UNIVERSIDAD DE HUANUCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS

“Impedimento de cambio de género y derechos fundamentales de personas transgénero, Huánuco 2022 - 2023”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA: Ponce Huacho, Weniger Jhonatan

ASESOR: Ponce E Ingunza, Félix

HUÁNUCO – PERÚ

2026

TIPO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

- Tesis (X)
- Trabajo de Suficiencia Profesional( )
- Trabajo de Investigación ( )
- Trabajo Académico ( )

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN: Derecho civil
AÑO DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN (2020)

CAMPO DE CONOCIMIENTO OCDE:
Área: Ciencias sociales
Sub área: Derecho
Disciplina: Derecho

DATOS DEL PROGRAMA:

Nombre del Grado/Título a recibir: Título Profesional de Abogado
Código del Programa: P01
Tipo de Financiamiento:

- Propio (X)
- UDH ( )
- Fondos Concursables ( )

DATOS DEL AUTOR:
Documento Nacional de Identidad (DNI): 47402577

DATOS DEL ASESOR:
Documento Nacional de Identidad (DNI): 22402569
Grado/Título: Doctor en ciencias de la educación
Código ORCID: 0000-0003-0712-1414

DATOS DE LOS JURADOS:

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	GRADO	DNI	Código ORCID
1	Villanueva Santamaria, Miller	Doctor en derecho	42229735	0000-0002-5546-9258
2	Tarazona Tucto, Mao	Maestro en gestión pública para el desarrollo social	43739569	0000-0002-9662-0591
3	Agurto Jara, Edgard Gianfranco	Maestro en gobierno y políticas públicas	46429842	0009-0000-5088-9977

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Ciclo de Asesoramiento para la Tesis Profesional

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Huánuco, siendo las.....16:00.....*horas del día*.....18..... *del mes de*...Setiembre..... *del año dos mil veintiséis, en cumplimiento de lo señalado en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad de Huánuco, se reunieron el sustentante y el Jurado calificador integrado por los docentes:*

Dr. Miller VILLANUEVA SANTAMARIA	: Presidente
Mtro. Mao TARAZONA TUCTO	: Vocal
Mtro. Edgard Gianfranco AGURTO JARA	: Secretario
Dr. Félix PONCE E INGUNZA	: Asesor

Nombrados mediante la Resolución N° 428-2026-D-CATP-UDH de fecha 09 de septiembre de 2026, para evaluar la Tesis intitulada ***"IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023"****, presentado por el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas* **Weniger Jhonatan PONCE HUACHO** *para optar el Título profesional de Abogado.*

Dicho acto de sustentación se desarrolló en dos etapas: Exposición y Absolución de preguntas; procediéndose luego a la evaluación por parte de los miembros del jurado.

Habiendo absuelto las objeciones que le fueron formuladas por los miembros del jurado y de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias, procedieron a deliberar y calificar, declarándolo (a).....Aprobado.....*por*...UNANIMIDAD.....*con el calificativo cuantitativo de*.....Quince.....*y cualitativo de*..... Bueno.....

Siendo las ...17:20.....*horas del día* .....18.....*del mes de* Setiembre *del año*..2026.....*los miembros del jurado calificador Ratificados firman la presente Acta en señal de conformidad.*

.....

Dr. Miller Villanueva Santamaria
DNI: 42229735
CÓDIGO ORCID: 0000-0002-5546-9258
Presidente

.....

Mtro. Mao Tarazona Tucto
DNI: 43739569
CÓDIGO ORCID: 0000-0002-9662-0591
Vocal

.....

Mtro. Edgard Gianfranco Agurto Jara
DNI: 46429842
CÓDIGO ORCID: 0009-0005-2150-0447
Secretario

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD

El comité de integridad científica, realizó la revisión del trabajo de investigación del/la estudiante: **WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO**, titulada **"IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 - 2023"**, con asesor(a): **PONCE E INGUNZA, FELIX**, designado(a) mediante documento: **RESOLUCIÓN N° 028-2024-D-CATP-UDH** del P. A. de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**.

Puede constar que la misma tiene un índice de similitud del **23 %** verificable en el reporte final del análisis de originalidad mediante el Software Turnitin.

Por lo que concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio y cumple con todas las normas de la Universidad de Huánuco.

Se expide la presente, a solicitud del interesado para los fines que estime conveniente.

Huánuco, 29 de septiembre de 2026

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
RESPONSABLE DE TURNITIN
HUÁNUCO - PERÚ

MANUEL E. ALIAGA VIDURIZAGA
D.N.I.: 71345687
cod. ORCID: 0009-0004-1375-5004

Nota: La presente constancia tendrá una **vigencia de cuatro (4) meses**, conforme a lo establecido en la **Directiva del Software de Identificación de Similitud y Originalidad**, aprobada mediante **Resolución Nº 532-2024-P-CD-UDH**.

Vencido dicho plazo, el solicitante deberá realizar nuevamente el procedimiento correspondiente para la emisión de una nueva constancia.

Válida hasta el 29 de enero de 2027.

145. WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO-pregrado-derecho.docx

INFORME DE ORIGINALIDAD

23%	24%	15%	10%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.udh.edu.pe Fuente de Internet	5%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
3	repositorio.uns.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	img.lpderecho.pe Fuente de Internet	1%
5	repositorio.uchile.cl Fuente de Internet	1%
6	ilga.org Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad Nacional de Educación a Distancia Trabajo del estudiante	1%
8	repositorio.unheval.edu.pe Fuente de Internet	1%
9	apirepositorio.unh.edu.pe Fuente de Internet	1%
10	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	1%
11	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
12	Diestra Saenz, Renzo Omar. "El tratamiento hormonal y quirurgico de reasignacion de sexo: Instrumentos de tutela del derecho a la integridad de los transexuales.", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2021 Publicación	<1%
13	revistas.pj.gob.pe Fuente de Internet	<1%
14	Submitted to Universidad de Huanuco	

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
RESPONSABLE DE TURNITIN
HUÁNUCO - PERÚ

MANUEL E. ALIAGA VIDURIZAGA
D.N.I.: 71345687
cod. ORCID: 0009-0004-1375-5004

DEDICATORIA

A Dios, por sus bendiciones diarias y porque nunca me desampara a pesar que a veces me olvido de Él.

A mi madre por haberme sabido formar con buenos sentimientos y valores, lo cual me ayudó a llegar a este momento tan importante de mi vida profesional.

A mi hermano que siempre estuvo junto a mí brindándome su apoyo incondicional y muchas veces haciendo el rol de padre.

A mi novia Sandra Canales Figueredo por su infinito apoyo y compartir conmigo buenos y malos momentos.

A mi familia en general quienes siempre serán el motivo de mis éxitos.

AGRADECIMIENTO

Mi profundo agradecimiento a mi asesor de tesis, ya que, con su experiencia y conocimientos de derecho, ha enriquecido la presente investigación.

A mi madre, que me ha enseñado siempre a perseverar y confiar en Dios sobre todas las cosas.

A mi hermano, por sus sabios consejos que me han ayudado a sobresalir de todos los obstáculos que se me han presentado a lo largo de la vida.

A todos aquellos de una forma u otra han contribuido con sus opiniones, con información y apoyo en el desarrollo y culminación de la investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA II
AGRADECIMIENTO III
ÍNDICE IV
ÍNDICE DE TABLAS VII
ÍNDICE DE FIGURAS VIII
RESUMEN IX
ABSTRACT X
INTRODUCCIÓN XI
CAPÍTULO I 13
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 13
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA 13
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 20
1.2.1. PROBLEMA GENERAL 20
1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS 20
1.3. OBJETIVOS 21
1.3.1. OBJETIVO GENERAL 21
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS 21
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 21
1.4.1. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA 21
1.4.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA 22
1.4.3. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA 23
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN 23
1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN 23
CAPÍTULO II 25
MARCO TEÓRICO 25
2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA 25
2.1.1. A NIVEL LOCAL 25
2.1.2. A NIVEL NACIONAL 27
2.1.3. A NIVEL INTERNACIONAL 30
2.2. BASES TEÓRICAS 34
2.2.1. PRINCIPALES CORRIENTES TEÓRICAS DEL TEMA 34
2.2.2. COMUNIDAD LGTB 41

2.2.3. PERSONA TRANS 43
2.2.4. REAFIRMACIÓN DE SEXO 46
2.2.5. CAMBIO DE NOMBRE E IDENTIDAD EN EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD 49
2.2.6. DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD 51
2.2.7. DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SEXUAL 53
2.2.8. DERECHO A LA IDENTIDAD 54
2.2.9. DERECHO A LA LIBERTAD 56
2.2.10. DERECHO A NO LA DISCRIMINACIÓN 56
2.2.11. DERECHO A RECIBIR UN TRATO IGUALITARIO 58
2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES 59
2.4. HIPÓTESIS 60
2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL 60
2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS 60
2.5. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN 61
2.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE 61
2.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE 61
2.6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES 62
CAPÍTULO III 63
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN 63
3.1. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN 63
3.1.1. ENFOQUE 63
3.1.2. ALCANCE O NIVEL 63
3.1.3. DISEÑO 63
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA 64
3.2.1. POBLACIÓN 64
3.2.2. MUESTRA 65
3.2.3. CRITERIOS DE INCLUSIÓN O EXCLUSIÓN 65
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS 65
3.3.1. PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS 65
3.3.2. PARA LA PRESENTACIÓN DE DATOS 66
3.3.3. PARA EL ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS 66
CAPÍTULO IV 67

RESULTADOS.....67
4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS 67
4.1.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA A LA MUESTRA.....67
4.1.2. OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DE CASOS.....77
4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS 83
4.2.1. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS GENERAL 84
4.2.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS ESPECÍFICA 85
CAPÍTULO V.....92
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....92
5.1. CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN...92
5.1.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS DESDE LAS BASES TEÓRICAS 92
5.1.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS A PARTIR DE LOS DATOS OBTENIDOS 95
CONCLUSIONES 102
RECOMENDACIONES.....105
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....107
ANEXOS.....113

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Población 65
Tabla 2 Muestra 65
Tabla 3 No permitir el cambio de género en el documento de nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado 67
Tabla 4 Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante..... 69
Tabla 5 La identidad de género, más allá de la condición física de ser varón o mujer y debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad 70
Tabla 6 El género de la persona que se ha sometido a la reasignación de sexo debe coincidir con la nueva identidad 71
Tabla 7 Pregunta 5. Se debe respetar el derecho de la persona que se ha sometido a la reasignación de sexo de acuerdo al género que representa . 72
Tabla 8 Se debe reconocer el derecho de la persona trans género, que se le designe con el género que representa, más allá del nombre 73
Tabla 9 La improcedencia de la petición de cambio de género en el documento de identidad afecta el derecho a la opción sexual 74
Tabla 10 La improcedencia de la petición de cambio de género en el documento de identidad afecta el derecho a la libre determinación 75
Tabla 11 Análisis de casos, observación de sentencias 77
Tabla 12 Interpretación 83
Tabla 13 Comprobación de la hipótesis general 84
Tabla 14 Comprobación de la primera hipótesis específica..... 86
Tabla 15 Comprobación de la segunda hipótesis específica 87
Tabla 16 Comprobación de la tercera hipótesis específica..... 89
Tabla 17 Comprobación de la cuarta hipótesis específica..... 91

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Esquema de la investigación 64
Figura 2 Pregunta 1 67
Figura 3 Pregunta 2 69
Figura 4 Pregunta 3 70
Figura 5 Pregunta 4 71
Figura 6 Pregunta 5 72
Figura 7 Pregunta 6 73
Figura 8 Pregunta 7 74
Figura 9 Pregunta 8 75

RESUMEN

El objetivo general de la presente tesis es analizar la manera que el impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta los derechos fundamentales de las personas transgénero, Huánuco 2022 – 2023, la presente investigación es básica, documental y de campo; el enfoque es cuantitativo y alcance descriptivo – explicativo, con diseño correlacional y no experimental, se contó con una muestra de ocho sentencias nacional y extranjeras sobre cambio de género, además con nueve jueces civiles y de familia de la ciudad, que han sido encuestados. Los resultados obtenidos no han permitido la comprobación de las hipótesis de estudio, siendo que se demostró que impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023, pues el factor de correlación de Pearson es positivo alto de 0,945, que ello afecta el derecho a la no discriminación, a la identidad y dignidad de las personas trans género, y también, aunque no significativamente existe afectación al derecho a la libre autodeterminación.

