreviniente de la doctrina jurisprudencial establecida por nuestro propio Tribunal Constitucional en la STC N° 06040-2015-PA/TC, esto al regular de forma insuficiente el procedimiento de cambio de sexo a nivel nacional.

¹⁰⁹ Véase fojas 22.

¹¹⁰ Cfr. caso Contreras y otros Vs. El Salvador, párrafo N°113.

¹¹¹ Párrafo N°91 de la OC N°24/17.

- 10.10. En esa misma línea, la CIDH, ha establecido que el derecho a la identidad de género se encuentra ligado al concepto de libertad, y a la posibilidad de que todo ser humano pueda autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada¹¹², por lo que, su reconocimiento se encuentra ligado necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad¹¹³. En base a todo ello, la CIDH estableció que "el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones, por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad"¹¹⁴ [Lo resaltado es agregado].
- 10.11. Conforme el reconocimiento del derecho a la identidad de género por parte de la CIDH, esta misma Corte estableció lo siguiente: "el Tribunal opina que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad". Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas"¹¹⁵ [Lo resaltado es agregado]. En base a ello, la CIDH estableció una obligación para los Estados referida a que deben garantizar que la persona sea inscrita con el nombre elegido por ella o por sus padres, según el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y apellido"¹¹⁶.
- 10.12. Habiéndose determinado la vulneración del derecho a la identidad de género de la demandante, corresponde verificar si las pretensiones invocadas se encuentran referidas al ámbito de protección del derecho fundamental que ha sido vulnerado.

DÉCIMO PRIMERO: SOBRE LA PRETENSIÓN REFERIDA A LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN EL CASO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD, INTEGRIDAD PSICOLÓGICA Y VIDA PRIVADA DE LAS PERSONAS INTERSEX, EN VIRTUD DE LA ARBITRARIA ASIGNACIÓN LEGAL Y SOCIAL DEL SEXO QUE TEMPRANAMENTE SE LES REALIZA, ESTO ES, AL MOMENTO DEL NACIMIENTO Y AL REGISTRO DEL MISMO, CON SUS RESPECTIVAS PRETENSIONES ACCESORIAS.

- 11.1. Respecto esta primera pretensión, si bien es cierto esta judicatura está habilitada para la declaración del estado de cosas inconstitucional, dicha declaración está supeditada a que exista una vulneración sistemática y estructural a un determinado sector de la población.
- 11.2. A fin de dar respuesta a la pretensión del demandante, esta judicatura considera pertinente mencionar nuevamente lo que se entiende en la comunidad internacional como *intersex*; al respecto, en el glosario de la OC N°24/17, la CIDH definió a la intersexualidad como: "Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son". [Lo resaltado es agregado].

¹¹² Véase párrafo N°141 del caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.

¹¹³ Párrafo N°16 de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015.

¹¹⁴ Párrafo N°95 de la OC N°24/17

¹¹⁵ Párrafo N°105 de la OC N°24/17

¹¹⁶ Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 184, y Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 268.

- 11.3. Conforme lo indicado en el subnumeral precedente, y atendiendo a que la demandante es una persona *intersex* conforme lo determinado en el fundamento 10.5 *supra*, debe precisarse que estas personas nacen con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición binaria de masculino/femenino, por lo que, una asignación apresurada del sexo de estos recién nacidos, podría configurar en el futuro una vulneración a su derecho a la identidad de género, y su derecho al libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, dicha vulneración no pasa de ser una amenaza [subsanable] conforme se explicará *infra*.
- 11.4. Del concepto de intersexualidad manejado por la CIDH, se aprecia que un recién nacido *intersex* no necesariamente verá vulnerado su derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad con la sola asignación del sexo masculino o femenino al momento de su nacimiento, esto en vista que una vez que esta persona adquiera capacidad de autodeterminarse, cabe la posibilidad de que se pueda identificar [como una suerte de confirmación] con el sexo consignado al momento de su nacimiento, y consecuentemente, no se configuraría vulneración alguna de sus derechos fundamentales, sino que muy por el contrario, su derecho a la identidad se habría visto totalmente garantizado desde el momento que se le asignó un sexo [por parte del especialista y/o registrador respectivo] al punto de que jamás se hubiera puesto en duda su identidad.
- 11.5. De lo indicado en el subnumeral precedente, se desprende que no existe una vulneración cierta y sistemática de las personas *intersex* por el solo hecho de que se les atribuya un sexo determinado al momento de su nacimiento, siendo ello una amenaza que si bien es cierto podría configurarse -como en el caso del demandante-, puede ser perfectamente subsanada mediante el procedimiento de adecuación cuyos contenidos mínimos han sido establecidos en la OC N°24/17, razón por la cual la pretensión referida a la declaración del Estado de Cosas Inconstitucional respecto de la asignación temprana del sexo a las personas *intersex* debe ser desestimada en su totalidad, con el consecuente rechazo de sus pretensiones accesorias.
- 11.6. Debe sumarse a lo anteriormente expuesto que la OC N°24/17 no condena el hecho de que se efectúe una atribución temprana del sexo a las personas *intersex*, sino que no exista un procedimiento que goce de las características mínimas establecidas en dicha opinión consultiva mediante el cual cualquier persona que forme parte de la comunidad LGBTI, pueda adecuar su data contenida en los registros públicos y documento de identidad, conforme con su identidad auto-percibida. De allí, que la CIDH haya también efectuado algunas precisiones respecto al procedimiento que deba seguirse cuando se trate de un niño o una niña; por lo que la pretensión de la parte demandante debe ser desestimada.
- 11.7. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, esta judicatura no puede pasar por alto que también cabe la posibilidad de que una persona *intersex* a la cual se le ha asignado un sexo determinado al momento de su nacimiento, no se identifique con alguna de las categorías tradicionales de masculino/femenino una vez que adquiera discernimiento, circunstancia la cual configuraría una vulneración grave a su derecho a la identidad en vista que incluso de existir el procedimiento de adecuación de la información contenida en los registros públicos y documento de identidad conforme los parámetros establecidos por la CIDH, no podría ver satisfecho su derecho en el ámbito nacional en la medida que únicamente se aceptan las categorías de masculino/femenino.
- 11.8. Conforme la circunstancia indicada en el subnumeral precedente, corresponde exhortar al RENIEC a fin de que modifique la totalidad de sus formularios de inscripción [certificado de nacimiento vivo, partida de nacimiento; etc], debiendo reconocer en estos categorías adicionales a las tradicionales de masculino/femenino, esto a fin de que aquellas personas *intersex* que no se identifican con la clasificación binaria, puedan ver plenamente garantizado su derecho a la identidad de género una vez que se acojan al procedimiento de modificación y/o adaptación de la información contenida en los registros conforme a su identidad autopercibida.

CUADRO N° 04

OPCIONES SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

☒	Femenino
☒	Masculino
☒	No Binario
☒	Tercer género
☒	Intersex
☒	Indeterminado

*Fuente: Elaboración propia

DECIMO SEGUNDO: SOBRE LA PRETENSIÓN REFERIDA A LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL ANTE LA AUSENCIA DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO QUE PERMITA EL CAMBIO DE LOS PRE NOMBRES Y EL SEXO EN LOS DOCUMENTOS NACIONALES DE IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS Y DE LAS PERSONAS INTERSEXUALES CONFORME LO ESTABLECIDO EN LA OC N°24/17

- 12.1. Conforme lo establecido en el fundamento 10.7 *supra*, queda verificado que a nivel nacional no existe un procedimiento de cambio de nombre y sexo de las personas LGBTI conforme los parámetros establecidos en la OC N°24/17, por lo que, ha quedado evidenciada la vulneración sistemática y estructural de derechos fundamentales de este sector de la población que pretende la respectiva adecuación de la información contenida en los registros y documento de identidad conforme su identidad autopercibida.
- 12.2. En base a ello, esta judicatura considera que sí resulta procedente la declaración del Estado de Cosas Inconstitucional respecto a la ausencia de un procedimiento que permita el cambio de los pre nombres y el sexo en los documentos nacionales de identidad de las personas trans y de las personas intersexuales conforme los parámetros establecidos en la OC N°24/17. Así debe precisarse que corresponde efectuar dicha declaración en vista que:
- i) Está evidenciado que la inexistencia de un procedimiento que cumpla con los parámetros establecidos en la OC N°24/17 resulta ser lesivo del derecho a la identidad, y libre desarrollo de la personalidad;
 - ii) Está evidenciado que esta vulneración resulta ser sistemática en vista que hasta la fecha los procedimientos de cambio de nombre y sexo de las personas LGBTI se vienen tramitando ante la vía judicial, y con prácticas inconvencionales;
 - iii) La comunidad LGBTI resulta ser un sector reducido, pero a la vez significativo de la población peruana.¹¹⁷
- 12.3. Apreciándose la ausencia de un procedimiento que cumpla con los parámetros establecidos en la OC N°24/17, conforme lo exige el derecho a la identidad, **se desprende que nos encontremos frente a un caso de "omisión inconstitucional"**.
- 12.4. En base a ello, corresponde ahora determinar si esta judicatura puede ordenar al RENIEC que cumpla con crear, regular y/o implementar un procedimiento administrativo de cambio de nombre y sexo que cumpla con los parámetros establecidos en la OC N°24/17, esto a fin de subsanar la omisión inconstitucional [inconvencional] contra el derecho a la identidad.

