



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC

LIMA

S.Y.H.M.

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 28 de octubre de 2022

De conformidad con el auto de fecha 27 de septiembre de 2022, publicado en el portal web institucional el 28 de octubre de 2022, se procede a publicar una versión íntegra del auto de fecha 5 de mayo de 2022, con el nombre de la parte demandante reemplazado por sus iniciales S.Y.H.M.


Flavio Réategui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC
LIMA
S.Y.H.M.

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 5 de mayo de 2022

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña S.Y.H.M. contra la resolución de folio 204, de 17 de agosto de 2020, expedida por la Sala de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente el extremo referido a la primera pretensión principal con sus pretensiones accesorias formuladas en la demanda de autos; y

ATENDIENDO A QUE

1. El 21 de octubre de 2019, la recurrente interpuso demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), la Municipalidad Distrital de Sillapata-Huánuco, la Red de Salud San Miguel (órgano descentralizado de la Dirección Regional de Salud de Ayacucho), la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu), el Seguro Social de Salud del Perú (EsSalud) y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), con emplazamiento de los respectivos procuradores públicos. Se solicita lo siguiente:

Pretensión principal A: en atención a la vulneración de su derecho a la identidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida privada, al derecho a la educación y al trabajo en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, solicito 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 acta de nacimiento y documento nacional de identidad (DNI), debiendo quedar de la siguiente manera: a) en el acápite correspondiente a los prenombrados EIDAN KALETB, b) en el acápite correspondiente a sexo MASCULINO. Las modificaciones y las causas no deben constar como anotaciones en los documentos modificados.

Pretensión 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 212-2017-GRA/GRDS-DIRESA-UERSSAMI-DE, de 28 de noviembre de 2017, mediante la cual pasa a ser personal nombrado en el cargo de obstetra para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC
LIMA
S.Y.H.M.

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. Las modificaciones y las causas no deben constar como anotaciones en los documentos modificados.

Pretensión accesoria 2.- Se ordene a la UNMSM que corrija los datos de la recurrente en el título universitario de la carrera de obstetricia, de 25 de marzo de 2010 (autorizado mediante R.R. 01327-R-10, de 23 de marzo de 2010), en el título que otorga el grado de bachiller, así como en todos los registros de su competencia, en donde se encuentren consignados los prenombrados y/o sexo del demandante, a fin de que los datos allí recogidos guarden concordancia con los cambios efectuados. Asimismo, de acuerdo con lo anterior, deberá ordenarse a la Sunedu que corrija los datos en todos los registros de su competencia. Las modificaciones y las causas no deben constar como anotaciones en los documentos modificados.

Pretensión principal B: Se declare 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.

Pretensión accesoria 1.- Se ordene al Reniec eliminar la categoría sexo de los documentos nacionales de identidad; debiendo para ello modificar su Reglamento de Inscripciones.

Pretensión accesoria 2.- Se ordene al RENIEC dejar sin efecto el actual formulario de certificado de nacido vivo aprobado mediante Resolución Gerencial 001-2012/GOR/RENIEC, de fecha 24 de febrero de 2012, y que en consecuencia se disponga la aprobación de un nuevo formulario en el que se prescinda de la categoría sexo.

Pretensión principal C: se declare estado de cosas inconstitucional a la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los prenombrados 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 en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC
LIMA
S.Y.H.M.

(Corte IDH), de 24 de noviembre de 2017.

Pretensión accesoria 1.- Se ordene al Reniec prever y regular procedimiento administrativo de acuerdo con los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la Corte IDH, 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 u hormonal alguna, diagnósticos médicos y/u opiniones médicas o psicológicas, debiendo para ello modificarse el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Reniec, aprobada mediante Resolución Jefatural 156-2017-JNAC/RENIEC, a fin de incluir lo pertinente a la tramitación de estas solicitudes.

Pretensión principal D: en atención a la vulneración de su derecho a la salud con relación al derecho a la igualdad y no discriminación solicito se declare estado de cosas inconstitucional la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte de 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 en los documentos de identidad y no a las necesidades en salud de las personas.