Palabras clave: derecho, dignidad, identidad, libertar, trans género, reasignación de sexo.

ABSTRACT

The general objective of this thesis is to analyze the way in which preventing gender change in the national identity document affects the fundamental rights of transgender people, Huánuco 2022 - 2023, the present research is basic, documentary and field legal; the approach is cantitative, and descriptive - explanatory in scope, with a correlational and non-experimental design, a sample of eight national and foreign sentences on gender change was counted, in addition to nine civil and family judges of the city, who have been surveyed. The results obtained have not allowed the verification of the study hypotheses, being that it was shown that preventing gender change in the national identity document significantly affects the fundamental rights of transgender people, Huánuco 2022 - 2023, since the Pearson correlation factor is high positive of 0.945, that this affects the right to non-discrimination, to the identity and dignity of transgender people, and also, although not significantly, there is an affectation to the right to free self-determination.

Keywords: right, dignity, identity, freedom, transgender, sex reassignment.

INTRODUCCIÓN

El problema genera que se planteó en la presente investigación fue: ¿De qué manera impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023?, esta idea surgió porque a partir de una serie de noticias y de la lectura de algunas sentencias judiciales y del Tribunal Constitucional, así como información de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha observado que muchas personas trans género, que se han sometido a la reasignación sexual o cambio de sexo, luego han acudido a instancias judiciales no sólo a solicitar el cambio de nombre, sino también el cambio de género consignado en su documento nacional de identidad, siendo un caso emblemático en nuestro país en de la artista Naamin Timoyco, quien luego de realizarse dicha intervención quirúrgica y tener toda la apariencia femenina, quería ser reconocida como mujer, pues ella afirmó que toda su vida se había sentido como tal, acudiendo a instancias judiciales, donde inicialmente solo logró el cambio de su nombre, mas no el de su género, tal es así que judicializó su caso por más de nueve años, logrado al final tal reconocimiento, sentencia que el investigador no ha logrado localizar, pues aparentemente ha sido descartada o borrada de las bases de datos judiciales y otros.

Sin embargo, otros ciudadanos no han tenido tal reconocimiento, se tienen sentencias emblemáticas como el caso 2273 – 2005 – PHC / TC, que, en 2006, ante lo peticionado reconoce únicamente el derecho al cambio de nombre, pero en otra como el Exp. 139 – 2013 – AA / TC, ante el pedido de cambio de género en el documento nacional de identidad, se denegó tal derecho precisado que el sexo tiene un contenido biológico y cromosómico, por ende, aun la persona haya reasignado su sexo, sigue siendo varón, además que el transexualismo es una patología de la personalidad; posteriormente el mismo Tribunal Constitucional en el Exp. 6040-2015-PA/TC, varia su criterio y lo fundamenta de acuerdo a las sentencias de la CIDH y el TEDH, precisando que el género no es igual al sexo físico, por ende, no es cromosómico ni biológico, sino cultural y social, además es producto de la

personalidad, reconoce el derecho de los transexuales a ser reconocidos de acuerdo a cómo se identifican y a su nueva identidad; pero tampoco resuelve el fondo pues indica que tal solicitud no se puede resolver mediante un amparo, porque existe una vía judicial para ello, por lo que no se cuenta con doctrina jurisprudencial.

Además, se pudo obtener dos fallos judiciales muy interesantes respecto al tema, Exp. N. 5684 – 2018, del Juzgado de Paucarpata de Arequipa y el Exp. N. 2018 – 2022, del Juzgado de La Esperanza de La Libertad, los mismos que han precisado sus fundamentos dentro de los lineamientos del Exp. 6040 – 2015 – PA / TC, dentro del alcance del derecho a la dignidad, igualdad, no discriminación y libre auto determinación; declarando fundadas las demandas, no obstante, en ambos casos, en grado de apelación la superioridad resolvió por declarar nulas las sentencias por cuestiones de forma, pero no de fondo, por lo que tampoco existe doctrina jurisprudencial sobre el tema.

También se realizó una encuesta a los jueces civiles y de familia de primera y segunda instancia de Huánuco, quienes en la mayoría confirman que impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas trans género afecta significativamente a la no discriminación, al derecho a la identidad y dignidad, y también, aunque no significativamente el derecho a la libre determinación.

Luego de trabajo de campo y análisis de las sentencias, se logró comprobar las hipótesis de trabajo, arribando a conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el plano internacional, en las últimas dos décadas se ha consolidado un consenso cada vez más claro: la identidad de género forma parte del núcleo duro de los derechos humanos. Diversos instrumentos y pronunciamientos han ido precisando que negar el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona implica lesionar derechos como la dignidad, la igualdad, la vida privada, la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad.

Los Principios de Yogyakarta (2007) sistematizan cómo se aplica el derecho internacional de los derechos humanos frente a las violencias basadas en orientación sexual e identidad de género y reconocen la identidad de género como elemento esencial de la autodeterminación y la dignidad humana, (yogyakartaprinciples.org), posteriormente, los Yogyakarta Principles Plus 10 (2017) profundizan esta línea al desarrollar obligaciones específicas de los Estados en materia de reconocimiento legal, igualdad y protección frente a la violencia hacia personas con diversas identidades y expresiones de género.

Dentro del sistema interamericano, la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) supuso un hito: el Tribunal sostuvo que el derecho al nombre, a la vida privada y a la identidad (arts. 11, 18 y 24 de la Convención Americana) comprende el reconocimiento del cambio de nombre y datos registrales conforme a la identidad de género auto percibida, y que los Estados están obligados a establecer procedimientos adecuados, rápidos y accesibles para ello, (CIDH)

Paralelamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha documentado que las personas LGBTI, y en particular las mujeres trans, sufren niveles desproporcionados de violencia, incluyendo asesinatos con extrema crueldad, y ha recomendado a los Estados adoptar políticas

integrales que incluyan el reconocimiento de la identidad de género en el registro civil como medida de prevención y reparación simbólica. Redes regionales como Sin Violencia LGBTI han mostrado que en América Latina se siguen registrando homicidios de personas LGBTI+ casi a diario, con especial vulnerabilidad de mujeres trans.

Sin embargo, este marco progresivo convive con realidades nacionales donde el cambio de género legal sigue siendo restringido, patologizado o simplemente inexistente, lo que coloca a las personas trans en una situación de vulnerabilidad estructural: sus documentos no reflejan quiénes son, y esto se traduce en obstáculos para estudiar, trabajar, acceder a salud, viajar o vivir sin miedo a ser cuestionadas o ridiculizadas en cada trámite cotidiano.

Conforme a lo establecido en el artículo 2 de nuestra Constitución Política del Perú, que consagra los derechos inherentes a cada individuo, Incluyendo el derecho a la existencia, a la esencia, a su integridad ética, mental y corporal, y a su libertad para crecer y prosperar, así como a su autonomía y prosperidad. Asimismo, estipula la igualdad jurídica, garantizando que ningún individuo puede ser objeto de discriminación por raza, género, idioma, religión, opinión y estado económico o de cualquier otra índole.

Nuestro ordenamiento civil establece que toda persona tiene el derecho debe llevar un nombre, es decir, estar debidamente identificado desde su nacimiento con la partida de nacimiento y hasta su mayoría de edad con el Documento Nacional de Identificación, a fin de que pueda identificarse y hacer uso de sus derechos civiles, en estos documentos no sólo se consignan los datos principales como nombres y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, sino también el sexo de nacimiento, que se vincula al género masculino o femenino; en tal sentido es importante tener en consideración que el derecho la identidad se entiende como un conjunto de atributos, de cualidades, tanto de carácter biológico como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de la persona; a partir de ello, establece que los derechos humanos fundamentales.

En la actualidad, en nuestro país, y en los países latinoamericanos ha surgido diversas controversias con lo referido a las personas trans género, preferimos, este término sobre el transexualismo, en la medida que el primero va referido a toda una connotación de elementos sustanciales que divide lo femenino de lo masculino, a diferencia del segundo que está más referida a una condición física de sexo (pene o vagina).

Tratar el tema de las personas trans género, no solo está referida a la condición física de cambio de sexo, sino además desde el aspecto psicológico, cultural y social, de personas que habiendo nacido con un sexo, piensan, sienten y viven de acuerdo al género que no les corresponde físicamente; por ende optan por el cambio de sexo a nivel quirúrgico, e incluso pueden cambiar si nombre como ocurrió con el caso de la artista Naamin Timoyco, pero no ha podido efectuar el cambio de género en su documento de identidad para ser reconocida como mujer, no solo en el sentido físico, sino también ser considerada dentro del género femenino, (Comercio, 2021).

En Perú, puedes cambiar tu nombre, pero no tu género. El artículo 29 del Código Civil peruano dicta que nadie tiene la potestad de alterar su nombre ni añadirlo, excepto por razones razonables y con la aprobación judicial, previamente publicada e inscrita. Por lo tanto, no existe una normativa precisa para modificar el nombre de los individuos transexuales que desean ajustar sus papeles a su nueva identidad. Las peticiones de cambio de nombre derivadas de la identidad de género suelen ser decididas de manera autónoma por los jueces, frecuentemente basándose en el "derecho a la libertad" y la autonomía personal. Sin embargo, el 20 de abril de 2006, el Tribunal Constitucional del Perú dio luz verde a Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, ingeniera agrónoma transgénero, quien había solicitado al Registro Nacional de Identidad la modificación del nombre masculino inscrito en su partida de nacimiento. En respuesta a la negativa de los agentes del Registro, Karen Quiroz emprendió una cruzada jurídica que la catapultó hasta el Tribunal Constitucional, quien, fundamentándose en la dignidad y en la noción de que la identidad humana no se define únicamente por su género, sino también por factores sociales y culturales, dictó su veredicto favorable. (Exp. 2373 - 2005 - PHC/TC).

Sin embargo, el veredicto del Tribunal Constitucional solo menciona la alteración del nombre de la demandante, sin mencionar la alteración de su género, que en su documento de identidad sigue siendo masculino. No obstante, las entidades defensoras de los derechos LGTB opinan que este veredicto abre un portal para que otros individuos puedan tener un nombre que verdaderamente encarne su identidad de género.

Frente a esta situación, nuestro país las personas trans género, encuentran una suerte de obstáculos para acceder a esta cambio de género en el Registro Nacional de Estado Civil, pues esta entidad les niega la posibilidad de efectuar el cambio de género, de masculino a femenino o viceversa, lo que afecta una serie de derechos fundamentales como al libre desarrollo y a la igualdad ante la ley, ya que genera una serie de efectos colaterales, toda vez que al no poder efectuar el cambio de género en su documento de identidad se les presenta una serie de problemas para acceder a los estudios superiores o un empleo formal, sin dejar de ser objeto de burla o bullyng, que se evidencia además que el Estado los deja en estado de desprotección por ende, son tratados como personas de segundo nivel, por ende, no reciben un trato igualitario frente a ley.

Es evidente, además, que tampoco existe un criterio consensuado referente a ello, pues en la Corte Superior de Justicia de Huánuco, específicamente en el Juzgado Mixto de Lauricocha, Exp. 27 – 2017, doña Karla Kamila Rodríguez Ríos, ha presentado una demanda contra la RENIEC y la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, sobre cambio de sexo a efectos que tanto en su documento nacional de identidad como en su partida de nacimiento se le consigne dentro de género femenino, quien luego de efectuarse la operación quirúrgica de cambio de sexo, habiendo logrado solo cambiar su nombre en el acta de nacimiento, documento nacional de identidad y título profesional, siendo que el juez con un razonamiento constitucional, basado en el derecho a la identidad de género, más allá de un sentido biológico, sino también social y psicológico y el derecho a la libertad, se aparta de la doctrina jurisprudencial peruana y amparado en el contexto internacional y en aplicación de los Derechos Humanos ha amparado la demanda y ordenado el cambio del cambio de sexo de masculino a femenino en los

documentos de identidad de la demandante, sentencia que se encuentra en estado de apelación.