SOBRE EL CONTROL DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES

- 12.5. Este tema ha sido objeto de pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional; así, en la sentencia recaída en el expediente N°9617-2006-PA/TC¹¹⁸, nuestro Tribunal señaló en su fundamento 6° que "[L]as omisiones se producen cuando la inactividad, inacción, o un *non facere* por parte del legislador ordinario infringe algún recepto o mandato constitucional provocando una situación inconstitucional" [Lo subrayado es agregado].
- 12.6. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional estableció que pueden existir dos tipos de omisiones inconstitucionales, esto es, las absolutas, y las relativas. **Respecto de las primeras**, nuestro Tribunal sostuvo que se produce por una ausencia de ley que desarrolle o dé cumplimiento a la norma constitucional¹¹⁹; por otro lado, **respecto de las segundas**, sostuvo que se genera por la dación de una ley parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional¹²⁰. En esa misma línea, y compartiendo lo sostenido por Díaz Revorio, nuestro Tribunal sostuvo como corolario de lo anteriormente expuesto, que "las omisiones absolutas se corresponden con los 'silencios del legislador' que generan situaciones contrarias a la Constitución; las omisiones relativas, con 'silencios de la ley' que provocan la misma situación inconstitucional"¹²¹. Finalmente, y a manera de ejemplo respecto de una omisión relativa, nuestro Tribunal sostuvo que: "Un caso de omisión relativa se presenta cuando el texto de una norma legal excluye implícitamente un supuesto y, de conformidad con el mandato constitucional, la norma debe establecer la misma consecuencia para el supuesto implícitamente excluido y para los expresamente incluidos"¹²².
- 12.7. Respecto al control de estas, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es "constitucionalmente necesario" y no obstante no ha sido atendido por el legislador¹²³. Asimismo, ha sostenido que dos son los mecanismos que suelen utilizarse a efectos de remediar los problemas que presenta las omisiones por parte del legislador en el tiempo:
- a) en primer lugar la apelación al plazo razonable, como un tiempo prudencia que permita cubrir la omisión;
 - b) la fijación de un plazo fijo por parte de las instancias judiciales.

La teoría del plazo razonable es en realidad un instrumento utilizado por los jueces constitucionales frente al legislador en el control sobre todo de los silencios de la ley constitutivos de una inconstitucionalidad por omisión (omisiones relativas) para

¹¹⁷ Revisar la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos (2019). Recuperado en : <https://www.ipsos.com/es-pe/ii-encuesta-nacional-de-derechos-humanos> (20.07.2020).

¹¹⁸ Esta línea de razonamiento también fue utilizada por el Tribunal en jurisprudencia más temprana, como por ejemplo en el EXP 3533-2003-AA/TC, y EXP. N.° 3533-2003-AA/TC.

¹¹⁹ Fundamento jurídico N°7 de la STC N°09617-2006-AA/TC.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Ídem.

¹²² Fundamento jurídico N°8 de la STC N°09617-2006-AA/TC.

¹²³ Fundamento jurídico N°39 de la STC N°00006-2008-AI/TC.

- disponer de la vigencia de la voluntad legislativa. Con el supuesto fin de atemperar el fallo de las sentencias que aprecian su existencia, el juez constitucional deja en precario la validez de la ley impugnada por omisiva, pues, en el caso de declarar la inconstitucionalidad por omisión, no se anula el precepto legal omisivo, sino que la sentencia recomienda al legislador que en un plazo razonable remedie esa omisión, so pena de que, transcurrido ese plazo a juicio del juez constitucional, una nueva impugnación de esa misma ley abocará a que se declare, ahora sí, nulo el precepto en cuestión.¹²⁴ [Lo resaltado es agregado].
- 12.8. Finalmente, debe diferenciarse entre las omisiones explícitas y las omisiones de configuración jurisprudencial. Respecto de las primeras, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que "[E]n el Derecho comparado actualmente no ofrece mayores resistencias la necesidad del control de las **omisiones ordenadas de manera explícita por la Constitución. Este es el caso por ejemplo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental o crea un órgano constitucional delegando a la ley su configuración o regulación. Los supuestos de mandatos explícitos a legislar, constituyen normas constitucionales dirigidas al legislador y su control puede hacerse en sede jurisdiccional siempre que pueda desprenderse un mandato explícito y la inacción del legislador se haya constatado a lo largo de un periodo razonable**"¹²⁵. Por otro lado, respecto de las segundas, nuestro Tribunal señaló que: "[D]istintos son los supuestos en que la constatación de **la omisión**, sólo se **pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales** o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución **en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa**. Aquí se trata de concebir a la acción de los órganos judiciales, y en especial del Tribunal Constitucional, como instituciones que colaboran con el desarrollo y efectividad de las cláusulas constitucionales de modo que, en el desarrollo de sus contenidos pueden avizorar, con conocimiento de causa la necesidad de que los contenidos constitucionales no se desvanezcan o diluyan ante la pasividad de los poderes constituidos. Se trata de la vigilia de la Constitución en su dinámica cotidiana."¹²⁶
- 12.9. Preciado todo este marco teórico, se podría apreciar que a nivel jurisprudencial se identifican a las omisiones inconstitucionales con una inactividad por parte del <Poder Legislativo>¹²⁷, o una ausencia de ley¹²⁸; sin embargo, debe precisarse que resulta siendo también perfectamente factible que se presenten casos de omisiones inconstitucionales que sean producto de silencios no solo por parte del Poder Legislativo, sino también de otros poderes del Estado como el Ejecutivo o incluso el mismo Poder Judicial¹²⁹; de allí que Sagües haya catalogado como una categoría de inconstitucionalidad por omisión a "la falta de omisión(sic)"¹³⁰ de normas generales **por parte de quien debe pronunciarlas**.¹³¹ [Lo resaltado es agregado], esto en vista que nuestra Ley Fundamental puede atribuir directa o indirectamente, distintas funciones normativas y/o reglamentarias a los distintos poderes del Estado, así como también a los organismos constitucionalmente autónomos como el RENIEC.
- 12.10. Dicho esto, esta judicatura considera pertinente precisar que el término más exacto en el siguiente caso sería el de "omisión inconstitucional normativa", esto es, un término que resultar ser mucho más amplio que el término "ley", y que permite además que se pueda ejercer control constitucional sobre omisiones no solo del legislador, sino de cualquier Poder del Estado, u organismo autónomo que tenga la obligación de ejercer su facultad normativa para la regulación de determinado asunto de relevancia constitucional. De esta forma se garantiza la *fuerza normativa de la Constitución*¹³² puesto que permite controlar todo tipo de omisión por parte del poder público, pero dentro de los alcances generales establecidos por nuestro Tribunal Constitucional¹³³ en lo que fuera aplicable *mutatis mutandis*, y en pleno respeto del principio de *corrección funcional*¹³⁴.
- 12.11. Dicho esto, corresponde verificar ahora cuales son los mecanismos mediante los cuales se pueden **controlar las omisiones inconstitucionales normativas**, esto a fin de verificar la competencia *ratione materiae* de esta judicatura. Respecto de ello, y de una revisión de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, se pueden rescatar los siguientes mecanismos:

¹²⁴ Ibidem, f.j N°45.

¹²⁵ Ibidem, f.j N°47 [se aprecia que la sentencia del Tribunal Constitucional tiene un error de numeración, habiéndose consignado el numeral 42, cuando correspondía el número 46].

¹²⁶ Ibidem, f.j N°48 [se aprecia que la sentencia del Tribunal Constitucional tiene un error de numeración, habiéndose consignado el numeral 43, cuando correspondía el número 47].

¹²⁷ Esta es una postura que es incluso compartida por gran sector de la doctrina. Así, puede mencionarse a autores como Gomes Canotillo y Fernández Rodríguez que al hacer referencia a las omisiones inconstitucionales, las identifican como omisiones legislativas o por parte del Poder Legislativo. Puede consultarse: JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998). *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Edit. Civitas, p. 77.

¹²⁸ Puede entenderse aquí el término "ley" como un producto del Poder Legislativo.

¹²⁹ Al respecto puede revisarse: Sagües, N. et al (1992). *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial*. lus et Veritas N°5, pp.39-40.

¹³⁰ Se entiende que el autor quiso decir "emisión".