Pretensión 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 la atención de sus necesidades médicas.

Pretensión 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.

Pretensión accesoria 3.- Se ordene a EsSalud la creación e implementación, en el más breve plazo, de un nuevo software que no supedite 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC
LIMA
S.Y.H.M.

2. Mediante Resolución 1, de 13 de junio de 2018 (folio 73), corregida por Resolución 3, de 18 de septiembre de 2018 (folio 114) el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró improcedente la demanda en el extremo referente a la primera pretensión principal y sus pretensiones accesorias, y admitió a trámite la demanda, respecto de las demás pretensiones. La referida improcedencia fue declarada por considerar que en el fundamento 17 de la sentencia emitida en el Expediente 06040-2015-PA/TC se deja establecido que «los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo (...). [E]n 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 (...)». Asimismo, en el fundamento 30 de la misma sentencia se expresó que «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 identidad (...)». En consecuencia, habiéndose determinado la existencia de una vía igualmente satisfactoria para las pretensiones referidas al cambio de nombre y sexo, dicho extremo de la demanda incurre en la causal de improcedencia establecida en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, entonces vigente.
3. La demandante apeló respecto al extremo que declaró improcedente la primera pretensión principal y sus pretensiones accesorias.
4. A través de la Resolución 6, de 17 de agosto de 2020 (folio 204), la Sala de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la apelada por similares fundamentos.
5. Al respecto, se advierte que es **objeto de recurso de agravio constitucional, la primera pretensión principal y sus dos pretensiones accesorias**, descritas en el primer considerando del presente auto y **que, como se ha descrito, fueron**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC
LIMA
S.Y.H.M.

objeto de un rechazo liminar.

6. No obstante lo resuelto por las instancias o grados judiciales precedente, esta Sala del Tribunal Constitucional, discrepa del rechazo liminar del que ha sido objeto la demanda. Atendiendo a la pretensión descrita y al hecho que casos como los contenidos en los Expedientes 0139-2013-PA/TC y 00640-2015-PA/TC el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de controversias con pretensiones con cierta similitud a la presente. En consecuencia, existen elementos de juicio que admiten un razonable margen de debate, por lo que resulta necesario abrir el contradictorio para dar la oportunidad a los demandados de formular los descargos que juzgue pertinentes.
7. Dado que se está delimitando el presente pronunciamiento respecto a la primera pretensión principal y sus dos pretensiones accesorias, se entiende por demandados a los destinatarios de dichas pretensiones, es decir, el Registro Nacional de Identificación y estado Civil (RENIEC), la Municipalidad Distrital de Sillapata-Huánuco, la Red de Salud San Miguel (órgano descentralizado de la Dirección Regional de Salud de Ayacucho), la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu).
8. El segundo párrafo del artículo 116 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307 (artículo 20 del anterior código) establece que "si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio (...)".
9. Entonces, correspondería que se disponga la nulidad de ambas resoluciones a fin de que se admita a trámite la demanda conforme al citado artículo 116
10. Sin embargo, la situación de emergencia provocada por la enfermedad del Covid-19, causado por el coronavirus SARS-COV-2, genera la necesidad de evitar sobrecargar a los órganos jurisdiccionales competentes, que recientemente empezaron a reactivarse luego de paralizar sus funciones por las medidas de restricción adoptadas para enfrentar a la referida enfermedad, lo cual impactaría en el tiempo de espera de los litigantes en búsqueda de tutela.
11. Por consiguiente, se debe disponer la admisión a trámite de la demanda en el Tribunal Constitucional, **respecto a la primera pretensión principal y sus dos pretensiones accesorias**, corriendo traslado de la misma y sus recaudos a los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC
LIMA
S.Y.H.M.

demandados detallados en el considerando 7 del presente auto, así como de las resoluciones judiciales de primera y segunda instancia o grado y del recurso de agravio constitucional, para que, en el plazo de 10 días hábiles ejerciten su derecho de defensa. Ejercido dicho derecho o vencido el plazo para ello, y previa audiencia pública, ésta queda expedita para su resolución definitiva.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, se deja constancia que la magistrada Ledesma Narváez votará en fecha posterior.