En tal sentido, es evidente que existe una realidad problemática, por la que vienen atravesando las personas transgénero, a pesar que las normas tanto nacionales como internacionales tienen como postulado garantizar la dignidad, la libertad e igualdad de todos los ciudadanos, sin embargo, la realidad es distinta, lo que requiere ser resuelto, siendo éste el interés del tesista de efectivizar estos derechos para todos los ciudadanos, entre ellos para la comunidad LGTB.

En la STC 00139-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo inicialmente que el sexo era un dato inmutable y rechazó la posibilidad de modificarlo en documentos de identidad, generando una doctrina restrictiva que excluía a las personas trans del pleno ejercicio de su derecho a la identidad.

Posteriormente, en la STC 06040-2015-PA/TC, el propio Tribunal reconoció que existe un derecho a la identidad de género como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal, destacando que esta no se reduce al sexo biológico, sino que incluye componentes psíquicos, sociales y culturales.

Este giro jurisprudencial significó un avance importante, pero dejó varios vacíos: no se creó un procedimiento administrativo especial para el cambio de datos registrales conforme a la identidad de género; todo sigue dependiendo de procesos judiciales largos, costosos e inciertos. El propio Poder Judicial ha elaborado una guía para el proceso judicial de cambio de nombre para personas transgénero, que reconoce la obligación del Estado de garantizar el derecho al nombre según la Convención Americana, pero sigue remitiendo a la vía judicial como única alternativa.

Estas decisiones muestran que sí es posible avanzar, pero lo hacen caso por caso, dependiendo de la sensibilidad del órgano jurisdiccional, de la asesoría legal disponible y de la capacidad de la persona trans para sostener un litigio.

Huánuco es una región caracterizada por una gran diversidad cultural e identidades locales múltiples, donde conviven tradiciones andinas y amazónicas con procesos de urbanización acelerada, en este contexto, persisten patrones de machismo, violencia de género y discriminación, especialmente hacia mujeres y personas que rompen los roles de género tradicionales; la Defensoría del Pueblo ha advertido que en Huánuco subsisten altos índices de violencia contra las mujeres y miembros del grupo familiar, y que las autoridades muestran poco interés en planificar e implementar acciones sostenidas para enfrentarla.

Organizaciones y colectivos LGBTI sí existen en la región, por ejemplo, grupos de activismo local visibilizados en redes sociales, lo que sugiere que hay una población que necesita reconocimiento y protección, aun cuando no haya estadísticas oficiales regionales.

Herramientas comparativas como Equaldex señalan que, en el caso de Huánuco, la situación jurídica del cambio de género aparece como ambigua, lo que refleja la ausencia de un procedimiento claro y uniforme en la práctica estatal local. (equaldex.com)

En lo que respecta al período 2022-2023, no se han identificado casos emblemáticos registrados públicamente sobre cambio de género en DNI o partidas de nacimiento en la Corte Superior de Justicia de Huánuco, la propia elección del tema por parte del investigador parte de ese dato: en la región no se conocen procesos judiciales mediáticos o precedentes relevantes sobre cambio de género, a diferencia de otras jurisdicciones (Arequipa, Lima, etc.).

Pero este vacío no debe interpretarse como ausencia de problema, sino como señal de subregistro y silenciamiento a pesar que la población LGBTI en Perú ha sido catalogada estadísticamente como población oculta, precisamente porque el miedo al estigma y la desconfianza hacia las instituciones desincentivan la denuncia y la exposición pública.

En regiones con fuertes normas tradicionales y poca oferta de servicios especializados, las personas trans pueden optar por no litigar por temor a represalias, a perder redes de apoyo o a ser expuestas mediáticamente.

Así, el impedimento o la ausencia de rutas efectivas para el cambio de género en Huánuco no se ve en expedientes judiciales, pero sí puede estar operando en la vida cotidiana: jóvenes trans que abandonan la escuela porque su nombre y su apariencia no coinciden con el padrón, personas que no postulan a empleos formales por temor a la burla, o que evitan acudir a centros de salud por experiencias previas de trato humillante.

Precisamente porque en Huánuco no se han presentado casos visibles de cambio de género en sede judicial, la investigación resulta necesaria y pertinente:

Estudiar el problema desde Huánuco permite dar voz a una ciudadanía trans que probablemente existe, pero que no aparece en las estadísticas ni en la jurisprudencia local, en línea con las advertencias internacionales sobre poblaciones LGBTI invisibilizadas, para prevenir violaciones de derechos antes de que estallen los conflictos.

Aportar un enfoque intercultural y territorial Huánuco, por su diversidad cultural, es un espacio clave para explorar cómo dialogan las identidades de género con las identidades étnicas, culturales y territoriales, y cómo los discursos religiosos, comunitarios y familiares pueden facilitar o bloquear el reconocimiento de las personas trans.

Una investigación localizada permite proponer estrategias específicas de formación, sensibilización y diseño normativo regional coherentes con el contexto, en vez de soluciones importadas desde Lima.

Alinear políticas locales con estándares internacionales y nacionales; pese a que no exista una Ley de Identidad de Género, Perú está obligado por la Convención Americana, la OC-24/17, los Principios de Yogyakarta y las propias sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho a la identidad de género.

Estudiar Huánuco permite evaluar hasta qué punto las entidades públicas regionales (RENIEC, Poder Judicial, Gobierno Regional, gobiernos locales, servicios de salud y educación) están o no alineadas con esos

estándares, y formular recomendaciones para cerrar la brecha entre el papel y la realidad.

Investigar este tema en Huánuco permite, justamente, romper ese silencio, mostrar cómo opera el impedimento (normativo, institucional y cultural) y proponer caminos para garantizar que las personas trans de la región puedan ser reconocidas legalmente tal como son, sin tener que emigrar, esconderse o resignarse a vivir con documentos que niegan su identidad.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

PG. ¿De qué manera impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

PE1. ¿De qué forma permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, genera discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023?

PE2. ¿De qué manera impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona afecta el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023?

PE3. ¿En qué sentido el documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023?

PE4. ¿De qué forma el documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

OG. Analizar la manera que el impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta los derechos fundamentales de las personas transgénero, Huánuco 2022 - 2023

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

OE1. Explicar la forma en que permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, genera discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

OE2. Explicar la manera en que impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona afecta el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023

OE3. Definir el sentido en que el documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

OE4. Definir la forma que el documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

La base teórica de una indagación reside en la base científica y doctrinal que la sostiene, (Martínez, 2020, p. 155). El tesista sostiene que el asunto analizado reviste importancia científica debido a que es un desafío contemporáneo que enfrentan numerosas personas transgénero, quienes, si bien han logrado la reasignación de sexo y por ende, RENIEC ha permitido su cambio de nombre, distinto al que tenían, pero respecto al género que aparece en su documento de identidad, ello no ha sido posible cambiar, razón por la cual tal situación afectaría su

identidad ya que se les identifica con sui género de nacimiento, pero no con el que se denota físicamente y por su nombre, para ello, se posee fundamento científico basado en investigaciones previas o tesis que han abordado el asunto. , se cuenta con un respaldo jurisprudencial de sentencias del TC y Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, junto con la base doctrinal esencial para el estudio.

1.4.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

La investigación tiene justificación práctica cuando porque los resultados arribados han permitido que el investigador pueda ofrecer la solución del problema de estudio, Además de delinear los gastos necesarios para su resolución, el tesista ha alcanzado una serie de conclusiones y sugerencias de gran relevancia, mediante las cuales se plantea la solución del problema investigado, (Martínez, 2020, p. 156).

En la actualidad la sociedad proclama el tema de lo inclusivo, es decir, una sociedad que admita a todas las minorías, que por tener la condición de ser seres humanos tienen los mismos derechos y obligaciones, pero que por ciertas razones de discriminación han sido relegadas o estigmatizadas a un segundo plano, este el tema de la comunidad LGTB, que si bien tiene los mismas obligaciones que cualquier ciudadano, muchos de sus derechos son restringidos o reconocidos, sobre todo en el tema de la identidad y el género, que es un problema que padecen las personas transexuales, quienes a pesar de haber efectuado la intervención quirúrgica de reafirmación del sexo, a lo sumo han alcanzado el cambio del nombre, de acuerdo al sexo asignado, pero la situación de género femenino a masculino y viceversa, aún no ha sido solucionado, lo que crea una situación de mayor estigmatización, discriminación y burla, pues tanto el físico y el nombre, al no coincidir con el género que se consigna en el documento nacional, genera una serie de vulneraciones de derechos fundamentales que tiene que ser solucionados en beneficio de la comunidad LGTB.

1.4.3. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

El propósito de esta investigación radica en que el investigador ha diseñado herramientas para recolectar y analizar datos, las cuales han sido verificadas por expertos, y se han seguido meticulosamente los procedimientos establecidos por la metodología científica del Reglamento de Grados y Títulos de la Huánuco, lo que garantiza que los hallazgos alcanzados sean confiables y de relevancia científica (Martínez, 2020, p. 167).

1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Las imitaciones de una investigación están referidas a las dificultades que atraviesa el investigador en el desarrollo de la misma, (Castillo, 2020, p. 134), en el desarrollo de la presente investigación, una de la limitaciones corresponde a que en la Corte Superior de Justicia de Huánuco, solo se ha presentado un caso sobre demanda de cambio de género en el DNI; por ende, el tesista ha tomado como muestra esta sentencia y las que se han presentado y distintos distritos judiciales, así como las sentencias del Tribunal Constitucional; otra de las limitaciones corresponde fue la tarea de encuestar a la muestra conformada por expertos en derecho, en este caso a jueces y fiscales especializados en los civil del Distrito Judicial de Huánuco, quienes por sus labores propias de despacho no han sido encuestados en una sola oportunidad, sino que el tesista ha estado a expensas del tiempo libre de la muestra, lo que demandó más del tiempo esperado, incluso al ser magistrados y fiscales y considerando que se trata de un tema bastante polémico no han querido se les toma foto ni registrar su firma y sello en el consentimiento informado, pues ellos han aseverado que si bien las encuestas son anónimas el hecho que aparezca su firma y sello en los documentos o sus fotografías revelaría su identidad, por lo que se tuvo que aceptar ello y continuar con la encuesta.

1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación es viable porque el tesista cuenta con el apoyo del asesor de tesis, quien va a ser un apoyo tanto en la elaboración del

proyecto de investigación como en la realización de la tesis, (Acosta, 2020, p. 117); además contará por el apoyo de un metodólogo para la realización de las estadísticas y comprobación de las hipótesis.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

2.1.1. A NIVEL LOCAL

Rojas, (2021) Percepciones sobre el reconocimiento de la identidad de género en jóvenes LGBTIQ+ del distrito de Amarilis, Huánuco, tesis de licenciatura por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, el objetivo general fue comprender cómo perciben los jóvenes LGBTIQ+ del distrito de Amarilis el reconocimiento de su identidad de género y las barreras que hallan al intentar realizar trámites oficiales donde su identidad no coincide con sus documentos, fue un estudio cualitativo con enfoque fenomenológico, se emplearon entrevistas semiestructuradas a 12 jóvenes de entre 18 y 25 años, además de un análisis documental de normas locales relacionadas con igualdad y no discriminación, entre las conclusiones principales es que los participantes expresaron sentirse invisibles, ante el Estado debido a que sus documentos no reflejan su identidad de género real, generando ansiedad y temor en espacios formales como bancos, centros de salud o instituciones educativas, que no existe un protocolo local que facilite o acompañe el reconocimiento de identidad de género, lo cual fomenta la evasión de trámites y profundiza la autolimitación en el ejercicio de derechos, la mayoría considera que la región Huánuco sigue reproduciendo estereotipos tradicionales que dificultan la comprensión pública de la identidad de género. **Comentario.** Este antecedente es clave porque ofrece una mirada cercana al territorio, además aporta la dimensión emocional y social del problema: el silenciamiento y la autocensura que viven personas trans y no binarias en Huánuco, aunque no trata directamente del cambio de género registral, evidencia el impacto que produce esta ausencia.