¹³¹ Sagües, N. et al (1992). *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial*. lus et Veritas N°5, p.39.

¹³² Sobre este principio de *interpretación constitucional*, nuestro Tribunal ha sostenido que: "*La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.*" [Vid. STC 05854-2005-AA/TC, fundamento 12.e).

¹³³ Véase fundamentos 12.5 al 12.8 de la presente sentencia.

¹³⁴ Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. [Vid. STC 05854-2005-AA/TC, fundamento 12.c).

- **Sentencias aditivas:** Sobre este tipo de sentencias, nuestro Tribunal Constitucional ha sido bastante claro al establecer que resultan ser las más idóneas para poner fin a una omisión normativa; así, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que las sentencias aditivas [S]on aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.
- En ese contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.
- En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.
- La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.
- Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.
- El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.¹³⁵
- No obstante, la efectividad de este tipo de sentencias, debe precisarse que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional las limita a los procesos de control abstracto de constitucionalidad, por lo que este mecanismo de control no resulta aplicable al caso de autos¹³⁶.
- Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debe precisarse que nuestro Tribunal Constitucional también ha reconocido otros mecanismos para efectuar control constitucional de omisiones normativas, esto conforme se apreciará *infra*.
- **El proceso de Cumplimiento:** Este proceso de libertad se encuentra reconocido constitucionalmente en el artículo 200.6 de la Ley Fundamental, y procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; asimismo, este proceso constitucional está desarrollado de forma más detallada en el artículo 66° y siguientes del Código Procesal Constitucional.
- Este resulta ser otro mecanismo para controlar determinadas omisiones inconstitucionales normativas puesto que tiene como finalidad que se cumpla con un mandato legal o un acto administrativo que perfectamente podrían reconocer la obligación de la administración pública de normar determinada materia; de allí que el numeral 2) del artículo 66° del Código Procesal Constitucional haya establecido que el proceso de cumplimiento también sirve para que una autoridad pública [S]e pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.
- Un ejemplo claro de este tipo de control de omisión normativa lo podemos apreciar en la sentencia recaída en el Exp N°05427-2009-AC/TC en donde nuestro Tribunal Constitucional ordenó al Ministerio de Energía y Minas que cumpla con reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N°169 de la OIT, esto al considerar que dicho convenio tiene rango constitucional, por lo que siendo que el proceso de cumplimiento sirve para controlar el incumplimiento de una norma legal, *a fortiori* debe servir para controlar el incumplimiento de un mandato de rango constitucional.
- **El proceso de amparo:** Finalmente, esta judicatura considera pertinente hacer referencia al proceso de amparo como vía idónea para controlar omisiones inconstitucionales normativas. Esto tiene fundamento en la propia Constitución cuando establece que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. De ello se desprende que la procedencia del proceso de amparo para controlar una omisión normativa inconstitucional, está supeditada a la existencia de vulneración o amenaza de un derecho fundamental, circunstancia la cual ya está acreditada en el presente caso.

12.12. Conforme lo indicado en el subnumeral precedente, se verifica que el proceso de amparo resulta ser una vía idónea para poner fin a las omisiones inconstitucionales normativas incurridas por la administración pública, por lo que esta judicatura tiene plena competencia para pronunciarse sobre la pretensión perseguida por la parte demandante.

¹³⁵ Véase fundamento 3.3.2 de la STC N°004-2004-CC/TC.

¹³⁶ Véase fundamento 3 de la STC N°004-2004-CC/TC; aquí nuestro Tribunal ubica a las sentencias aditivas como un tipo de sentencias estimativas dentro del procesos de acción de inconstitucionalidad.

SOBRE LA OBLIGACIÓN DEL RENIEC DE IMPLEMENTAR EL PROCEDIMIENTO CONFORME LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS EN LA OC N°24/17

- 12.13. Habiéndose apreciado la viabilidad de la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión bajo análisis, corresponde determinar si compete al RENIEC el tener que implementar un procedimiento administrativo conforme los parámetros establecidos en la OC N°24/17, o si necesariamente dicho procedimiento debe ser regulado mediante una ley, esto en vista que se ha advertido la existencia de una omisión inconstitucional relativa de configuración jurisprudencial.¹³⁷
- 12.14. En primer lugar, y conforme el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe descartarse de plano de que la regulación del procedimiento de cambio de nombre y sexo conforme los parámetros establecidos en la OC N°24/17 [conforme lo exige el derecho a la identidad], deba efectuarse necesariamente mediante una ley o norma de igual rango, esto atendiendo a que en el párrafo N°161 de la mencionada opinión consultiva, la CIDH estableció que: "Finalmente y en concordancia con lo anterior, se puede también señalar que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente."[Lo resaltado y subrayado es agregado].
- 12.15. Ahora bien, habiéndose descartado que el Congreso de la República tenga que necesariamente regular el procedimiento de cambio de nombre, sexo e imagen conforme los parámetros establecidos en la OC N°24/17, corresponde ahora determinar si el RENIEC resulta ser la entidad competente para poder implementar dicho procedimiento.
- 12.16. Respecto de ello, debe precisarse que el artículo 183° de nuestra Carta Política establece que el RENIEC tiene a su cargo la inscripción de los de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil, así como también emitir las constancias correspondientes, y mantener el registro de identificación de los ciudadanos y emitir los documentos que acreditan su identidad; y, finalmente, ejercer las demás funciones que la ley señala.
- 12.17. En esa misma línea, el artículo 7.a) de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, establece de forma expresa lo siguiente: "**Artículo 7.- Son funciones** del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil: a) Planear, organizar, dirigir, normar y racionalizar las inscripciones de su competencia; (...)" [Lo resaltado es agregado]. De ello se desprende que el RENIEC tiene plena competencia para normar todos los procedimientos referidos a la inscripción de los datos de identidad de todos los ciudadanos peruanos, por lo que dicho organismo resulta ser el competente y el obligado a tener que implementar un procedimiento de adecuación de datos personales conforme los parámetros establecidos en la OC N°24/17, esto conforme lo indicado en el subnumeral precedente, y en vista que la obligación de ejercer el control de convencionalidad no resulta ser un monopolio del Poder Judicial, sino de toda la administración pública, esto conforme lo sostenido en el fundamento 239° del caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones).
- 12.18. Debe precisarse que, la competencia del RENIEC para normar los procedimientos de cambio de nombre y sexo ya ha sido previamente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional. Así, en el fundamento 17° de la STC N°06040-2015-PA/TC, nuestro Tribunal dio a entender de que el RENIEC era el competente para adoptar los procedimientos respectivos para las pretensiones de cambio de sexo.
- 12.19. Ahora bien, respecto del ejercicio de las funciones atribuidas constitucionalmente al RENIEC, debe precisarse que debe ser efectuado en concordancia con el principio de unidad de la Constitución¹³⁸, esto en vista que el texto constitucional es un todo armónico que no puede caer en contradicciones dentro su propio contenido desde el momento que la Constitución regula el orden fundamental de la sociedad¹³⁹. De allí que, si la Constitución tiene dicha aspiración de orden, no puede atribuírsele dicha función si es que por un lado garantiza el pleno respeto de derechos fundamentales y, por otro lado, otorga competencias a un organismo constituido para que en el ejercicio de las mismas pueda vaciar de contenido a los derechos fundamentales.
- 12.20. En base a lo indicado en el subnumeral precedente, y atendiendo a que [L]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, no puede interpretarse de otra forma el artículo 183° de la Constitución, en el sentido de que el ejercicio de las facultades otorgadas constitucionalmente al RENIEC no pueden resultar siendo lesivas a la dignidad de los seres humanos ni a sus derechos fundamentales.
- 12.21. Conforme lo indicado, se desprende que el ejercicio de las facultades del RENIEC deben ser efectuadas conforme al respeto del contenido de los derechos fundamentales, y más precisamente, del derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad, los cuales a su vez deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, así como también conforme a los pronunciamientos emitidos por los organismos internacionales competentes para interpretar dichos dispositivos internacionales [IV Disposición Transitoria y Final de la Constitución].

¹³⁷ Es relativa puesto que se ha reconocido la existencia de procedimientos de cambio de nombre [vía legal] y sexo [vía jurisprudencial] a nivel nacional; sin embargo, estos han sido regulados de forma defectuosa al no respetar cabalmente el derecho a la identidad de género [en caso de las personas LGBTI] y libre desarrollo de la personalidad [en caso de cualquier ciudadano] conforme los parámetros establecidos en la OC N°24/17. Asimismo, es una omisión de configuración jurisprudencial puesto que la Constitución no establece de forma expresa que deba existir un procedimiento que cuente con dichas características.

¹³⁸ Respecto de este principio de interpretación constitucional, nuestro Tribunal ha sostenido que: "Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto." [Vid. STC 05854-2005-AA/TC, fundamento 12.a).]