RESUELVE

Disponer que se **ADMITA** a trámite la demanda en el Tribunal Constitucional, respecto a la **primera pretensión principal y sus dos pretensiones accesorias**, corriendo traslado de la misma y sus recaudos a los demandados, detallados en el considerando 7 del presente auto, así como de las resoluciones judiciales de primera y segunda instancia o grado y del recurso de agravio constitucional, para que, en el plazo de **10 días hábiles** ejerciten su derecho de defensa. Ejercido dicho derecho o vencido el plazo para ello, y previa audiencia pública, ésta queda expedita para su resolución definitiva.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE SARDÓN DE TABOADA



VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

1. Emito el presente voto, con fecha posterior, con el propósito de indicar que comparto lo decidido en la ponencia. En ese sentido, considero que corresponde declarar que se **ADMITA** a trámite la demanda en el Tribunal Constitucional, **respecto a la primera pretensión principal y sus dos pretensiones accesorias**, corriendo traslado de la misma y sus recaudos a los demandados, detallados en el considerando 7 del presente auto, así como de las resoluciones judiciales de primera y segunda instancia o grado y del recurso de agravio constitucional, para que, en el plazo de **10 días hábiles** ejerciten su derecho de defensa. Ejercido dicho derecho o vencido el plazo para ello, y previa audiencia pública, ésta queda expedita para su resolución definitiva.
2. Ahora bien, e independientemente de ello, deseo enfatizar que este caso debe ser analizado a nivel del Pleno porque se relaciona con la situación de los derechos de personas *intersex*, esto es, personas respecto de las cuales no existe certeza de su sexo biológico al nacer. Por lo general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha relacionado con casos de personas transexuales, tal y como ocurrió en el expediente 06040-2015-PA y en causas similares, por lo que estaríamos frente a un caso constitucional inédito y que merece el más escrupuloso análisis.
3. De hecho, en sus pronunciamientos, incluso la composición anterior del Tribunal Constitucional no ha sido tan contraria a la idea de discutir y amparar derechos de las personas intersex. Por ejemplo, ha señalado que:

[...] esta indisponibilidad del sexo en el registro civil, no se ve perjudicada por la posibilidad de rectificar, incluso administrativamente, las inscripciones cuando "se determina algún error en la inscripción" (cfr. artículo 71 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

9. Este yerro en la inscripción en lo que respecta al sexo de la persona, ocurre cuando exista un desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo. Es decir, el cambio de sexo en el registro se puede justificar si se alega error en la apreciación del sexo al momento de la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestren que ha habido en el registro un error de redacción, apreciación equivocada del sexo aparente y genital (sexo anatómico) o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente¹.

4. Se advierte, de ello, que los magistrados del Tribunal Constitucional que, en su momento, estimaron que el sexo era una categoría estrictamente biológica -y que, en esa medida, rechazaban las solicitudes de cambio de sexo en los documentos nacionales de identidad-, no han descartado la idea de estimar demandas de amparo

¹ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00139-2013-PA, fundamentos 8 y 9.



en las que se solicite una petición similar, siempre y cuando sean casos de personas intersex. Esto se reafirma cuando se precisa, en ese mismo pronunciamiento, que “queda claro que P.E.M.M. no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado. Es una persona de constitución sexual masculina en la cual no existen características físicas o funcionales de los dos sexos que permitan clasificarla como intersexual y necesitada del discernimiento del sexo predominante”².