Salazar, (2021). Barreras institucionales para el acceso a derechos de personas trans en servicios de salud pública de Huánuco, tesis para

optar el título de abogado por la Universidad de Huánuco, el objetivo general fue identificar las barreras institucionales que enfrentan personas trans al intentar acceder a servicios de salud pública en establecimientos de Huánuco, la metodología fue una investigación descriptiva y cualitativa; se aplicaron entrevistas a profesionales de salud y personas trans adultas, y se revisaron manuales y protocolos de los centros de salud de la región; concluye que los centros de salud no cuentan con lineamientos claros sobre trato digno a personas trans, lo que genera malestar y episodios de discriminación indirecta; la incongruencia entre el nombre social y el nombre consignado en el DNI genera conflictos administrativos, retrasos en la atención y exposición innecesaria de la identidad de la persona, el personal reconoce la ausencia de capacitación específica sobre identidad de género, lo que refuerza prácticas basadas en estereotipos. **Comentario.** Este antecedente permite comprender que, en Huánuco, la falta de reconocimiento legal de la identidad de género no solo afecta trámites judiciales, sino también el acceso a derechos fundamentales como la salud, lo cual se relaciona directamente con tu investigación sobre derechos fundamentales.

Cárdenas, (2022) Discriminación por identidad de género en instituciones educativas urbanas de Huánuco, tesis de maestría por la Universidad de Huánuco, el objetivo general fue analizar las manifestaciones de discriminación hacia estudiantes con identidades de género diversas en instituciones educativas de nivel secundario de Huánuco, la metodología aplicada fue de diseño mixto, se aplicaron encuestas a 180 estudiantes y entrevistas a 10 docentes; también se revisó la normativa educativa local y los lineamientos de convivencia escolar, arribando como conclusiones que aunque existe normativa nacional contra la discriminación, la aplicación local es débil: las instituciones educativas no cuentan con protocolos claros para acompañar a estudiantes trans, la mayoría de estudiantes encuestados reconoció haber presenciado situaciones de burla, rechazo o aislamiento hacia compañeros que expresaban identidades de género distintas al

sexo asignado al nacer, los directivos y docentes manifestaron sentir incertidumbre sobre procedimientos administrativos, especialmente cuando el nombre social del estudiante no coincide con su DNI. **Comentario.** Este antecedente muestra que la falta de reconocimiento y protocolos afecta la vida cotidiana de personas trans desde edades tempranas; además, confirma que la problemática en Huánuco está vinculada a la ausencia de lineamientos institucionales, lo cual dialoga directamente con la necesidad de estudiar el impedimento del cambio de género legal.

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

Aimituma, (2020). Derecho a la identidad de género en el Perú: consecuencias jurídicas derivadas del cambio de prenombre y sexo registral, tesis de grado para optar el grado de maestro por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cuzco, el objetivo general de la investigación fue analizar la problemática del reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas transexuales o transgénero en el Perú través del cambio de prenombre y sexo registral, proponiendo un proyecto de ley que regule este trámite, la metodología fue un diseño descriptivo-analítico, con enfoque cualitativo, abordando variables como el derecho a la identidad, igualdad, no discriminación, y considerando la población o muestra documental de registros civiles, legislación peruana y la propuesta normativa, las conclusiones principales, son que el estudio concluye que el trámite de cambio de prenombre y sexo registral en el Perú está marcado por vacíos normativos, falta de procedimiento administrativo específico y dependencia de vías judiciales, también sostiene que la igualdad material no se logra solo con reconocimiento formal, sino que es necesario un procedimiento que garantice accesibilidad, rapidez y eliminación de barreras médicas o económicas. **Comentario.** Este antecedente es muy relevante porque se centra exactamente en el reconocimiento legal de la identidad de género en el contexto peruano, lo cual aporta una base para la investigación para contrastar con lo que se ha documentado a nivel nacional.

Gutiérrez, (2024), Derechos y procedimientos en el cambio de nombre y género: un estudio comparado internacional entre Perú y Argentina, tesis de maestría para la Universidad Privada San Carlos de Puno, el objetivo general fue analizar comparativamente las normativas, derechos y procedimientos legales de cambio de nombre y género en Perú y Argentina, destacando diferencias, similitudes y alineación con estándares internacionales, la metodología fue de enfoque cualitativo de carácter hermenéutico-descriptivo-analítico, método de derecho comparado; la población de análisis incluye la normativa y jurisprudencia en ambos países, arribando como conclusiones principales, que el trabajo concluye que Argentina cuenta con un modelo administrativo más accesible para el cambio de género (Ley 26.743) mientras que en Perú prevalecen barreras judiciales, médicas y estructurales, además recomienda que el Perú adopte mejores prácticas administrativas, elimine requisitos invasivos y alinee su marco normativo con estándares internacionales para garantizar el derecho a la identidad. **Comentario.** Este antecedente ofrece una visión comparativa que puede enriquecer tu investigación al mostrar cómo otro país latinoamericano ha avanzado más rápidamente, permite evidenciar las brechas que existen en el contexto peruano regional (Huánuco) y qué aprendizajes podrían adoptarse.

Lengua, (2018). La trans – formación del derecho: la protección del derecho de identidad de las personas trans desde el derecho internacional de derechos humanos. Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Pontificia Católica del Perú, en la cual el autor concluye que: los derecho fundamentales de las personas trans, ha ido evolucionado a la par de la evolución de la sociedad, dentro del marco del derecho internacional, se ha considerado como un derecho fundamental a la expresión e identidad de género como dos derechos fundamentales que se encuadran dentro del derecho a la libre determinación y desarrollo de acuerdo, solo a su distinción biológica que puede cambiar, sino a una cuestión fáctica, pero también de conformidad a como el ser humano vive y piensa y se desarrolla, en tal sentido una

persona trans, luego de haberse reasignado sexualmente, el cambio de sexo es notorio, por ende, también resulta necesario el cambio de género, a efectos que concuerde no solo de acuerdo a lo físico, sino también a lo psicológico, social y cultural. **Comentario.** Es evidente que en las últimas décadas las personas trans han saludo a la luz, ya no viven como parias o escondidos y desarrollando trabajos nocturnos como la prostitución, sino que han advertido que son personas como cualquier otra con derechos y obligaciones y que requieren que el Estado las reconozca, que no sean consideradas personas de segundo nivel, que muchas de estar personas, a diferencia de lo que sucede en el país, en el extranjero el desarrollo del reconocimiento de derechos y la protección de los mismos de las personas trans género está desarrollando de modo rápido y positivo, garantizando siempre la igualdad de oportunidades para todos. (Lengua Parra, 2018)

Cabanillas y Saavedra. (2020). Criterios que el magistrado debe considerar al establecer la interpretación del derecho a la identidad individual en los procedimientos de alteración de nombre y cambio de género en circunstancias de incongruencia de género en Perú. La tesis formulada con el objetivo de obtener el título de abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, en la que los autores llegan a la inferencia de que: Los criterios que el juez debe tener en cuenta en la interpretación del derecho a la identidad personal en procesos de modificación de nombre y cambio de género en circunstancias de incongruencia de género en Perú abarcan: la identidad de género, el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación individual. El derecho a la identidad abarca componentes individuales del sujeto, abarcando no solo datos como nombre y género, sino también la personalidad, la libertad para seleccionar la identidad personal, entre otros aspectos. Cada uno de estos elementos debe ser salvaguardado y reconocido para todos los individuos, sin distinción alguna. Observación. El género en Perú se halla en proceso de regulación, tal como se manifiesta en el Proyecto de Ley 00790/2016-CR, que actualmente se halla en debate. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, diversas

entidades gubernamentales, como la RENIEC y la Defensoría del Pueblo, han proporcionado su respaldo. Adicionalmente, se reconoce explícitamente la identidad de género como un derecho, tal como se evidencia en el fallo del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Lima, que instruye a RENIEC a instaurar un procedimiento administrativo para la modificación de prenombres y sexo en el Documento Nacional de Identidad. 3. La resolución emitida en el caso 06040-2015-PA/TC pone de manifiesto la imperiosa necesidad de respetar adecuadamente los derechos fundamentales, particularmente el derecho a la identidad de los individuos con incongruencia de género, quienes se ven obligados a recurrir a la jurisdicción judicial para efectuar la modificación de nombre y género en su documento nacional de identidad. Según Cabanillas Correa (2020)

2.1.3. A NIVEL INTERNACIONAL

Williamson, (2023). A Global Analysis of Transgender Rights: Introducing the Trans Rights Indicator Project (TRIP), artículo científico presentado para la revista Perspectives and politices, de la Universidad de Ohio, 11 (8), EEUU: el objetivo general fue presentar un nuevo conjunto de datos que documenta los derechos de las personas trans en 173 países desde 2000 hasta 2021, con indicadores que permiten analizar cómo el reconocimiento legal de la identidad de género (incluido el cambio de género registral) varía globalmente y cuáles factores institucionales y culturales explican esa variación, la metodología en la que se desarrolló una base de datos cuantitativa-comparativa que codifica 14 indicadores legales para cada país, incluyendo el reconocimiento del cambio de género legal, protección anti discriminación, acceso a la salud, etc., se utilizan análisis estadísticos y comparaciones entre regiones para detectar patrones, como conclusiones encuentra una gran heterogeneidad entre países: algunos tienen procedimientos completos de cambio de género legal, sin requisitos médicos fuertes; otros, apenas ningún reconocimiento; factores como el nivel de democracia, presencia de movimientos civiles de personas trans, y la cultura legal de derechos humanos se asocian

con mejores estándares de reconocimiento, el cambio registral de género aparece como una variable clave que coincide con mejores condiciones en empleo, salud y vida libre de violencia para personas trans. **Comentario.** Este antecedente aporta una visión global que permite situar el caso peruano y en el de Huánuco, dentro de un panorama más amplio. Es especialmente útil para justificar la relevancia de estudiar el reconocimiento legal de género: porque los datos muestran que donde ese reconocimiento existe, hay mejoras reales en derechos fundamentales.

González & Rebellón, (2022). Contexto socio-jurídico del derecho al cambio de nombre por el reconocimiento a la identidad de género de la población LGTBIQ+ en Colombia, Tesis de posgrado la Universidad del Valle del Cauca, cuyo objetivo general fue analizar desde una perspectiva jurídico-socio-jurídica el derecho al cambio de nombre en Colombia para la población LGTBIQ en función del reconocimiento de la identidad de género, la metodología fue un estudio de tipo cualitativo; diseño hermenéutico y descriptivo-analítico que revisa fuentes documentales (normativas, jurisprudencia, registro civil), con especial atención al derecho al cambio de nombre y su vinculación con la identidad de género, como conclusiones principales son, la investigación concluye que, aunque existe normativa y jurisprudencia en Colombia que reconoce el derecho al cambio de nombre conforme a la identidad de género, persisten obstáculos estructurales: procedimientos poco estandarizados, barreras administrativas y falta de sensibilización, también señala la importancia de reconocer un tercer marcador de género (no binario) como parte del cambio y adecuación registral, lo que demanda reformas adicionales. **Comentario.** Este antecedente es muy valioso analiza un contexto latinoamericano con similitudes, procedimientos de registro civil, barreras jurídicas, retos de sensibilización, y permite extraer lecciones para un contexto regional peruano, aunque no se centre directamente en el cambio de género completo, su enfoque en el cambio de nombre por identidad de género es plenamente relevante.