¹³⁹ Hesse, Konrad (1995). Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, p. 81.

12.22. En base a todo ello, **queda verificado que la pretensión objeto de análisis debe ser amparada en su totalidad, debiendo el RENIEC implementar un procedimiento de cambio de nombre, sexo, e imagen que respete los siguientes PARÁMETROS MÍNIMOS establecidos en la OC N°24/17:**

- a. Estos procedimientos deben contemplar la posibilidad del cambio de nombre, sexo, e imagen en los registros y documentos de identidad, debiendo precisarse que dentro de las clasificaciones del "sexo", deberá admitirse una categoría adicional a masculino/femenino, esto conforme el fundamento 11.8 *supra*.
- b. Debe ser un trámite rápido, y si fuera posible gratuito.
- c. La iniciación de dicho trámite debe estar supeditado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, esto atendiendo a la naturaleza declarativa del procedimiento.
- d. No resulta admisible la exigencia de certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos puesto que la discrepancia entre la identidad de género y el sexo asignado al nacer no constituye una patología.
- e. No es exigible la presentación de antecedentes penales, policiales o judiciales, puesto que la armonización de la información que obra en manos de la administración pública es responsabilidad del Estado.
- f. Los procedimientos, y las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, deben ser reservados por regla general, salvo expreso consentimiento de su publicidad por parte de la persona, y salvo circunstancias muy particulares. Este carácter reservado está referido a que tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad¹⁴⁰.
- g. No se podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento.

12.23. Debe precisarse que dicha implementación deberá efectuarse dentro del plazo establecido por esta Judicatura atendiendo a que ya transcurrió un plazo razonable desde el momento de la expedición de la OC N°24/17, y atendiendo a la intensidad de lesión del derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad de las personas quienes desean modificar y/o adecuar la información contenida en los registros y sus documentos de identidad. Sin perjuicio de esto, debe precisarse que los efectos de la presente sentencia no impiden que el nuevo Congreso de la República (encargado de completar el **periodo parlamentario** hasta el 26 de julio de 2021), pueda optar por regular el mencionado procedimiento, o en todo caso, precisar y/o efectuar algunas limitaciones al derecho a la identidad de género y libre desarrollo de la personalidad, dentro del procedimiento de adecuación de datos personales, esto en vista que la limitación de los derechos fundamentales siempre debe ser prevista mediante una ley en sentido formal, o en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, esto conforme lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional en abundante y uniforme jurisprudencia [Sentencia 00005-2012-PI/TC, fundamento 41; Sentencia N°00005-2013-AI/TC, fundamento 12, entre otras]¹⁴¹.

12.24. Llegado a este punto, esta judicatura considera pertinente puntualizar algunas alternativas que podría implementar el RENIEC en la regulación del procedimiento de cambio de nombre, sexo, e imagen que respete los parámetros mínimos establecidos en la OC N°24/17, esto a fin de garantizar el pleno respeto al principio de seguridad jurídica; sin embargo, las siguientes alternativas no resultan siendo de obligatorio cumplimiento para el RENIEC atendiendo al respeto del principio de corrección funcional, siendo únicamente opciones que bien podrían ser o no acogidas por dicho organismo constitucionalmente autónomo. Para ello, a fin de brindar dichas alternativas, esta judicatura recurrirá al **MÉTODO DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA**¹⁴².

¹⁴⁰ Párrafo 135 de la OC N°24/17.

¹⁴¹ En esa misma línea, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que: *"En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática"*. Asimismo, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: *"Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"*. En esa misma línea opina Cesar Landa en: Landa Arroyo Cesar. (14 de febrero del 2019). Entrevista en Enfoque Derecho: "Cesar Landa habla sobre la prohibición de circulación de dos personas en motos lineales", min: 1:20 en adelante. Recuperado de: <https://m.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=k1e2nD5Pksg> (f/b 26/12/2019)

¹⁴² Respecto de la interpretación comparativa, Stern ha sostenido que *"La interpretación comparativa; toma en consideración preceptos paralelos de ordenamientos jurídicos extranjeros, trabaja por lo tanto comparando derechos. En el derecho del estado sólo se ha de emplear con precaución y siempre según la situación y ejerciendo una cierta función de control."* [Klaus Stern (1987). Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.283. Asimismo, Häberle califica a la comparación jurídica como quinto método de interpretación constitucional, sosteniendo así que: *"(...) la comparación jurídica debe ser incorporada de manera decidida y abierta en la interpretación de los derechos fundamentales.(...) La apertura de los contenidos y dimensiones de los derechos fundamentales "hacia afuera" es consecuencia de la evolución hacia el "Estado constitucional cooperativo". De este modo surge una "comunidad de interpretación de los derechos fundamentales"*. [Häberle, P. (2016). El Estado Constitucional. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2ªEd, pp.154-155.

- 12.25.** Respecto al literal c) y d) del fundamento 12.22°, esta judicatura considera pertinente puntualizar que la OC N°24/17 emitida por la CIDH, únicamente prohíbe la evaluación de exámenes psicológicos o psiquiátricos relacionados con la identidad de género auto-percibida¹⁴³; sin embargo, ello no prohíbe que las personas que recurran al procedimiento de adecuación de sus datos de identidad puedan ser sometidas a una evaluación a fin de verificar si tienen conocimiento pleno de las consecuencias de la decisión tomada. Al respecto, esta judicatura considera que el análisis del consentimiento manifestado por el solicitante no debe ser un mero trámite burocrático, sino que debe estar debidamente elaborado, a fin de evitar circunstancias similares a la ocurrida en el caso que se viene tramitando en el expediente N°25370-2013, seguido ante el 20° Juzgado Civil de Lima, sobre cambio de nombre y sexo, en donde un ciudadano que obtuvo previamente el cambio de nombre y sexo, pretende ahora volver a modificar dichos datos.
- 12.26.** Asimismo, respecto este punto debe precisarse que en caso el procedimiento involucre a un menor de edad, se podría exigir que en el trámite deba de participar su representante legal, y que esté supeditado a la expresa conformidad del menor [de edad], esto conforme ha sido recogido por el artículo 5° de la Ley argentina N°26.743¹⁴⁴, la cual ha sido saludada por la CIDH conforme se aprecia del párrafo 156 de la OC N°24/17.
- 12.27.** Ahora bien, respecto del literal e) del fundamento 12.22 *supra*, esta Judicatura considera pertinente exhortar al RENIEC a fin de que una vez recibida una solicitud de cambio de nombre, sexo y/o imagen, en donde el solicitante ha manifestado su consentimiento informado, proceda de forma inmediata con poner a conocimiento del Poder Judicial, Registros Públicos, Ministerio Público, INPE, Policía Nacional del Perú, entre otras entidades, sobre el respectivo cambio de sexo, esto sin menoscabar la confidencialidad del procedimiento.
- Esto conforme ya se ha implementado en otros ordenamientos jurídicos extranjeros como Uruguay cuya Ley N°18,620 de fecha 25 de octubre del 2009 sobre "Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios"¹⁴⁵, establece en su artículo 4° *in fine* que: "(...)Una vez recaída la providencia que acoge la solicitud de adecuación, el Juzgado competente oficiará a la Dirección General del Registro de Estado Civil, a la Intendencia Departamental respectiva, a la Dirección Nacional de Identificación Civil del Ministerio del Interior, al Registro Cívico Nacional de la Corte Electoral y a la Dirección General de Registros a fin que se efectúen las correspondientes modificaciones en los documentos identificatorios de la persona así como en los documentos que consignent derechos u obligaciones de la misma. En todos los casos se conservará el mismo número de documento de identidad, pasaporte y credencial cívica."¹⁴⁶
- En la misma línea, la Ley Boliviana N°807 del 21 de mayo del 2016, establece en su artículo 9.V que: "V. En un plazo de quince (15) días calendario computables a partir de la emisión la Resolución Administrativa, el SERECI notificará de oficio con ésta, el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen a las siguientes instituciones: Servicio de Identificación Personal-SEGIP; Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero-ASFI; Dirección General de Migración- DIGEMIG; Servicio de Impuestos Nacionales-SIN; Derechos Reales; Registro Judicial de Antecedentes Penales-REJAP; Sistema Nacional de Registro de Antecedentes Policiales- SINARAP, de la Policía Boliviana (FELCC, FELCN y FELCV); Dirección General de Régimen Penitenciario; Contraloría General de Estado-CGE; Ministerio de Educación; Ministerio de Defensa; Cajas de Salud Pública; Servicio Nacional del Sistema de Reparto-SENASIR; Autoridad de Pensiones, Valores y Seguros- APS; otras que el SERECI o la o el solicitante consideren necesarias."
- 12.28.** Asimismo, debe agregarse que la OC N°24/17 tampoco prohíbe que se pueda exigir al solicitante la presentación de una declaración jurada y/o formulario mediante la cual indique si cuenta o no con antecedentes penales, judiciales, o policiales; o si se encuentra registrado en alguna central de riegos; u otro tipo de entidad; siendo pertinente precisar que esta exigencia se condice con el deber de cooperación y el principio de buena fe procedimental establecido en el subnumeral 1.8 del artículo IV del TUO de la Ley N°27444, pudiendo estar sujeto este documento a la fiscalización posterior que podrá efectuar la respectiva entidad competente, con sus respectivas responsabilidades penales y/o administrativas que pudieran existir en caso se incurra en una declaración falsa o temeraria, esto como consecuencia de que la Constitución Política no ampara el abuso de derecho [artículo 103° *in fine* de la Constitución].
- 12.29.** Finalmente, del literal f) del subnumeral 12.22 *supra*, esta judicatura considera pertinente precisar que el carácter reservado del procedimiento podría ceder frente a determinadas circunstancias como por ejemplo el consentimiento del solicitante; o el acceso por parte de terceras personas debidamente autorizadas por el titular, o aquellas personas que cuenten con un mandato judicial, esto siguiendo la misma línea que el artículo 9° de la Ley argentina N°26.743¹⁴⁷; o cuando esta información es requerida por un juez o un fiscal, esto conforme se ha establecido en el artículo 6° de la Ley Boliviana N°807¹⁴⁸.