5. De este modo, y aunque evidentemente yo no comparto la forma en que aquella composición del Tribunal rechazó la demanda interpuesta en aquel momento, queda claro que este supremo intérprete de la Constitución ha considerado que el caso de las personas intersex no sería necesariamente el mismo de las personas transexuales o transgénero. Ese solo hecho ya justifica la admisión a trámite de la demanda y que se expida un pronunciamiento de fondo, previo emplazamiento del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec).
6. La situación de las personas intersexuales deberá ser analizada en el fondo de la controversia, y ello en la medida en que existen diversos derechos constitucionales comprometidos con la decisión estatal de no reconocer los pedidos de cambio de sexo en los documentos de identidad. Es importante recordar que, en esta clase de casos, suelen existir intervenciones quirúrgicas de reasignación del sexo que se han visto normalizadas, y las cuales se realizan antes de que los niños o niñas tengan la edad suficiente para comprender la naturaleza de esta clase de procedimientos. De hecho, suele ser usual que, en la medida en que se realizan intervenciones de este tipo, se asimile la situación de las personas intersexuales a la de las personas con discapacidad -y ello principalmente en los lugares en los que prevalece el enfoque médico de la discapacidad-, y que se generen diversos prejuicios y estigmas por esta condición.
7. En esa línea, considero que el Tribunal Constitucional debe emitir un pronunciamiento que, de forma definitiva, permita que las personas intersexuales puedan acceder a procedimientos que les permitan la realización de cambios en lo referente al sexo y los prenombrados consignados en los documentos de identidad, tal y como ocurre con el acta de nacimiento y el documento nacional de identidad (DNI). En efecto, el fallo que eventualmente permita el Tribunal Constitucional debe partir de la premisa que las personas intersexuales deben enfrentar diversas barreras que les impone el ordenamiento jurídico. En un sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha demostrado su preocupación

respecto de violaciones de derechos humanos de las personas intersex debido a que sus cuerpos difieren de los estándares corporales “femeninos” y “masculinos”, tal y como son definidos médica y culturalmente. Esto incluye cirugías de asignación de sexo y operaciones de los genitales, las cuales son

² Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00139-2013-PA, fundamento 12.



practicadas sin el consentimiento informado de personas intersex. La mayoría de estos procedimientos son de naturaleza irreversible y se encuentran dirigidos a “normalizar” la apariencia de los genitales. Se ha reportado que estas cirugías y procedimientos causan un enorme daño en niños, niñas y adultos intersex, incluyendo, entre otros, dolor crónico, trauma de por vida, falta de sensibilidad genital, esterilización, y capacidad reducida o nula para sentir placer sexual. Con frecuencia estas cirugías resultan en esterilización forzada o coaccionada. Según la información recibida, estas intervenciones constituyen una práctica estándar en los países de América. La CIDH también observa que el acceso a la justicia para las personas intersex y sus familias es limitado³.

8. Ahora bien, la situación de las personas intersexuales ha sido ampliamente examinada por organismos internacionales, los cuales han emitido pronunciamientos e informes en los que han analizado la viabilidad de sus demandas. Por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha señalado que las personas sexuales nacen con sexo físico o biológico con características que incluyen la anatomía sexual, los órganos reproductivos, los patrones hormonales y/o patrones cromosómicos que no se ajustan a las típicas definiciones de hombre o mujer. De similar modo, precisa que estas características pueden ser evidentes en el nacimiento o, en todo caso, emergen más tarde en la vida, a menudo en la pubertad. En este informe, se señala que, por lo general, son pocos los Estados que han implementado medidas para tutelar, de forma adecuada, los derechos de las personas intersex. Esto obedece, según refiere, a que este tipo de violencia -direccionada a “normalizar” los cuerpos intersexuales- suele ser el resultado de protocolos médicos no divulgados ni conocidos, por lo que suelen estar asociados con el secretismo, cuestión que contribuye al desarrollo de estigmas y prejuicios en contra de las personas que integran este colectivo⁴.
9. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado “que la violencia contra las personas intersex es una forma de violencia por prejuicio contra la diversidad corporal y, específicamente, contra las personas cuyos cuerpos no concuerdan con el estándar socialmente aceptado de cuerpos femeninos y masculinos”⁵. Esto, a su vez, genera diversos problemas relacionados con la identidad. En esa línea, se ha señalado que “los sistemas binarios de sexo y género han sido entendidos como modelos sociales dominantes en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan sólo dos categorías rígidas, a saber, los sistemas binarios de masculino/hombre y femenino/mujer, excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de estas dos categorías, como por ejemplo, algunas personas trans o algunas personas intersex”⁶.

3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra las personas LGTBI. Informe del 12 de noviembre de 2015, párr. 10.

4 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 33.