Cantoral, (2023). El derecho a la identidad de género en México: elementos para su análisis; artículo científico presentado par la Revista de Derecho de la UNAM, México, 13(14); el objetivo general: analizar el reconocimiento de la identidad de género en el derecho comparado, para valorar su contexto jurídico y social en México, tomando como base los derechos fundamentales de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, la metodología del artículo fue una revisión bibliográfica y análisis comparado; se estudian marcos normativos nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia y legislación mexicana en materia de identidad de género. **Conclusiones** principales, se determina que en México ha habido avances importantes en el reconocimiento de la identidad de género, pero aún persisten vacíos normativos y diferencias entre entidades federativas respecto al procedimiento administrativo para el cambio de género o nombre, el artículo propone que para garantizar plenamente el derecho a la identidad de género se requiere una estrategia institucional normativa que establezca un procedimiento administrativo claro y homogéneo. **Comentario.** Este artículo complementa muy bien la investigación ya que provee un contexto latinoamericano donde sí existe mayor visibilidad del cambio de género y se identifican contrastes importantes entre jurisdicciones federativas, ello permite situar al Perú y específicamente Huánuco, en el mapa comparativo de América Latina, identificando tanto prácticas ejemplares como rezagos que podrían replicarse o adaptarse al contexto regional.

Vásquez. (2019). La adhesión a los derechos humanos en la comunidad transgénero y transexual. La disertación requerida para la obtención del título de licenciatura en Derecho, concedida por la institución académica Universidad Autónoma de México. La autora concluye que la ideología heteronormativa impregna nuestra sociedad, incitándonos a rechazar cualquier expresión de diversidad. Por lo tanto, esto restringe el enriquecimiento de nuestro marco jurídico en comparación con otros países que promueven la formación de colectividades con una cultura de sensibilidad y un estricto acatamiento

a los derechos fundamentales de los grupos minoritarios. Para fomentar estrategias orientadas al disfrute y ejercicio de estas prerrogativas, es imperativo una reconfiguración cognitiva que reconozca la diversidad de expresiones que trascienden las imposiciones tradicionales. Este paradigma debería servir como el inicio para establecer responsabilidades entre el poder público y la ciudadanía, con el objetivo de una coexistencia que aspire a la felicidad de cada individuo en el territorio mexicano. **Comentario.** La investigación ha arribado a conclusiones muy interesantes por ejemplo cómo es que si bien puede existir una marco normativo de protección y reconocimiento de la igualdad de derechos, las personas trans género y transexuales, dentro de misma sociedad mexicana continua siendo discriminada, la posición social en la que se encuentran es inferior, para acceder a un trabajo como en bancos, hospitales o instituciones públicas se le es negado, por ende su trabajo se encuentra en distintas actividades distintas a las de su profesión, socialmente también son objeto de burla y discriminación, razón por la que, si bien pueden acceder al cambio de nombre o de género, aun las sociedad las discrimina. (Vasques Blas, 2019)

Santibañez. (2016). El derecho a las identidades trans, un enfoque desde la teoría de género y la jurisprudencia académica. Tesis con el propósito de obtener el título de licenciatura en derecho conferido por la Universidad de Chile, en la cual el autor llega a la siguiente conclusión: El determinismo biologicista predominante en todas las instituciones derivadas del sistema de la división sexual de los individuos no se fundamenta en presupuestos posicionados ontológicamente ni de manera prediscursiva. La concepción del sexo como un fenómeno natural se reconsidera desde un enfoque biopolítico hacia otras perspectivas que lo sitúan como un elemento crucial en la configuración de un modelo heteronormativo y de diferencia sexual y correlativa de género. De acuerdo con Monique Wittig, "la categoría de sexo constituye la categoría política que establece la sociedad en su estado heterosexual". En este contexto, no se aborda un asunto de existencia, sino de relaciones. A partir de las proposiciones de diversos teóricos en

este ámbito, los elementos de género y sexo se reposicionan como dispositivos socioculturales, ya no tan desafiantes de lograr y subvertir, y desde los cuales se originan otros discursos que impregnan el comportamiento de los cuerpos sexuados. Consecuentemente, sexo y género se ubican en el mismo dominio de realidad edificado por la cultura, una cultura que, con el transcurso del tiempo, ejerce efectos naturalizadores, transformando sus construcciones en entidades autónomas y preexistentes. **Comentario.** En la actualidad se ha logrado una diferenciación entre el sexo y el género como conceptos diferentes que ven al sujeto, no solo mediante la identidad biológica de varón mujer, sino que el género va más allá del sexo físico, es más de un contenido cultural, social, histórico y psicológico, por ende, la normatividad y la legislación tiene que ir a analizar también desde este aspecto relacionado con el sentir de la persona y su autodetemrinación. (Santibáñez Peñaloza, 2016)

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. PRINCIPALES CORRIENTES TEÓRICAS DEL TEMA

El Derecho posee una esencia primordial de emancipación humana. En otras palabras, está concebido para garantizar a cada individuo, cimentado en su propia esencia, su propia felicidad. El privilegio de orquestar relaciones humanas basadas en principios debe brindar a cada individuo, con respeto al derecho ajeno y orientado al bienestar colectivo, la facultad de escoger, con libertad, su rumbo vital.

El Derecho, concebido por el ser humano, actúa como una herramienta perpetua de su emancipación, una constante oportunidad de descubrir su esencia y ajustarse a su voluntad libre. En el caso de las personas transgénero, que viven un drama humano donde su propio cuerpo, su apariencia externa, les impide vivir según su voluntad, no queda más remedio que, tras todas las posibilidades científicas, apoyarlos en su metamorfosis. A diferencia de los homosexuales o travestis, el transexual se erige como un ser torturado, incapaz de resistir

una fuerza incontrolable, desmedida y superior a su voluntad (Barrientos, 2012, p. 103).

No hay remedio alternativo al fracaso de las terapias médicas, psicológicas o hormonales. No es posible aniquilarlos, concentrarlos o apartarlos. Es crucial brindarles la oportunidad de transformarse, integrarse en la sociedad con su esencia auténtica, y no confinarlos a la sombra de una apariencia, una mentira o una ética falsa. Lo ético es enfrentarse con sinceridad a su realidad, ya sea como hombre o como mujer, evitando una existencia de frustración en la que se parece ser de un género, mientras que el comportamiento social, tangible y evidente, pertenece al otro. ¿Es ético tolerar esta trampa en nombre de la genética, los cromosomas y una moral que no se fundamenta en la conciencia propia? (Buttler, 1990, p. 35)

En Perú, se permite cambiar de nombre, pero no de género. El Artículo 29 del Código Civil peruano dicta que nadie tiene la potestad de alterar su nombre ni añadirlo, excepto por razones justificadas y previa autorización judicial, publicada e inscrita. Las peticiones de cambio de nombre derivadas de la identidad de género suelen ser decididas de manera autónoma por los jueces, a menudo basándose en la libertad y el libre desarrollo de la identidad personal. (Centro Latinoamericano de Sexo y Libertades Humanas, noviembre, 2018, p. 134

El 20 de abril de 2006, la Corte Constitucional peruana dictó una resolución favorable a Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, ingeniera agrónoma transgénero, quien había solicitado al Registro Nacional de Identidad la modificación del nombre masculino que llevaba en su partida de nacimiento. En respuesta a la negativa de los agentes del Registro, Karen Quiroz emprendió una cruzada jurídica que la catapultó hasta el Tribunal Constitucional, quien, fundamentándose en el derecho a la dignidad y la noción de que la identidad humana no se define únicamente por su género, sino también por elementos sociales y culturales, dictó su veredicto favorable.

Sin embargo, el veredicto del Tribunal Constitucional solo menciona la alteración del nombre de la demandante, sin mencionar la alteración de su género, que en su documento de identidad sigue siendo masculino. No obstante, las entidades defensoras de los derechos LGTB opinan que este fallo abre un portal para que otros individuos puedan tener un nombre que verdaderamente encarne su identidad de género (Exp. 2373 - 2005 - PHC/TC).

En Chile, la metamorfosis de nombre y género en documentos oficiales se enfrenta a la tormenta de la cirugía de reasignación de sexo. No obstante, dos veredictos judiciales y una propuesta legislativa presentada en enero de 2008 podrían erradicar ese requisito.

En mayo de 2007, Andrés Rivera, líder de la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, logró que un tribunal de Rancagua aceptara su identidad de género. Antes, una transgénero había logrado un veredicto semejante en Antofagasta. En ambas situaciones, el tribunal concedió la modificación de sus nombres sin necesidad de someterlos a la cirugía de reasignación sexual (Gil, 2012, p. 142).

En esa nación, un proyecto de ley, en fase inicial de la Constitución, establece que cualquier individuo podrá solicitar la modificación de su género en su registro de identidad. Sin embargo, el proyecto exige que el individuo demuestre que ha sido diagnosticado con disforia de género a través de informes médicos-psiquiátricos de al menos dos expertos del ámbito, que evidencien la discrepancia entre su género fisiológico inicial y su identidad de género vivenciada, y la persistencia de esta discrepancia y la ausencia de trastornos de personalidad que puedan afectar de manera significativa la estabilidad y durabilidad de esta discrepancia.

La propuesta también exige que el individuo haya sido sometido a un tratamiento médico de al menos dos años para ajustar su apariencia física al género deseado, siempre y cuando haya sido sometido a

tratamientos de reasignación sexual, (Fernandez Sesarego, 2021, p. 345)

En Argentina, los individuos sometidos a la reasignación sexual tienen la posibilidad de solicitar su cambio de género, lo cual conlleva la obtención de un nuevo Documento Nacional de Identidad. Este es un proceso extenso y intrincado que abarca tanto a la justicia como al ámbito sanitario. El artículo cuarto de la ley sobre el Ejercicio de la Medicina dicta: no realizar intervenciones quirúrgicas que alteren el género del paciente, a menos que se hayan realizado previamente a una autorización judicial, (Cabral, 2021, p. 262)

En diversas resoluciones emitidas por los Ministerios de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia del mismo nombre, el Estado se comprometió a honrar la pluralidad de género. Las directrices sugieren que en el ámbito sanitario, los individuos travestis y transexuales sean bautizados con el nombre que ellas escojan como propio, en lugar de seguir el nombre que está registrado en su Documento Nacional de Identidad. Sin embargo, estas iniciativas todavía enfrentan desafíos en su ejecución, según las organizaciones locales de personas transexuales (Campos, 2006, p. 245).

En la Cámara de Diputados de Argentina se discute una iniciativa de normativa de Identidad de Género, la cual sugiere la instauración de una Oficina de Identidad de Género que, tras recibir la solicitud, realizará la rectificación registral del género y la modificación del nombre del interesado. En cualquier circunstancia, la identidad del peticionario será resguardada, salvo por imperativo legal. Si la petición sea rechazada, será necesario dictar una resolución fundamentada.

Además, el consejo legislativo de la región autónoma de Buenos Aires lanzó la Ley de Identidad de Género, la cual, si es aprobada, solo se aplicará en esa ciudad para los mayores de edad. De acuerdo con el primer párrafo de la propuesta municipal, la urbe admite el concepto de género adoptada o auto identificada de las personas y asegura que

puedan elegir un nombre que no choque con esa identidad. Diagone (2010), página 61)

En América Latina, mientras la discriminación, los abusos policiales, las detenciones injustas, la carencia de oportunidades laborales y los asesinatos motivados por el odio golpean a transgéneros y transexuales, diversas organizaciones no gubernamentales y diversos actores políticos se esfuerzan por garantizar que todos los individuos disfruten de sus derechos, sin que el carácter sexual ni la identidad de género se conviertan en barreras.

Es necesario determinar quién es el que transexual, por lo paso a definir que es aquella persona que, habiendo nacido con un sexo determinado en su partida de nacimiento, en realidad pertenece a uno opuesto y bien diferenciado del registral, (Elósegui, 1999, p. 341)

Es crucial discernir quién es un transexual, ya que, a pesar de haber sido registrado con un género específico en su partida de nacimiento, en realidad pertenece a una identidad sexual completamente distinta a la registrada (Elósegui, 1999, p. 341).