¹⁴³ Véase párrafo 129° de la OC N°24/17.

¹⁴⁴ Este dispositivo legal establece que: "Artículo 5°-Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. (...)"

¹⁴⁵ Si bien esta ley recoge un procedimiento de adecuación de datos en la vía judicial, lo que se pretende rescatar es únicamente la armonización de la información contenida en las distintas entidades que forman parte del Estado.

¹⁴⁶ En: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8775476.htm> (f/b 26/12/2019)

¹⁴⁷ Este dispositivo legal establece que: "Artículo 9- Confidencialidad. Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de

DÉCIMO TERCERO: SOBRE LA PRETENSIÓN REFERIDA A LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR LA LIMITACIÓN INJUSTIFICADA EN EL ACCESO A PRESTACIONES DE SALUD POR PARTE DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD (EN ADELANTE ESSALUD) DE LAS PERSONAS INTERSEX DEBIDO A QUE EL DISEÑO DEL SISTEMA DE COBERTURA DE LA GERENCIA DE ACREDITACIONES DE ESSALUD Y EL SOFTWARE DEL SISTEMA DE GESTIÓN HOSPITARIA DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIO DE SALUD (IPRRES) SUPEDITA LA ATENCIÓN EN SALUD AL SEXO LEGAL ASIGNADO A LOS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD Y NO A LAS NECESIDADES DE SALUD DE LAS PERSONAS.

DERECHO A SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

- 13.1. En la STC 09600-2005-PA/TC, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que en igual medida que la seguridad social se convierte, en tanto garantía institucional, en el soporte sobre el cual se cimienta el derecho fundamental a la pensión, las prestaciones de salud, sean éstas preventivas, reparadoras o recuperadoras, también encuentran sustento en aquélla. En este caso la salud, o más precisamente su alteración, se convierte en la contingencia a ser protegida a través de la seguridad social, buscando con ello el mantenimiento de la calidad de vida.
- 13.2. El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 10° de la Constitución Política reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le "asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos", de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (STC 008-96-I/TC, fundamento 10).
- 13.3. En las SSTC 0050-2004-AI/TC, 0051-2005-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 0007-2005- PI/TC, 0009-2005-PI/TC (acumulados), nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido de la seguridad social se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: en primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social; en segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación; finalmente, y en tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado como portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.
- 13.4. Asimismo, en reiterada jurisprudencia, como en la STC 01323-2005-PA/TC (fundamento 3), el Tribunal Constitucional ha sostenido que: "la conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende a su vez el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud. En consecuencia, **una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria, una perturbación en el goce o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud**" [Lo resaltado es agregado].
- 13.5. En cuanto a la relación entre derecho a la salud y seguridad social nuestro Tribunal ha señalado en la STC 09600-2005-PA/TC que "En la STC 01711-2004-PA se ha indicado que el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11 de la Constitución constituye una manifestación—no única, por cierto— de la garantía institucional de la seguridad social. Estas prestaciones, que corresponden a un sistema contributivo, se concretizan a través del derecho a la salud, pues —tal como se ha precisado supra— es la variación del estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, la que se busca resguardar. Por ello, en el Estado recae el deber de "(...) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes".
- 13.6. Asimismo, en el citado pronunciamiento se ha indicado que "Este Tribunal, recogiendo lo anotado en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", ha precisado que los elementos esenciales del derecho a la salud son: **la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad**. Así, cuando se repare en que dichos componentes se relacionan con las prestaciones en salud que brinda la seguridad social debe, adicionalmente, tenerse en consideración que este derecho, para operar directamente, necesita de configuración legal, por lo que, si bien a través de la seguridad social se busca proteger una mengua en el estado de salud, "la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido normativo". Por tal motivo, cuando exista compatibilidad, similitud o relación entre los componentes básicos del derecho a la salud y las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en cualquiera de los elementos que lo conforman, el derecho a la salud asumirá su característica de "condición habilitante para el ejercicio de otros derechos". [Lo resaltado es agregado]
- 13.7. Dicho esto, corresponde ahora verificar, si es que existe una vulneración y/o amenaza del derecho a la salud de las personas intersex conforme los fundamentos expuestos en la demanda, y los medios de prueba que se han acompañado.

nombre de pila en ningún caso, salvo por autorización del/la titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley N°18.248."

¹⁴⁸ Este dispositivo legal establece que: " Artículo 6. (PRINCIPIOS). La presente Ley se rige bajo los siguientes principios:(...) Confidencialidad. Garantizar que la información sea accesible únicamente a la interesada, interesado, al personal autorizado por la norma o a la solicitada mediante Orden Judicial y/o Requerimiento Fiscal.(...)"

- 13.8. De fojas 07 a 09, obra en autos el Informe N°03552-2017-IPROT de fecha 21 de diciembre del 2017 expedido por SUSALUD, mediante el cual, esta entidad determinó que el Hospital Aurelio Díaz Ufano cumplió con brindar asistencia médica a la demandante, esto conforme el Reglamento de la Ley N°29414; sin embargo, en vista de la programación del software "Sistema de Gestión Hospitalaria de la IPRESS", este, **no pudo acceder a ciertos exámenes de ayuda al diagnóstico por incompatibilidad entre la acreditación del sexo registrado en el DNI y el diagnóstico médico de presunta criptorquidia**¹⁴⁹. Esta afirmación se encuentra debidamente corroborada con la Carta N°1321-DHADUYP-GRDA-ESSALUD 2017 de fojas 10, y con el descargo efectuado por el médico tratante del demandante de fojas 11 a 17; asimismo, la misma Defensoría del Pueblo verificó dicha restricción al acceso de prestaciones de salud conforme se aprecia del Oficio N°053-2017-DP/OD-LIMA-SALUD de fojas 18.
- 13.9. Conforme lo indicado en el subnumeral precedente, queda verificado que el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRESS) supedita determinados exámenes médicos al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas, circunstancia la cual originó la vulneración al derecho a la salud del demandante al no haber podido ser sometido a exámenes de laboratorio de imágenes orientado al diagnóstico presuntivo de criptorquidia a fin de determinar el presunto grado de atrofia y ubicación testicular.
- 13.10. En base a dicha circunstancia, **esta judicatura considera que la pretensión de declaración del Estado de Cosas Inconstitucional debe ser amparada**, esto atendiendo a la incompatibilidad del software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud con el derecho al acceso a la seguridad social sin ningún tipo de limitación injustificada de las personas *intersex*, circunstancia la cual genera una amenaza latente de que cualquier persona que se encuentre en una circunstancia similar a la que se encontró el demandante, no pueda ser atendido en base a argumentos netamente técnicos relacionados con la forma en cómo funciona el sistema de generación de exámenes y citas de ESSALUD.
- 13.11. **Ahora bien, respecto de la primera pretensión accesoria, esta judicatura considera que la misma debe ser desestimada** desde el momento que el demandante no ha logrado acreditar que fue víctima de un tratamiento discriminatorio de forma dolosa por parte del personal de salud y administrativo de ESSALUD, que justifique que esta judicatura ordene a dicha empresa estatal la aprobación de determinados lineamientos, esto en vista que el impedimento de que sea atendido no se debió a causas imputables al personal que lo atendió en dicha oportunidad, debiendo sumarse a esto que ya existe normativa que regula el trato por parte del personal de salud de ESSALUD, esto conforme se aprecia del artículo 15 literales a) y e) de la Ley General de Salud aprobada mediante Ley N° 26842¹⁵⁰, y más específicamente, el artículo 19.f) del Reglamento Interno de ESSALUD aprobado mediante la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 139 -PE-ESSALUD-99¹⁵¹. En todo caso, frente a algún tratamiento discriminatorio del que pueda ser víctima el demandante y/o cualquier otro ciudadano que se encuentre en una situación similar, tendrá expedito su derecho de interponer la queja respectiva ante la autoridad competente para dicho fin.
- 13.12. **Respecto de la segunda pretensión accesoria, esta judicatura considera que la misma debe ser desestimada** desde el momento que la parte demandante no ha justificado suficientemente las razones por las cuales se deba dejar sin efecto el software del Sistema de gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) de ESSALUD y vinculadas a ella, que actualmente rige todas las prestaciones de salud; máxime si es que ello podría terminar ocasionando consecuencias contraproducentes al perjudicar y/o complicar la atención de todos los demás usuarios del servicio que brinda ESSALUD. **Asimismo, esta judicatura considera que lo más apropiado es únicamente disponer la adecuación de dicho software a fin de que no se supedite ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo.**
- 13.13. Es justamente en base a lo indicado *in fine* en el subnumeral precedente, que **la tercera pretensión accesoria planteada debe ser estimada**, esto atendiendo a que se trata de una solución adecuada y proporcional respecto de la situación inconstitucional advertida por esta judicatura, siendo pertinente precisar que ESSALUD no ha demostrado debidamente las razones por las cuales no sería posible efectuar el cambio del software del Sistema de gestión hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de ESSALUD.