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra las personas LGTBI. Informe del 12 de noviembre de 2015, párr. 3.



10. En similares términos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la intersexualidad se advierte en

[t]odas 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 son⁷.

11. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha mencionado que

[l]as leyes y las políticas que perpetúan indirectamente las prácticas médicas coercitivas, como las políticas de contracepción basadas en incentivos o cuotas y la terapia hormonal, así como los requisitos de cirugía o esterilización para el reconocimiento legal de la identidad de género, constituyen violaciones adicionales de la obligación de respetar. Otras violaciones de la obligación de respetar son las prácticas y políticas del Estado que censuran u ocultan información, o presentan información inexacta, tergiversada o discriminatoria, en relación con la salud sexual y reproductiva⁸.

12. También se ha pronunciado, sobre este asunto, el Comité de Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, entidad que ha destacado que

todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente. Condena la imposición de “tratamientos” mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona, y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. Insta a los Estados a que erradiquen esas prácticas, deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra las personas LGTBI. Informe del 12 de noviembre de 2015, párr. 34.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24/17, sobre las Obligaciones Estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Documento de 24 de noviembre de 2017, fundamento 32.d.

8 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Documento de 2 de mayo de 2016, párr. 58.



razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos. Los Estados también deben actuar de manera eficaz para proteger a todos los adolescentes gais, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales frente a todas las formas de violencia, discriminación o acoso mediante la realización de actividades de sensibilización y la aplicación de medidas que les brinden seguridad y apoyo⁹.

13. Los conocidos principios de Yogyakarta, elaborados por un importante grupo de especialistas en materia de derechos humanos, disponen que “[n]inguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”¹⁰.
14. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, las discusiones sobre los derechos de las personas intersex también han generado que, en el derecho comparado, se examinen fórmulas para su adecuada tutela. En algunas experiencias la tutela se ha desarrollado por la propia actividad del legislador, mientras que en otras ello ha ocurrido por la actividad de los tribunales de justicia. Lo ideal sería que, en el ejercicio de su función legislativa, el Congreso de la República sea el ente que, en colaboración con otras entidades del Estado, diseñe los mecanismos y procedimientos adecuados para la protección de las personas que integran este colectivo. De forma reciente, países como Alemania y han incorporado fórmulas legales con el propósito de resolver esta clase de casos. Por ejemplo, en el caso de Alemania, la Cámara Baja del Parlamento adoptó, en el año 2018, normatividad destinada a regular la situación de las personas intersex, lo cual se efectuaba en ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal del año 2017.
15. En su pronunciamiento, la Corte de Karlsruhe consideró que el órgano legislativo debería introducir en los documentos de identidad una mención para identificar aquellos casos de personas “inter” o “diversas”. El caso se relacionaba con el cuestionamiento constitucional de una cláusula de la Ley del Estado Civil (*Personenstandsgesetz*) del año 2007, en virtud de la cual se disponía que el sexo debía ser ingresado inmediatamente en el registro de nacimiento. La persona denunciante había solicitado, en virtud de un análisis cromosómico, que se debía modificar el registro de “femenino” a “inter/diverso”, pedido que fue rechazado en la medida en que la legislación no preveía la posibilidad de un tercer género.

⁹ Comité de Derechos del Niño. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. Documento de 6 de diciembre de 2016, párr. 34.

¹⁰ Principios de Yogyakarta, Principio 18.