La distinción entre el transgénero y el homosexual radica en su inclinación a experimentar placer con individuos con genitales idénticos a sus propios. El homosexual no se encuentra en desacuerdo con su apariencia, no le molestan sus órganos íntimos, y generalmente demanda aceptación plena y no discriminación en su actividad sexual. El ínfimo grupo de homosexuales con identidad de género debe ser evaluado por el psiquiatra en el diagnóstico diferencial, pues ellos no se sienten mujeres ni enfrentan problemas con su anatomía.

En el vasto universo del travestismo, se encuentran individuos que adoptan atuendos o maquillaje contrarios a su identidad sexual, manifestándose tanto en el ámbito heterosexual como en el homosexual. En términos generales, se conoce como "travesti" a un homosexual extremadamente feminizado que, a menudo, se dedica a la prostitución, aunque no se siente mujer auténtica y acepta sus genitales, (Fonseca, 2009, p. 54).

En nuestra nación, se permitiría no solo cambiar de nombre, sino también cambiar de sexo tanto en la partida de nacimiento como en su documento de identidad, evitando así que los transexuales sufran innumerables discriminaciones y agresiones por parte de diversas personas, incluyendo a autoridades y vecinos, los cuales desencadenan nefastas repercusiones en sus vidas, afectando sus derechos a la identidad, el trabajo, la educación y la salud. La disforia de género no debe ser castigada por la sociedad ni por el Derecho. El Derecho debe captar esta realidad y ofrecer una respuesta que respete los derechos esenciales de estas personas; por ello, es crucial que se les permita cambiar de nombre y sexo, reconociendo así su singularidad y permitiéndoles construir libremente su destino vital.

En la controversia actual sobre el derecho a la identidad de género para aquellas personas que se cambiaron el sexo mediante una operación, es usual abordar la cuestión como una ruptura con la tradición del derecho civil de las personas.

El amparo en revisión 1371 / 2017 derechos de la personas trans, particularmente un aspecto muy importante para la protecciones de los derechos que tiene que ver con sus documentos, partida de nacimiento, para la vida en general de la protecciones de derechos, el fallo busca evitar discriminaciones que se generan en estas personas, el alcance de la Corte Constitucional Mexicano, que se origina en Veracruz, el demandante fue registrado con el sexo masculino de acuerdo a su nacimiento, pero esta persona era transgénero acude al registro civil y pide que el acta de nacimiento se cambie el nombre y el género masculino a femenino, para que concuerde con la realidad fáctica, pues ya se había efectuado la reasignación de sexo, el trámite administrativo no contesta la solicitud, ante esta omisión del derecho de petición acude a un juez de amparo para que se constate que no ha recibido respuesta, el registrado responde que no es competente para tratar la petición ya que tiene que efectuarse ante el juez, por ser modificación de datos sustanciales, frente a ello el quejoso recibe esta respuesta, formula una

ampliación de demanda en un juicio de amparo, siendo un amparo contra leyes por ser inconstitucionales, (Lozano, 2021, p. 276)

El demandante demando el derecho a no ser discriminado, a la dignidad, libre determinación o desarrollo de la personalidad, porque la ley le impide realizar el cambio administrativo de género en su documento de identidad, en tal sentido el Juez de primer a instancia niega el empardo considerando que no había vulneración de normas constitucionales, respecto al fondo tampoco fue valorado constitucionalmente, por lo que recurre en apelación, el colegiado remite a la Corte Constitucional considerando que el caso trata de derechos fundamentales, en la sentencia se arriba una serie de pronunciamientos de derecho constitucionales.

Precisando que el sexo no es igual al género, el primero atiende a una distinción física, biológicas, de distinguir entre hombre y mujer, pero el género atiende a una distinción de características sociales y culturales ala las personas, forma de vestir, modales que diferencia entre lo femenino, el género puede ser construido o cambiando dependiendo de la forma de pensar o de actuar y la identidad de género atiende a la cómo se siente la persona si se siente hombre o mujer, más allá del sexo o del género propiamente dicho, por ende, es una posición de sentimiento de forma de pensar del sujeto, (transgeneros, 2021)

También esta sentencia define la expresión de género que consiste en la proyección que tiene la persona hacia los demás, es decir cómo se expresa como hombre o mujer, frente a la sociedad, que está relacionado e inmerso en el derecho a la libre desarrollo de la personalidad, este derecho es amplio e interesante que determina el vivir como una quiera o siente de acuerdo a su personalidad y modo de expresarse, sin transgredir los derechos de los demás, por ende los tribunales son guardianes de los derecho fundamentales.

El término de trans género, es un concepto amplio que abarca el concepto de una persona que nació con un sexo, pero por cuestiones de identidad y personalidad se proyecta a la sociedad como una persona

de un género que no coincide con el sexo biológico, que es el ejercicio de un derecho humano de su libre desarrollo de acuerdo a su personalidad, además es necesario también considerar que el género hay que verlo desde un aspecto normativo de valoración de normas y el aspecto de los derechos fundamentales que debe orientarse a la igualdad, cuando existen cambios en la identidad debe ser orientado a admitir el cambio de género en el acta de nacimiento y del documento nacional de identificación

2.2.2. COMUNIDAD LGTB

La comunidad LGTB (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgénero) incluye personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas que no se ajustan a las normas heterosexuales y cisgénero predominantes. Aquí se exploran su historia, derechos, desafíos, cultura, y la importancia de la interseccionalidad.

Esta comunidad, colectivo o movimiento mundial tuvo su origen en el llamado ¨Levantamiento de Stonewall¨, en el año 1969, considerado el catalizador del movimiento moderno por los derechos de las personas autodenominadas LGTB, ello ocurrió en el bar Stonewall Inn en Nueva York marcó un punto de inflexión en la lucha por la igualdad, pues los asistentes fueron denigrados, humillados y maltratados por su opción sexual (Joya & Lacute, 2019, p. 68).

A partir de ello, en los años 70 del siglo pasado, se fundaron grupos como el Frente de Liberación Gay y los primeros colectivos de Lesbianas, que comenzaron a exigir derechos y visibilidad, además de exigir a las autoridades un trato igualitario que les permita su autodeterminación sexual.

Posteriormente en la década de los 80 y 90, a pesar del impacto devastador del VIH/SIDA, estos años vieron un aumento en el activismo y la creación de organizaciones de apoyo como ACT UP, y en el presente siglo se han logrado avances muy importantes en diversos países democráticos, de avanzada y respetuosos de los derechos humanos,

como la legalización del matrimonio igualitario en muchos países y la creciente aceptación social han sido hitos importantes, (García, 2020, p. 84).

En el año 2001, fueron los Países Bajos, el primero el en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, seguido de España en el 2005, y en el 2015 los Estados Unidos, mediante la decisión del Tribunal Supremo en el caso Obergefell v. Hodges legalizó el matrimonio igualitario en todo el país.

Del mismo modo en Estados Unidades se han dictado una serie de leyes sobre la antidiscriminación, como la ley de Igualdad, que busca extender las protecciones a la comunidad LGTB en ámbitos como el empleo, la vivienda y la educación, por su parte en Europa, muchos países han implementado leyes robustas contra la discriminación, aunque su aplicación varía.

Los desafíos actuales se están centrando en evitar la violencia y discriminación como el tema de los crímenes de odio contra personas LGTB siguen siendo un problema grave, como ocurre en Brasil, las tasas de violencia contra personas trans son alarmantemente altas (CIDH, 2021, p. 102).

Las personas trans, especialmente las mujeres trans de color, enfrentan tasas alarmantemente altas de violencia y homicidio. En 2020, la Human Rights Campaign reportó un récord de asesinatos de personas trans en Estados Unidos.

La discriminación en múltiples áreas, incluyendo el empleo, la vivienda y la atención médica, sigue siendo un problema significativo. Por ejemplo, un estudio de 2015 en Estados Unidos encontró que el 30% de las personas trans habían sido despedidas, no contratadas o habían sufrido alguna forma de discriminación laboral debido a su identidad de género, (López, 2008, p. 95).

En tal sentido podemos afirmar que estas dos décadas la comunidad LGTB es diversa y ha logrado avances significativos en la

lucha por la igualdad y la aceptación. Sin embargo, continúa enfrentando desafíos que requieren atención y acción continua. La visibilidad, el activismo y las políticas inclusivas son cruciales para construir un mundo más justo y equitativo para todos.

2.2.3. PERSONA TRANS

Las personas transgénero son aquellas cuya identidad de género no coincide con el sexo asignado biológicamente al nacer, siendo que esta identidad puede variar ampliamente y no necesariamente se ajusta a las categorías tradicionales de hombre o mujer, se tiene una serie de situaciones complejas que corresponden a la experiencia, los desafíos y los avances específicos de las personas transgénero, (Alsedo, 2021, p. 84).

Es crucial aclarar la cuestión de la identidad de género frente al sexo biológico, ya que las personas trans o transgénero poseen una identidad de género distinta a la que se les asignó al nacer. Esto abarca a hombres trans (nacidos como hombres que se identifican y viven como mujeres) y mujeres trans (nacidas como mujeres que se identifican y viven como mujeres), además de individuos no binarios (que no se reconocen estrictamente como hombres o mujeres).

También corresponde identificas al género fluido, que se identifican como personas que cuyo género puede cambiar con el tiempo, y cisgénero, que corresponde a personas cuya identidad de género coincide con el sexo asignado al nacer.

Entre los antecedentes catalogados como pioneros y activistas del movimiento trans, se cuenta con los pronunciamientos de Marsha P. Johnson y Sylvia Rivera, que fueron fundamentales en el levantamiento de Stonewall (1969), un evento crucial para el movimiento moderno de derechos LGTB. Crearon organizaciones como STAR (Street Transvestite Action Revolutionaries) para apoyar a las personas trans sin hogar, (López J. , 2017, p. 116).

En los últimos años, se han logrado avances significativos en la visibilidad y los derechos de las personas trans, como la aprobación de leyes de identidad de género y el aumento de la representación en los medios han sido pasos importantes.

Los alcances más importantes a nivel mundial se tiene por ejemplo la legalización de la operación quirúrgica de reasignación de sexo, que no sólo trata el tema médico como tal, sino también un tema de psiquiatría para determinar si efectivamente la persona, más allá del sexo físico o biológico, psicológicamente se siente, idéntica con el sexo opuesto.

El tema de las personas trans, en muchos países no ha quedado sólo en el tema físico, sino ha avanzado aún más, sobre al campo jurídico, autorizando por ejemplo el cambio de nombre y género en los documentos de identidad y otros, en muchos lugares, las personas trans pueden cambiar su nombre y género en documentos oficiales. El proceso varía significativamente entre países y estados. Por ejemplo, en Argentina, la Ley de Identidad de Género (2012) permite cambiar estos datos sin necesidad de intervenciones médicas, (Gherovici, 2020, p. 152).

En países como España, la legislación permite cambios en los documentos oficiales mediante procedimientos legales relativamente accesibles, aunque aún existen obstáculos burocráticos y sociales.

En nuestro país, solo se admite el cambio de nombre, de acuerdo al nuevo aspecto físico de la persona, siempre y cuando haya efectuado la operación de reasignación de sexo, pero no el cambio de género en el documento nacional de identidad, tal es así que una mujer trans, puede obtener el nuevo nombre, de acuerdo a su nueva condición física, pero en género seguirá siendo, de acuerdo al sexo biológico.

Además, se cuenta con las leyes antidiscriminación, es así que algunos países han implementado leyes específicas para proteger a las personas trans contra la discriminación, caso de los Estados Unidos,

aunque no hay una ley federal uniforme, estados como California y Nueva York tienen fuertes protecciones contra la discriminación basada en la identidad de género (Duval, 2021, p. 211).

Por su parte la Unión Europea ha promovido directrices para proteger a las personas trans en todos los estados miembros, aunque la implementación y efectividad varían.