DÉCIMO CUARTO: EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO CONTRALOR DE CORRIENTES FUNDAMENTALISTAS QUE PRETENDEN LIMITAR EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

- 14.1. Ya habiéndose emitido pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones que eran de objeto de pronunciamiento mediante la presente sentencia, esta judicatura no puede obviar pronunciarse sobre el control por parte del Estado Constitucional respecto de las corrientes fundamentalistas que pretenden limitar injustificadamente el ejercicio de determinados derechos fundamentales.
- 14.2. Se puede definir al fundamentalismo como toda doctrina o movimiento que promueve la práctica intransigente y acatamiento a determinada línea de pensamiento. El fundamentalismo implica sometimiento absoluto a los preceptos establecidos en los libros

¹⁴⁹ Testículos no descendidos.

¹⁵⁰ Este dispositivo establece que: "Artículo 15°.- Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho: a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad; (...)e) A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare;"

¹⁵¹ Este dispositivo establece que: "Artículo 19°.- Son obligaciones de los trabajadores del ESSALUD las siguientes:(...) f) Tratar cortésmente al cliente externo, así como a las personas con las que tuviera que alternar por las funciones que desempeña."

fundacionales o sagrados, sin posibilidad de réplica¹⁵². En esa misma línea, la Real Academia Española la define como una "Exigencia intransigente de sometimiento a una doctrina o práctica establecida"¹⁵³. Si bien es cierto en sus inicios el fundamentalismo estaba únicamente relacionado con corrientes religiosas, hoy en día se pueden rescatar distintos tipos de corrientes fundamentales. Por ejemplo, Häberle¹⁵⁴ nos habla de al menos 5 tipos distintos de fundamentalismos: i) el religioso; ii) el político; iii) el económico; iv) el científico; y el v) ecológico.

- 14.3. No obstante la calificación ofrecida por Häberle, y por supuesto sin ánimo de desmerecerla, esta judicatura considera que la misma no puede ser calificada como una lista cerrada, puesto que resulta ser perfectamente factible que exista otro tipo de corrientes fundamentalistas las cuales también cumplan con las características especificadas por nuestro autor¹⁵⁵; que cumplan el concepto para ser calificadas como fundamentalistas; y que a su vez resulten ser un peligro para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, pudiéndose así hacer referencia a un fundamentalismo de carácter social.
- 14.4. No resulta ser nuevo que en el Perú -así como en muchos otros países- existe un evidente rechazo a los derechos fundamentales de la comunidad LGBTI, esto por parte de algunas mayorías conservadoras o proclives a la discriminación. Siendo justamente este tipo de movimientos sociales fundamentalistas aquellos que sirven de soporte a la discriminación sistemática y estructural de los derechos de estas personas, circunstancias las cuales ya han sido evidenciadas a nivel internacional por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹⁵⁶, por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁵⁷, la Asamblea General de la OEA¹⁵⁸, entre muchas otras.
- 14.5. Frente a dicha circunstancia de rechazo social de una mayoría frente a los derechos de una minoría, el Estado Constitucional tiene el deber de confirmarse como aquel que vela por el pleno respeto de los derechos fundamentales de la totalidad de los ciudadanos, esto es, aquellos que forman parte tanto de las minorías como de las mayorías; de allí que no resulte siendo constitucionalmente posible que la postura de una mayoría de la población pueda generar restricciones injustificadas o vaciamiento de contenido de los derechos fundamentales de las minorías, puesto que si bien es cierto nos encontramos en una democracia [artículo 43° de la Constitución] en la cual el poder emana del pueblo [artículo 45° de la Constitución], también resulta ser cierto que el pueblo [mayoría] no resulta siendo un poder ilimitado desde que el mismo ha pasado de ser *poder constituyente* a *poder constituyente constituido* cuyos límites también se encuentran establecidos por la propia Constitución, siendo uno de límite de este, el respeto de los derechos fundamentales, esto conforme el artículo 38° de la Constitución Política.

¹⁵² En: <https://quesignificado.com/fundamentalismo/>

¹⁵³ En: <https://dle.rae.es/fundamentalismo>

¹⁵⁴ Häberle, P. (1996). Retos actuales del Estado Constitucional. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, pp.143-144.

¹⁵⁵ Dentro de las características señaladas por Häberle, tenemos: "(1) Los <<fundamentalismos>> han de tomarse en primer lugar literalmente: quieren llegar, a menudo regresar, a los <<fundamentos>> (a las <<roots>>). Y quieren tomar estos como <una> <verdad> válida para todos los tiempos de su imagen del mundo, de los hombres y de Dios (con referencia a una Sagrada Escritura, la Tradición o Revelación). Proyectan <imágenes enemigas> sobre el plano de una amplia <concepción del mundo>. (2) Con ello se inscriben en el <simple monismo - en oposición al <complejo> pluralismo. la *pretensión de verdad* es monopolizada y defendida, no discutida, como <certeza de salvación>. (3)El fundamentalismo rehúsa el discurso; rechaza la relación de diálogo característica de la modernidad en la ciencia, la política y la sociedad, también el compromiso, el conciliador tanto-esto-como, el querer convivir pacíficamente, brevemente: la tolerancia y la franqueza. (4) El fundamentalismo es re-acción a los cambios y las transformaciones. Reacciona a fenómenos de *crisis* de lo nuevo en cada momento. En esta medida puede diagnosticar lo problemático, por ejemplo los síntomas de disolución y los déficits éticos de la sociedad occidental (consecuencia: creciente criminalidad juvenil, decadencia del matrimonio y de la familia, *sex and crime* en la televisión, decadencia de los cascos urbanos y el fracaso de las iglesias oficiales. (5) El fundamentalismo es un intento tendencialmente comprensible de lograr *identidad*, seguridad, solidez para el individuo y el grupo, donde (como en algunos signos de la sociedad moderna) todo es <a discreción>, intercambiable, <negociable> y los modelos vinculantes de sentido y orientación van perdiéndose. Pero corre el peligro de anular la liberación del individuo documentada en los derechos humanos. Puede ir acompañado de inhumana sumisión hacia dentro, de violenta afirmación hacia fuera y de pretensiones de universalidad. (6) Es común a todos los fundamentalistas que en un momento determinado entran en conflicto con los (sic) conquistas culturales del Estado constitucional y de su *sociedad abierta*. (7) Los fundamentalismos de todo tipo, aunque operen sectorialmente, expresan problemas *culturales*. La modernidad debe abordarlos en todas sus disciplinas particulares operando en correspondencia de forma amplia, esto es, desde la ciencia de la cultura. La ciencia del Derecho no puede responderles con el positivismo o *exclusivamente* con el racionalismo crítico de un *Sir Popper*. Solamente un <debate cultural> más profundo promete una mayor comprensión y ayuda práctica. Y solamente el enfoque *diferenciado* es la respuesta adecuada. Este enfoque se dirige también contra el <antifundamentalismo fundamentalista>. (M.Spieker).(8)M. Riesebrodt merece asentimiento, cuando señala que el movimiento fundamentalista no se manejan cuestiones engañosas de siglos anteriores, sino *cuestiones centrales de la sociedad actual*. En otras palabras: los fundamentalismos ponen nombre a crisis internas del <proyecto de la modernidad>. Este es su lado positivo. (9). La doctrina del *Estado Constitucional*, que da lugar a la aparición de fundamentalismos y hoy día de alguna forma incluso en sus aspectos de *crisis* los <provoca>, debe hallar medios y vías, para por un lado organizar pragmáticamente la convivencia de muchos fundamentalismos de nuestro tiempo, quizás incluso integrarlos en parte, por ejemplo mediante la prohibición de violencia y el monopolio estatal de la violencia, la protección de la dignidad humana de todos también en el ámbito social; por otro lado precisamente también en virtud de esta misión debe, mediante sus propios principios que lo fundamentan, trazar e imponer límites en el ámbito interno y en convivencia con los pueblos. (...)". En: Häberle, P. (1996). Retos actuales del Estado Constitucional. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, pp.146-148.