16. Al resolver la controversia, el Tribunal Constitucional Federal alemán precisó que la Ley Fundamental de Bonn protege el derecho a la identidad de género de todas aquellas personas que no pueden ser clasificadas como hombres o mujeres, y ello en la medida en que dicha normatividad tutela el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual engloba un derecho general de la personalidad. Precisó que esta libertad pretende que se garanticen todas las condiciones a través de las cuales las personas puedan desarrollar su individualidad, y precisamente el género es particularmente relevante para su autocomprensión y para determinar la forma en que será percibida por los demás. La Corte de Karlsruhe le dio plazo a la legislatura para que, hasta el 31 de diciembre de 2018, solucione esta clase de situaciones, y destacó la posibilidad de dos salidas: prescindir de una entrada en los registros relativa al género en su conjunto, o crear la opción de una tercera categoría de género, diferente al masculino o femenino¹¹.
17. En virtud de este pronunciamiento, el Gobierno alemán diseñó una propuesta para introducir un tercer género en el registro, el cual fue derivado para el trámite parlamentario respectivo. Fue por ello que el órgano legislativo aprobó una ley en virtud de la cual, de forma conjunta a las tradicionales casillas de “masculino” y “femenino”, se agregó la categoría “diverso”, la cual podría ser colocada por los padres en aquellos casos en los que no hubiera sido posible determinar el sexo respectivo.
18. Sin embargo, es ya conocida la inacción legislativa en esta clase de casos, los cuales no generan la atención que merecen por parte de la política nacional. Esto se comprueba del solo hecho que no hayan existido, a nivel del Pleno del Congreso de la República, discusiones en las que se haya planteado alguna propuesta sobre los derechos de las personas intersex. De esta forma, solo queda habilitada la vía judicial para examinar esta clase de solicitudes.
19. Ahora bien, no es inusual que los tribunales se pronuncien en esta clase de asuntos. De hecho, como se mencionó supra, en el caso alemán el pronunciamiento del Parlamento obedeció a un previo pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal. De similar modo es posible identificar otras experiencias en las que han sido las cortes de justicia las que iniciaron el debate sobre el reconocimiento de los derechos de las personas intersex. Un caso paradigmático, sobre este punto, es el de la India. En este país, la Corte Suprema Federal, en los casos *National Legal Services Authority v. Union of India* ('NALSA') y *Navtej Johar v. Union of India* ('Navtej'), sostuvo que debía ampliarse la cláusula general de discriminación para incluir aquella que se fundamenta en la identidad de género y en la orientación sexual. De hecho,

¹¹ La información de este caso y sus detalles se pueden examinar en: Botha, Henk (2018). Beyond Sexual Binaries? The German Federal Constitutional Court and the Rights of Intersex People. PER/PELJ 2018 (21).



precisó que la identidad de género forma parte de un núcleo especial en la esfera personal, y que se basa en la autodeterminación. En estos casos, la Autoridad Nacional de Servicios Legales y la Sociedad de Bienestar de la Mujer habían presentado una solicitud ante la Corte Suprema a favor de las personas transgénero en la India. En este mismo escrito señalan que, en virtud de la Constitución, toda persona tiene derecho a ser reconocida por su género preferido cuando ese género sea distinto al que fue asignado, y también habilitó la posibilidad de un tercer género¹².

20. En la actualidad de la India, *The Rights of Transgender Persons Bill* es una ley que se encarga de resguardar que las personas no sean discriminadas en virtud de su género. En sus cláusulas se dispone, por ejemplo, la formación de bolsas de trabajo especiales para las personas transgénero. Del mismo modo, implementa la creación de tribunales especializados en casos relacionados con la identidad de género. También agrega sanciones penales en el caso de la incitación al odio para las personas que integran estos colectivos. Además, y lo que es relevante para el caso que nos convoca, el género de la persona no debe coincidir con el género de la persona asignado al nacer, lo cual debe incluir, además de a las mujeres y hombres trans, a las personas intersexuales.
21. En el caso de Nueva Zelanda, existen pronunciamientos de la *Human Rights Commission*, una entidad independiente de la Corona y del Gobierno que se dedica a la protección de los derechos humanos. En un informe del año 2008, titulado *To be who I am*, profundizó la situación de las personas transgénero y las intersex. Se precisó, del mismo modo, que entre el año 2008 y el 2019, ha recibido aproximadamente 2000 denuncias relacionadas con la identidad de género. En ese mismo documento se precisa que ya resulta posible que en ese país las personas cambien su género¹³.
22. En el continente americano también se han iniciado debates a propósito del reconocimiento de los derechos de las personas intersex, los cuales también se han desarrollado a nivel legislativo y judicial. En el ámbito judicial, uno de los casos más llamativos es el colombiano. Su Corte Constitucional ha precisado que