En principio los países están enfrentado el tema de recortar las brechas de desigualdad, y el impacto del estigma, pues es evidente las tasas de problemas de salud mental, como la depresión, la ansiedad y el suicidio, son significativamente más altas entre las personas trans debido al estigma y la discriminación. Un estudio de 2019 reveló que el 40% de las personas trans en Estados Unidos habían intentado suicidarse en algún momento de su vida (Alsedo, 2021, p. 132).

El acceso a una atención médica adecuada y respetuosa es un desafío. La cobertura de tratamientos de afirmación de género, como terapias hormonales y cirugías, es limitada en muchos lugares. Además, muchos proveedores de salud carecen de la capacitación necesaria para atender a pacientes trans de manera competente y respetuosa, en este aspecto una mayor visibilidad en los medios puede ayudar a reducir el estigma y aumentar la aceptación social. Las historias y personajes trans bien representados pueden proporcionar modelos a seguir y fomentar un mayor entendimiento y empatía, tal es así que a nivel mundial se reconoce como el Día de la Visibilidad Trans todos los 31 de marzo, dedicado a celebrar a las personas trans y aumentar la conciencia sobre los problemas que enfrentan y el día de la Memoria Trans el 20 de noviembre, donde se recuerda a las personas trans que han sido asesinadas debido a la transfobia. Este día subraya la importancia de la lucha contra la violencia y la discriminación, (Campos, 2006, p. 110).

Ello es evidente pues sobre todo en países del tercer mundo o en vías de desarrollo, con un contexto arraigado al catolicismo, las personas trans de diferentes razas, etnias, religiones y clases sociales enfrentan

desafíos específicos, por ejemplo, pueden enfrentar una discriminación múltiple y particular en diferentes contextos.

Organizaciones como Trans Women of Color Collective trabajan en la intersección de raza y género, abordando las necesidades únicas de las personas trans de color y promoviendo la justicia social de manera inclusiva (Colin, 2021, p. 221).

Dentro de este orden de ideas podemos afirmar que las personas transgénero forman una parte vital y diversa de la sociedad, a pesar de los avances significativos en derechos y visibilidad, continúan enfrentando desafíos importantes, incluida la discriminación y la violencia. Es crucial seguir promoviendo la igualdad, la aceptación y el respeto hacia las personas trans en todos los aspectos de la vida. La educación, la legislación inclusiva y el apoyo comunitario son esenciales para construir un mundo más justo y equitativo para todos, (Peinado, 2015, p. 158).

2.2.4. REAFIRMACIÓN DE SEXO

La metamorfosis de género, también denominada cirugía de afirmación de género o cirugía de reasignación de género, es una intervención quirúrgica conocida como reasignación de sexo. , es un proceso médico y quirúrgico que permite a las personas transgénero modificar sus características físicas para que coincidan con su identidad de género. Este proceso incluye una variedad de procedimientos médicos y quirúrgicos, adaptados a las necesidades y deseos individuales, (Diestra, 2015, p. 236).

Es esencial una evaluación psicológica o psiquiátrica antes de proceder con la cirugía, generalmente se requiere una evaluación psicológica o psiquiátrica para confirmar que la persona es consciente de los riesgos y beneficios y que no hay contraindicaciones de salud mental. Esta evaluación asegura que la persona está preparada emocional y mentalmente para el proceso.

También debe contarse con el diagnóstico de disforia de género es la incongruencia entre el género experimentado o expresado y el género asignado al nacer. Un diagnóstico formal de disforia de género suele ser necesario para acceder a ciertos tratamientos médicos y quirúrgicos, que va a acompañado de suministro de tratamiento hormonal, asía para hombres trans (FTM, female-to-male), se aplica testosterona, que induce cambios como el aumento del vello facial y corporal, la profundización de la voz y la redistribución de la grasa corporal, mientras que para mujeres trans (MTF, male-to-female), aplica estrógenos y bloqueadores de testosterona, que inducen cambios como el desarrollo de senos, la redistribución de la grasa corporal y la reducción del vello corporal, este tratamiento hormonal, TRH ayuda a alinear el cuerpo con la identidad de género, mejorando el bienestar emocional y reduciendo la disforia de género, (López & Zúñiga, 2021, p. 310).

Posteriormente a ello se procede con la cirugía de reasignación de sexo, en caso de mujeres trans, se procede a la vaginoplastia, que es la creación de una vagina a partir del tejido genital existente. Este procedimiento puede incluir la construcción de labios menores y mayores, y la creación de un clítoris sensible, además de la mamoplastia de aumento de los senos utilizando implantes para lograr una apariencia más femenina, y la feminización facial, que son los procedimientos que alteran las características faciales, como la rinoplastia (cirugía de nariz), la reducción de la nuez de Adán y la remodelación del hueso de la mandíbula y la frente.

Mientras que, para los hombres trans, se procede con la mastectomía, que es la remoción del tejido mamario para crear un pecho más masculino, también conocida como cirugía de pecho masculino. Existen varias técnicas, como la mastectomía subcutánea y la mastectomía con injerto de pezón, además de metaoidioplastia, que es la creación de un neofalo (pene) utilizando el clítoris agrandado por la testosterona. Este procedimiento puede incluir la construcción de una uretra más larga para permitir la micción de pie, y la falo plastia, que

corresponde a la creación de un pene utilizando injertos de piel de otras partes del cuerpo, como el antebrazo o el muslo. Este procedimiento puede incluir la implantación de dispositivos para la erección, además de la histerectomía que es la remoción del útero y, en algunos casos, de los ovarios y las trompas de Falopio, (Márquez, 2022, p. 220).

Estas operaciones son altamente riesgosas y procede una serie de cuidados postoperatorios, siendo que el período de recuperación varía según el tipo de cirugía y el estado de salud general del paciente. Los cuidados postoperatorios incluyen la gestión del dolor, el monitoreo de signos de infección y el seguimiento con profesionales médicos, además resulta importante el apoyo psicológico, que es la terapia y el apoyo psicológico continuo son esenciales para manejar los cambios emocionales y físicos que acompañan a la reasignación de sexo. Los grupos de apoyo y la terapia individual pueden ser recursos valiosos.

La mayoría de las personas que se someten a cirugías de reasignación de género reportan una mayor satisfacción con sus cuerpos y una reducción significativa de la disforia de género. La mejora en la calidad de vida y la salud mental son beneficios clave, pero como cualquier procedimiento quirúrgico, existen riesgos y posibles complicaciones, como infecciones, problemas de cicatrización y resultados estéticos insatisfactorios, (Galvis, 2016, p. 116). Es esencial tener un seguimiento médico adecuado y estar informado sobre los posibles riesgos.

En este sentido podemos afirmar que la reasignación de sexo es un proceso complejo y profundamente personal que puede mejorar significativamente la calidad de vida de las personas transgénero al permitirles alinear sus características físicas con su identidad de género. Sin embargo, es crucial que las personas que buscan estos procedimientos reciban una evaluación adecuada, apoyo integral y acceso a cuidados médicos de alta calidad. La educación, la eliminación del estigma y el acceso equitativo a la atención médica son esenciales para apoyar a las personas transgénero en su camino hacia la congruencia de género.

2.2.5. CAMBIO DE NOMBRE E IDENTIDAD EN EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD

El cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad es un paso crucial para muchas personas transgénero, ya que permite que sus documentos oficiales reflejen su identidad de género, este proceso varía significativamente entre diferentes países y regiones, a continuación, se detallan los aspectos clave de este procedimiento.

El procedimiento para el cambio de nombre o sexo a nivel internacional aplica a una serie de requisitos comunes, como el diagnóstico de disforia de género, en algunas jurisdicciones, se requiere un diagnóstico formal de disforia de género por parte de un profesional de salud mental, además de la certificación del tratamiento médico, En ciertas áreas, solicitan pruebas de haber sido sometido a terapias hormonales o a cirugías de reasignación de género, y también se requiere la declaración jurada o una carta de un profesional de la salud confirmando la identidad de género del solicitante, todo ello de una persona mayor de edad o en caso de la minoría con el consentimiento de los padres o tutores para realizar el cambio, (Miranda - Novoa, 2022, p. 103)

El procedimiento es administrativo ante la dependencia del registro civil, en nuestro país es el RENIEC, donde se presenta la solicitud, formal al organismo gubernamental correspondiente, como el registro civil o la oficina de identidad, que debe ir acompañado del certificado de nacimiento original, el documento de identidad, además de las pruebas de tratamiento médico o declaraciones de profesionales de la salud, luego de ello se emite el nuevo documento de identidad que reflejan el nuevo nombre y sexo del solicitante, tales como pasaporte, licencia de conducir, tarjeta de seguridad social, entre otros y se actualiza la información en todos los registros legales, financieros y médicos para reflejar el cambio de nombre y género, en nuestro país, solo abarca el cambio de nombre y la entrega del nuevo DNI con el nombre cambiado y de ahí se pueden actualizar los demás documentos, pero no aplica al cambio de género, (Aparicio & García, 2021, p. 312).

En otros países como Argentina, la Ley de Identidad de Género del 2012, permite que las personas cambien su nombre y sexo en documentos oficiales sin necesidad de cirugía ni tratamiento hormonal. Solo se requiere una solicitud simple y una declaración jurada.

En España, mediante la Ley de Registro Civil, Tradicionalmente, se ha requerido un diagnóstico de disforia de género y pruebas de tratamiento médico, pero la legislación reciente está simplificando estos requisitos para eliminar la necesidad de pruebas médicas.

En los Estados Unidos, varía de acuerdo a cada Estad, algunos estados requieren evidencia de cirugía de reasignación de sexo, mientras que otros solo requieren una declaración jurada. California y Nueva York son ejemplos de estados con procedimientos más accesibles.

Por su parte en Canadá, mediante la Legislación Provincial, cada provincia tiene sus propios requisitos; muchas provincias permiten cambios de nombre y género sin necesidad de cirugía, con una declaración jurada y, en algunos casos, una carta de un profesional de la salud.

En México, la Ciudad de México, permite cambiar el nombre y sexo en documentos oficiales mediante un proceso administrativo sencillo que no requiere cirugía ni diagnóstico médico.

Es importante y necesario tener en cuenta que, existe un reconocimiento internacional sobre los cambios en documentos de identidad puede variar al viajar o al interactuar con sistemas legales internacionales. Es esencial verificar las políticas de cada país respecto al reconocimiento de documentos modificados, pues ha reconocido que obtener documentos de identidad que reflejen la identidad de género correcta puede tener un impacto positivo significativo en la salud mental y el bienestar de las personas trans, pero ello no desvanece el tema de la discriminación, pues como en el caso peruano, el tener documentos de identidad que reflejan su género, sólo respecto al nombre pero al

género en sí mismo, provoca que las trans pueden seguir enfrentando discriminación, siendo necesario ampliar este contexto, además del tema de la educación y la sensibilización en la sociedad son cruciales para la plena integración y aceptación, (Emaldi, 2023, p. 212).

Existen muchos movimientos como las Organizaciones de Apoyo LGTB y de derechos humanos ofrecen asesoramiento y apoyo a las personas trans que buscan cambiar sus documentos de identidad, en este sentido, cabe reflexionar que el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad es un paso esencial para muchas personas transgénero en su proceso de afirmación de género. A pesar de la variabilidad en los requisitos y procedimientos según la jurisdicción, este cambio permite a las personas vivir de manera auténtica y reducir la disforia de género. La simplificación de los procesos legales y la eliminación de requisitos médicos innecesarios son pasos importantes hacia el reconocimiento y la aceptación plena de las personas trans en la sociedad, (Aparicio & García, 2021, p. 115).

2.2.6. DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD

El derecho a la dignidad humana, corresponde al principal derecho fundamental de la persona, tal es así que se encuentra garantizado en el Artículo 1 de la Constitución Política de 1993, el mismo que corresponde a uno de los principios fundamentales en los sistemas legales y los marcos de derechos humanos a nivel global, pues todos los derechos emanan de éste, ya que reconoce que todas las personas, sin importar su origen, género, orientación sexual, identidad de género, religión o cualquier otra característica, poseen un valor inherente y deben ser tratadas con respeto y consideración, (Landa, 2021, p. 154).