¹⁵⁶ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Resolución 17/19 de 14 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/19.

¹⁵⁷ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 1.

¹⁵⁸ OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; entre otras.

En esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que una democracia se caracteriza por el gobierno de las mayorías, pero con el pleno respeto de los derechos fundamentales de las minorías [f.j 7° de la STC N°00105-2013-PA/TC].

- 14.6. Siguiendo esa misma línea de razonamiento, la CIDH ha establecido en el párrafo 95 de la OC N°24/17 que "el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, **quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables.**"
- 14.7. Conforme ello, el Estado Constitucional no puede ceder frente a corrientes fundamentalistas que pretenden limitar derechos fundamentales de las minorías de forma injustificada, puesto que de ser así, el Estado Constitucional Peruano no podría cumplir con los **DEBERES ESPECIALES DE PROTECCIÓN** establecidos en el artículo 44° de la Constitución, debiendo sumarse a esto que fallaría en su rol de mediador de corrientes fundamentalistas, no pudiendo así garantizar a la Constitución como aquella norma que regula el orden jurídico fundamental de la sociedad; y finalmente, acabaría siendo condenado por el incumplimiento de obligaciones internacionales.

DECIMO QUINTO: ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

En ese sentido, se determina lo siguiente:

- 15.1. **Está probado** que esta judicatura es competente para la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional.
- 15.2. **Está probado** que las opiniones consultivas emitidas por la CIDH resultan ser de observancia obligatoria para los distintos poderes del Estado.
- 15.3. **Está probado** que se ha vulnerado el derecho a la identidad de género y libre desarrollo de la personalidad del demandante, así como de la comunidad LGBTI, al no existir un procedimiento que adaptación de información establecida en los registros conforme la identidad auto-percibida que cumpla con los parámetros establecidos en la OC N°27/17.
- 15.4. **Está probado** que se ha vulnerado el derecho a la salud del demandante, poniéndose en peligro el derecho a la salud de las personas *intersex* al estar supeditadas determinadas prestaciones de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo.
- 15.5. **No está probado** que la asignación temprana del sexo a las personas *intersex* constituya amenaza cierta, inminente y sistemática a sus derechos fundamentales.

DÉCIMO SEXTO: CONSECUENCIA JURÍDICA: NORMA APLICABLE Y SUBSUNCIÓN

- 16.1. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, esto conforme lo establecido en el artículo 196 del Código Procesal Civil; sin embargo, si las circunstancias especiales del caso lo justifican, mediante una resolución debidamente motivada, se puede distribuir la carga de la prueba, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla.¹⁵⁹
- 16.2. La IV Disposición Transitoria y Final de la Constitución establece que:
- " **Cuarta.** - 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."
- En esa misma línea, el artículo 55° de la Constitución establece que:
- " **Artículo 55°.** - Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional."
- 16.3. El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que:
- " **Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales**
El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte."
- 16.4. El artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que:
- " **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.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

¹⁵⁹ Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013, página 213.

16.5. El artículo 45° de la Constitución Política del Perú establece que:

"Artículo 45°. - El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...)"

DÉCIMO SEPTIMO: JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

17.1. En los fundamentos 12° y 13° de la **STC. N°04617-2012-PA/TC** nuestro Tribunal sostuvo que:

" 12. Conforme lo expresado en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Véase fundamento 8 de la presente sentencia), no sólo la Corte IDH ejerce el control de convencionalidad, sino que dicha facultad debe ser ejercida por los jueces locales para evitar que la controversia llegue a la instancia supranacional, cuya intervención es subsidiaria, es decir, que para llegar a esta instancia, previamente se debe agotar "los recursos de jurisdicción interna" (artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos).

13. Demostrada la vulneración de las disposiciones supranacionales resulta necesario adecuar el derecho interno a los tratados. Esto implica que si la normativa doméstica (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales. No estamos más que ante el deber general del Estado de adecuar su derecho interno (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No está demás expresar que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones de derecho supranacional, sino también el Legislativo y el Ejecutivo, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado."¹⁶⁰

17.2. En el fundamento 2° de la **STC N°0217-2002-HC/TC**, nuestro Tribunal sostuvo que:

"2. De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región."¹⁶¹

17.3. En el fundamento 44° de la **STC N°04587-2004-AA/TC**¹⁶², nuestro Tribunal sostuvo que:

" 44. Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia.

Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)."

De forma similar a ello, en el fundamento 11 de la **STC N°04677-2005-PHC/TC**, nuestro Tribunal sostuvo que:

"11. Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito."

17.4. En el fundamento 2° de la **STC N°00842-2017-PA/TC**, nuestro Tribunal sostuvo que:

" 2. El inciso 3 el artículo 139 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho al debido proceso. Del mismo modo, dispone que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto del previamente establecido. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el Código Procesal Constitucional deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos

¹⁶⁰ En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>

¹⁶¹ En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00217-2002-HC.html>

¹⁶² En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.pdf>

humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de lo que el Perú es parte."¹⁶³

17.5. Respecto al *consecuencialismo* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el fundamento 35° de la **STC N°00007-2007-AI/TC**, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que:

"35. Lo expuesto alude a lo señalado en el Fundamento N.º 26, *supra*, respecto a la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal, cuyo deber es desarrollar una labor *preventiva* a fin de evitar las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano."¹⁶⁴

En esa misma línea, en el fundamento 17° y 18° de la **STC N°04729-2011-PHD/TC**, nuestro Tribunal Constitucional estableció que:

" 17. De otro lado, en atención a lo establecido en el artículo 45° de la Constitución, conforme al cual el poder del Estado emana del pueblo y quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen, este Tribunal, al emitir sus fallos, se encuentra en la obligación de actuar con la responsabilidad que su alta investidura como supremo intérprete de la Constitución y defensor de los derechos fundamentales exige. En ese sentido, este Colegiado tiene el deber de prever las consecuencias de sus decisiones y modular sus efectos en atención a los derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional en juego.

18. Teniendo en cuenta este principio de previsión de consecuencias, en el marco de los procesos de inconstitucionalidad, atendiendo a los efectos nefastos del vacío normativo que se generaría como consecuencia de declarar inconstitucional la norma impugnada, el Tribunal Constitucional, en varias oportunidades (STC N.º 0030-2004-PI/TC, STC N.º 0024-2003-PI/TC, STC N.º 0019-2005-PI/TC) ha empleado la técnica de *la vacatio sententiae*, la cual consiste en diferir los efectos de la sentencia por un plazo determinado a fin de evitar las consecuencias perjudiciales que se podrían producir por la efectividad inmediata de la sentencia.

19. En tención al mismo principio y ante la necesidad de modular los efectos de la sentencia en el presente caso, dadas las consecuencias negativas que ésta puede tener frente a derechos de terceros y frente a bienes de relevancia constitucional como el matrimonio y la familia, **este Colegiado considera que dicha técnica puede resultar aplicable en el marco de los procesos constitucionales de tutela de derechos, como es el caso del presente proceso constitucional de hábeas data. Cabe resaltar además que la modulación de los efectos de las sentencias se encuentra plenamente amparada en el artículo 55° del Código Procesal Constitucional, el cual permite que en el marco del proceso constitucional de amparo el juez establezca lo efectos de la sentencia para el caso concreto**, norma que también resulta aplicación al proceso constitucional de hábeas data en virtud del artículo 6 del mismo cuerpo normativo, el cual señala que las reglas procesales del hábeas data serán las mismas que las establecidas para el proceso constitucional de amparo, salvo en lo que respecta a la exigencia del patrocinio de abogado."¹⁶⁵ [Lo resaltado es agregado]

Así también, en la jurisprudencia más temprana de nuestro Tribunal Constitucional se aprecia que en los fundamentos 229° y 230° de la **STC N°00010-2002-AI/TC**, nuestro Tribunal Constitucional estableció que:

" 229. Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento. En ese sentido, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

230. Considera el Tribunal Constitucional que tal regla al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio setentiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regulen en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria."¹⁶⁶

17.6. En el fundamento 239° del **caso Gelman vs Uruguay**, la CIDH estableció sobre el control de convencionalidad que:

"239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero

¹⁶³ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00842-2017-AA.pdf>

¹⁶⁴ En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>

¹⁶⁵ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04729-2011-HD.pdf>

¹⁶⁶ En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, **es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.** (...)”¹⁶⁷ [Lo resaltado es agregado]

17.7. En el fundamento 17° de la **STC N°06040-2015-PA/TC**, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que:

“17. El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo. A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) que fueran presentadas luego de la publicación de esta sentencia, **y mientras los órganos emplazados¹⁶⁸ no adopten los procedimientos especiales para esta clase de pedidos**, la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. (...)”¹⁶⁹.