[a] nivel comparado e internacional, las discusiones sobre el tratamiento de individuos con estados intersexuales se ha ido modificando, pues existe una tendencia a afirmar que las cirugías de reasignación de sexo no son de naturaleza urgente, y en cambio generan efectos irreversibles para el desarrollo autónomo de la persona. A partir de esta reflexión se pretende cambiar la tesis que hasta ahora ha prevalecido sobre la oportunidad de las cirugías y

12 Para revisar la evolución de la jurisprudencia india sobre este punto, se puede consultar: Kothari, Jayna (2020). *Trans Equality in India: Affirmation of the Right to Self-Determination of Gender*. NUJS Law Review, 13 (3).

13 Se puede consultar un resumen del informe *To be who I am* en el siguiente enlace: <https://teara.govt.nz/en/document/28895/to-be-who-i-am>.



permitir que sea el mismo niño, niña, adolescente o adulto, quien otorgue el consentimiento previo libre e informado y decida, al tiempo que lo desee, si se realiza o no una cirugía. Así pues, existen países en los que se ha incorporado protocolos o guías médicas con el fin de asegurar el respeto de los derechos a la igualdad y no discriminación, la intimidad y la identidad sexual¹⁴.

23. De forma mucho más categórica, también ha precisado que

ninguna manera puede la indeterminación del sexo convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica, el cual es inherente al ser humano por el solo hecho de existir. Atendiendo al principio de dignidad humana y al derecho a la igualdad, no existe razón que justifique que bebés y niños cuyo sexo no pueda ser identificado al nacer, no sean registrados y permanezcan ocultos frente al Estado y la sociedad. Por consiguiente, las autoridades están en la obligación de registrar a los menores intersexuales o con ambigüedad genital. La decisión sobre la asignación del sexo en el registro civil de nacimiento depende de la decisión del equipo médico interdisciplinario de expertos. Las opciones de asignación de sexo en el registro civil para los intersexuales incluyen femenino, masculino o una anotación en un folio aparte conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. El legislador regulará todo lo concerniente al registro de los menores intersexuales¹⁵.

24. También existen importantes iniciativas normativas en nuestro continente, y que demuestran la tendencia a reconocer los derechos de la personalidad en esta constelación de casos. En Argentina, el Decreto 476/2021, relativo al Registro Nacional de Personas, en su artículo 2, lo siguiente:

Determinase que las nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos en el campo referido al “sexo” podrán ser “F” -Femenino-, “M” -Masculino- o “X”. Esta última se consignará, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del presente decreto, en aquellos supuestos de personas nacionales cuyas partidas de nacimiento sean rectificadas en el marco de la Ley N° 26.743, cualquiera sea la opción consignada en la categoría “sexo”, siempre que no sea “F” -Femenino- o “M” -Masculino-, o bien si el “sexo” no se hubiere consignado.

25. La finalidad de aquella regulación permite, como resulta evidente, la adecuada tutela de los derechos de las personas intersex, y ello en la medida en que se garantiza que, en los documentos de identidad, se pueda hacer referencia a una categoría distinta a la del sexo femenino o masculino. En la exposición de motivos del referido decreto también se indica que “se incorporará una tercera opción documentaria en la categoría “sexo” en el Documento Nacional de

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 /14.

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-450A/13.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02563-2021-PA/TC
LIMA
S. Y. H. M.

Identidad y en el Pasaporte, con el fin de contemplar el derecho a la identidad de género respecto de aquellas personas que no se reconocen dentro del sistema binario femenino/masculino”.

26. Estimo, de este modo, que existe suficiente material normativo para analizar, en un pronunciamiento de fondo, los derechos de las personas intersex. El Tribunal Constitucional tendrá la responsabilidad de solucionar los diversos problemas que ellas deben afrontar al momento de luchar por su identidad. La inacción de los poderes públicos justifica que sea este supremo intérprete de la Constitución el que pueda perfilar los lineamientos fundamentales para que se pueda iniciar el camino por el reconocimiento de sus derechos.

Lima, 13 de mayo de 2022

S.

LEDESMA NARVÁEZ