17.8. En el fundamento 42° de la **STC N°05427-2009-PC/TC**, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que:

“b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable

42. Este elemento de la inconstitucionalidad por omisión normativa supone el lapso de tiempo transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional (que es el momento mismo en que se dicta la norma constitucional) y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. Ahora, en el caso de que la propia Constitución establezca un plazo para emitir la norma de desarrollo constitucional correspondiente, se entenderá que la omisión se produce culminado dicho plazo sin haberse llevado a cabo la emisión de la norma correspondiente. Este criterio, sin embargo, puede relativizarse en algunos casos, atendiendo a las circunstancias concretas.

Por el contrario, cuando la Constitución no haya establecido el período de tiempo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo constitucional, queda a la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido, para lo cual deberá tener en cuenta, como este Colegiado ya lo ha precisado, la apreciación de la doctrina del plazo razonable (STC° 0006-2008-PI/TC, FJ. 45). Para la apreciación de dicho plazo razonable puede aplicarse además, en lo que fuera pertinente, la doctrina establecida en la STC 1680-2009 HC/TC, caso Antauro Humala Tasso, FF.JJ. 5-9, y la STC 7624-2005-PHC/TC Caso Hernán Buitrón Rodríguez, FF.JJ. 6-19. En todo caso, la determinación de la razonabilidad del tiempo transcurrido debe atender a los resultados inconstitucionales que dicha omisión pueda ir ocasionando en el tiempo y que haga cada vez más indispensable la emanación de la norma de desarrollo constitucional.¹⁷⁰”

17.9. En el fundamento 14°, 15°, 17° y 30° de la **STC N°06040-2015-PA/TC**, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que:

“14. Por lo demás, este Tribunal advierte que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad. Es importante, por lo demás, mencionar que este mismo criterio ha sido asumido por la Corte IDH en los casos Karen Atala vs. Chile, y Duque vs. Colombia, en los cuales precisó que la idea de la “identidad de género” encuentra cobijo en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En un sentido similar, la Organización de Estados Americanos [Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2435 (XXXVIII-0/08)], también ha instado a los Estados a adoptar las medidas necesarias para combatir la discriminación y cualquier forma de violación de derechos humanos en contra de las personas en razón este motivo [Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2600 (XL-0/10)].

15. El Tribunal Constitucional estima, en conclusión, que los jueces tienen un especial margen de decisión en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad, por lo que, también en este extremo, corresponde dejar

¹⁶⁷ En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

¹⁶⁸ En este proceso fueron demandados el RENIEC y el Ministerio Público; sin embargo, debe descartarse la obligación de este último atendiendo a sus competencias establecidas por la Constitución y la Ley.

¹⁶⁹ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

¹⁷⁰ En: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>

sin efecto los lineamientos que habían sido aprobados en la STC 0139-2013-PA, a fin que, en el desarrollo de los procesos en la vía ordinaria, los jueces puedan tomar en cuenta los recientes alcances con relación a este derecho.

(...)

17. El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo. A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) que fueran presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y mientras los órganos emplazados no adopten los procedimientos especiales para esta clase de pedidos, la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. La elección de este conducto se sustenta tanto en la necesidad de tutelar de manera urgente los derechos involucrados, como en la posibilidad de evitar cualquier clase de dilación por el desarrollo complejo y extendido del proceso. Por otro lado, respecto de aquellas solicitudes que fueron presentadas en la vía del amparo antes de la publicación de esta sentencia, y que actualmente se encuentran en trámite (ii), operará la reconducción del proceso a la vía regulada en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, con el propósito de que los órganos competentes, a través del despliegue de la actividad probatoria que corresponda, emitan un pronunciamiento de fondo a fin de tutelar, de ser el caso, los derechos a los que se ha hecho mención en esta sentencia

(...)

30. En el presente caso, este Tribunal aprecia que el artículo 749.9° del Código Procesal Civil regula la posibilidad de solicitar la rectificación de nombre mediante un proceso no contencioso, el cual, de conformidad con el artículo 750° del mismo Código es de competencia del Juez de Paz Letrado o de Notario. En cuanto al pedido de cambio de nombre, previsto en el artículo 29° del Código Civil —que es lo que en este caso se solicita en la demanda de autos— lo correspondiente es que, a fin de que la persona pueda hacer valer en una misma vía su solicitud, también sea tramitado en el proceso sumarísimo, junto el pedido de cambio de sexo en los documentos de identidad¹⁷¹.

- 17.10. En el fundamento 110° del **caso Duque vs. Colombia** sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que:

"110. Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte"¹⁷².

- 17.11. En el fundamento 90° del caso **Duque vs. Colombia** sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que:

"90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando 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". Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la "Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género". El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género" en la que se expresó la "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género". La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas"¹⁷³.

DÉCIMO OCTAVO: COSTOS PROCESALES

¹⁷¹ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

¹⁷² En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

¹⁷³ En: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo artículo 56¹⁷⁴ del Código Procesal Constitucional, corresponde condenar a la parte vencida demandada, al pago de costos procesales, en razón que se ha evidenciado la lesión del derecho invocado, monto que será liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, no siendo condenable al pago de costas procesales, conforme lo establecido en el mismo cuerpo normativo.

DECISIÓN

Por estas consideraciones, el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado de conformidad al primer párrafo del artículo 138¹⁷⁵ y a lo dispuesto por los artículos 1, 2, 17 y numerales 19° y 24° del artículo 37°, y artículo V y VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, artículo 1°, 2.1°, 45° y IV Disposición Transitoria y Final de la Constitución, artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos, impartiendo justicia a nombre de la Nación, **RESUELVE:**

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA de proceso de AMPARO** de fojas 23/71, interpuesta por **S.Y.H.M.**, contra **el RENIEC y su PROCURADURÍA PÚBLICA, y ESSALUD**, por vulneración a sus derechos constitucionales a la identidad (de género), libre desarrollo de la personalidad y salud.
2. **DECLARAR LA EXISTENCIA DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL** ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres, el sexo, y la imagen en los documentos nacionales de identidad y demás registros públicos de las personas trans y de las personas intersexuales por constituirse violación sistemática al derecho a la identidad (de género) y libre desarrollo de la personalidad.
 - En consecuencia, **SE ORDENA** al **RENIEC** a fin de que en el plazo máximo de un año, **CUMPLA CON IMPLEMENTAR** un procedimiento administrativo de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la CIDH, esto en concordancia con lo establecido en el fundamento 12.22 de la presente sentencia, **DEBIENDO INFORMAR A ESTA JUDICATURA DE FORMA TRIMESTRAL SOBRE LOS AVANCES DE DICHA IMPLEMENTACIÓN DE PROCEDIMIENTO**, pudiendo tomar en cuenta las recomendaciones formuladas en los fundamentos 12.23 a 12.29 de la presente sentencia.
3. **SE DECLARA EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL**, sobre la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte del Seguro Social de Salud (en adelante ESSALUD) de las personas intersex debido a que el diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de Essalud y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRRES) supedita la atención de determinadas prestaciones de salud al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas.
 - En consecuencia, **SE ORDENA** a **ESSALUD** a fin de que en el plazo máximo de 02 meses, **CUMPLA** con **ADECUAR DICHO SOFTWARE** a fin de que no se supedite ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo.
4. **INFUNDADA LA DEMANDA** en lo demás que se solicita.
5. **EXHORTAR** a las demandadas no volver a incurrir en las conductas que motivó la presente demanda, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas señaladas en el artículo 22 del Código Procesal Civil.
6. **CON COSTOS** procesales, a liquidarse en ejecución de sentencia.
7. **NOTIFÍQUESE ELECTRONICAMENTE Y MEDIANTE CÉDULA** en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 155-E¹⁷⁶ del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **Hágase saber.** -----♦

¹⁷⁴ **Artículo 56 CPConstitucional.-**

(...) En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.

¹⁷⁵ **Constitución Política del Perú. Artículo 138.- Administración de justicia.**

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

¹⁷⁶ **Artículo 155-E. Notificaciones por cédula**

Sin perjuicio de la notificación electrónica, las siguientes resoluciones judiciales deben ser notificadas solo mediante cédula:

1. La que contenga el emplazamiento de la demanda, la declaración de rebeldía y la medida cautelar.

2. La **sentencia** o auto que pone fin al proceso en cualquier instancia.

La resolución notificada por cédula surte efecto desde el día siguiente de notificada.