La dignidad humana es el reconocimiento del valor intrínseco de cada individuo como ser humano, el mismo que implica que todas las personas tienen derecho a ser tratadas con respeto, a tener sus derechos protegidos y a vivir una vida libre de discriminación y violencia, las características más resaltantes del derecho a la dignidad humana son:

Universalidad: Este derecho aplica a todas las personas, sin excepción, y es reconocido en los sistemas legales de todo el mundo.

Inherencia: La dignidad humana es inherente a la condición humana y no está sujeta a condiciones externas o circunstancias.

Indivisibilidad: No puede ser dividida ni separada de otros derechos humanos; es un principio integral que sustenta todo el sistema de derechos.

Inalienabilidad: No puede ser renunciada ni cedida voluntariamente; es un derecho intransferible e irrenunciable.

En tal sentido el derecho a la dignidad humana resulta fundamentales por las siguientes razones; es el fundamento de todos los derechos humanos. Sin este principio, los demás derechos carecerían de sentido y validez, garantiza que las personas no sean sometidas a tratos degradantes, inhumanos o crueles, fomenta una cultura de respeto mutuo, igualdad y tolerancia. facilita el desarrollo integral de las personas, promoviendo su participación activa en la sociedad, (Alexi, 2020, P. 254).

La dignidad humana es reconocida además en marcos jurídico de nivel internacional como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo primer artículo consagra que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos¨, y en el Artículo 3, garantiza el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona.

En cambio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su apertura proclama que la dignidad es intrínseca a cada integrante de la familia humana, y en su Artículo 10, asegura que "cualquier individuo encarcelado será tratado con dignidad por la esencia misma de la humanidad."

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, subraya en su preámbulo la relevancia y valoración de la dignidad

humana, proclamando en su Artículo 5, "Derecho a la integridad personal, garantizando que nadie sufra torturas ni sufra tratos crueles, inhumanos o degradantes". En este contexto, podemos concluir que la salvaguarda y fomento de la equidad, la justicia y la paz global es esencial (Díez, 2021, p. 259). Reconocer y honrar la esencia de cada ser humano es esencial para edificar comunidades más equidad, inclusión y defensa de los derechos humanos.

2.2.7. DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SEXUAL

El derecho fundamental a la libertad entre ellos el de la libertad sexual es un principio consagrado en los derechos humanos que reconoce la autonomía y la capacidad de todas las personas para expresar su sexualidad de manera libre, segura y sin discriminación, este derecho abarca aspectos fundamentales de la identidad y la intimidad de cada individuo, incluyendo la orientación sexual, la identidad de género, y el derecho a vivir una vida sexual plena y satisfactoria sin coerción ni violencia, (Fioravanti, 2009, p. 318), el mismo que tiene los siguientes componentes:

Orientación Sexual, el derecho a la libertad sexual garantiza que todas las personas tengan la libertad de amar y expresar afecto hacia quienes elijan, ya sea del mismo sexo, del sexo opuesto, o de cualquier otra orientación sexual.

La identidad de género, que reconoce el derecho de cada persona a identificarse y expresarse de acuerdo con su género sentido, sin ser objeto de discriminación o violencia por parte de otros.

La autonomía sexual, que protege la capacidad de cada individuo para tomar decisiones autónomas sobre su vida sexual, incluyendo el consentimiento libre y pleno en todas las actividades sexuales.

No discriminación y derechos reproductivos, que garantiza la igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género;

además, protege el derecho de las personas a tomar decisiones informadas y libres sobre su salud sexual y reproductiva, (Martínez, 2010, p. 281).

El derecho fundamental a la libertad sexual es esencial para garantizar la igualdad, la dignidad y el respeto de todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género. Su reconocimiento y protección son fundamentales para construir sociedades más justas, inclusivas y respetuosas de la diversidad humana.

2.2.8. DERECHO A LA IDENTIDAD

La esencia misma de los derechos humanos proclama que cada ser humano tiene el privilegio de ser reconocido y tratado como una entidad singular e autónoma, con una identidad única que abarca elementos como su nombre, nacionalidad, etnia, religión, cultura y otros componentes que configuran su esencia misma (Alexi, 2020, p. 256).

Los componentes del derecho fundamental a la identidad corresponden al derecho al nombre y por ende, a la documentación personal y legal, ello garantiza el derecho de cada persona a ser identificada por el nombre y apellidos, además a que éste sea reconocido legalmente en documentos como el certificado de nacimiento, el documento nacional de identidad y demás documentos que obtenga, además del derecho a la nacionalidad y ciudadanía, pues cada individuo tiene nacionalidad y debe ser considerado como ciudadano de un país y tratado como tal, ello implica el acceso a los derechos y beneficios asociados con la ciudadanía, como la protección legal y los servicios sociales.

También reconoce y consagra el derecho a la identidad cultural y étnica, pues todo ser humano gozan del derecho a identificarse y ser reconocidas como miembros de una determinada comunidad cultural o étnica, con sus propias tradiciones, idioma y costumbres, del mismo modo se garantiza la libertad de cada individuo para practicar la religión

o creencia de su elección, así como el derecho a ser tratado con respeto y dignidad independientemente de sus creencias religiosas, (Fioravanti, 2009, p. 317).

Dentro de este contexto Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, reconoce el derecho de todas las personas a ser reconocidas como personas ante la ley, sin distinción de ningún tipo, y a recibir igual protección de la ley, se cuenta también con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que consagra el derecho de toda persona a ser reconocida como tal ante la ley, y a gozar de los mismos derechos civiles sin discriminación alguna.

Se cuenta, además con la Convención sobre los Derechos del Niño que, en 1989, reconoce el derecho de cada niño a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y a conocer y ser cuidado por sus padres.

Todos los países, como el nuestro contiene un Registro Civil, RENIEC, que registra los datos de cada ciudadano, con un código propio que en número de documento nacional de identidad y se aboca a que todo ciudadano sea debidamente registrado, sobre todo en áreas rurales y comunidades marginadas, el acceso al registro civil y la documentación de identidad sigue siendo limitado, lo que dificulta el ejercicio pleno de los derechos civiles y sociales,

Un tema muy importante, alusivo a nuestra investigación corresponde a la identidad de género, pues en cada documento de identificación se hace constar el género de la persona, como masculino o femenino, siendo que respecto a las personas transgénero y no binarias sigue siendo un tema de debate y lucha en muchas partes del mundo, siendo necesario adoptar leyes y políticas que reconozcan y protejan el derecho de las personas transgénero y no binarias a ser reconocidas legalmente con el género con el que se identifican, (Joya & Lacute, 2019, p. 202).

El derecho fundamental a la identidad es esencial para garantizar la igualdad, la dignidad y el respeto de todas las personas como

individuos únicos e independientes. Su reconocimiento y protección son fundamentales para construir sociedades más justas, inclusivas y respetuosas de la diversidad humana.

2.2.9. DERECHO A LA LIBERTAD

La igualdad es una piedra angular de los derechos humanos, proclamando que cada individuo es único en dignidad y derechos, y debe ser tratado con equidad y sin discriminación, sin importar su origen étnico, género, orientación sexual, religión, discapacidad u otras particularidades personales. (García, 2013, p. 177). Esto implica instaurar el derecho a la no discriminación, prohibiendo cualquier forma de discriminación y asegurando que cada individuo sea tratado con equidad tanto en la ley como en la praxis, sin importar sus particularidades personales.

Garantizando la igualdad ante la ley, que también es consagrado como derecho fundamental, ya que significa que todas las personas tienen derecho a la misma protección y beneficio de la ley, sin distinción alguna. La ley debe aplicarse de manera justa y equitativa para todos, además del respeto y reconocimiento que todas las personas deben tener igualdad de acceso a oportunidades educativas, laborales, de salud, vivienda y participación en la vida pública, sin importar su origen o condición.

2.2.10. DERECHO A NO LA DISCRIMINACIÓN

El principio de no discriminación constituye un pilar esencial en los derechos humanos, asegurando que todos los individuos sean tratados con equidad y respeto, independientemente de su procedencia étnica, género, orientación sexual, creencias religiosas, discapacidades u otras características individuales. Este derecho prohíbe toda forma de discriminación y fomenta la igualdad de oportunidades y el respeto hacia la diversidad. Los principios que conforman este derecho fundamental se seleccionan basándose en el reconocimiento de que todos los individuos son iguales ante la ley y, por ende, debemos recibir el mismo

trato y tener los mismos derechos y obligaciones bajo la ley, sin discriminación alguna, (Fernández, 2019, p.). 289).

En tanto se prohíbe cualquier tipo de discriminación directa e Indirecta, es decir, la primera esta referida al trato a una persona de manera desfavorable debido a una característica protegida, o indirecta, cuando se aplican políticas o prácticas aparentemente neutrales pero que tienen un impacto discriminatorio en ciertos grupos.

Este derecho a la no discriminación se aplica en todos los aspectos de la vida, incluyendo el empleo, la educación, la vivienda, la atención médica, la justicia y la participación en la vida pública.

La Declaración Universal de Derechos Humanos desde 1948, establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y prohíbe la discriminación en todos sus aspectos, del mismo modo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de año 1966, garantiza el derecho a la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos civiles y políticos.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, vigente desde 1965, el mismo que prohíbe la discriminación racial en todas sus formas y establece medidas para combatir y prevenir la discriminación racial.

Uno de los desafíos sobre los que se debe incidir es el tema de la discriminación estructural, a pesar de los avances legales, persisten desafíos relacionados con la discriminación estructural y sistémica en áreas como el acceso a la educación, el empleo y la justicia, pues aún continúan las desigualdades persistentes basadas en el género, la raza, la orientación sexual, la religión y otras características personales siguen siendo un problema en muchas partes del mundo, (Díez, 2021, p. 306), en tal sentido el derecho a la no discriminación es esencial para garantizar la justicia, la dignidad y el respeto de todas las personas en todas partes del mundo. Su reconocimiento y protección son fundamentales para construir sociedades más justas, inclusivas y respetuosas de los derechos humanos.

Si bien, no corresponde al tema de la presente tesis que es el cambio de género en el documento de identidad como forma de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas trans, de acuerdo a lo sugerido por el jurado revisor de la tesis, es menester analizar el caso de Azul Rojas Marín, mujer trans género, que en el año 2008 fue detenida de modo arbitrario por la policía, fue torturada, golpeada, insultada y violada sexualmente dentro de una comisaría, siendo que a pesar de denunciar los hechos la denuncia fue archivada y los responsables no fueron sancionados, ella demandó al país por detención arbitraria, violencia y tortura y falta de justicia, el 12 de marzo del 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al estado peruano por violar los derechos de esta mujer trans, miembro de la comunidad LGTB, ordenando medidas de reparación y no repetición, se reconoció la responsabilidad del Estado peruano, se ordenó una reparación económica y además la capacitación a funcionarios y servidores públicos sobre los derechos de las personas LGTB, el caso de esta persona es un precedente importante en la lucha contra la violencia y discriminación hacia la indicada comunidad en el país y en América Latina, que ha generado conciencia sobre la importancia y necesidad de proteger los derechos de las personas LGTB e impulsado cambios en la legislación y políticas públicas, sobre todo en el tema de la no discriminación, (CIDH, 2025)

2.2.11. DERECHO A RECIBIR UN TRATO IGUALITARIO

El derecho a un trato equitativo constituye un elemento esencial en la salvaguarda de los derechos humanos, y la consagración del derecho fundamental a la igualdad antes que la ley, garantiza que todos los individuos sean tratados con equidad y justicia, independientemente de sus diferencias individuales. Este principio aspira a asegurar que todos los individuos tengan acceso a los mismos derechos, oportunidades y beneficios, independientemente de su origen étnico, género, orientación sexual, religión, discapacidad u otras características distintivas (Gómez, 2019, p. 333).

Reconocer que todas las personas tienen derecho a recibir un trato igualitario y justo en función de su humanidad común, sin importar sus diferencias personales o sociales, lo que implica la prohibición absoluta de cualquier forma de discriminación, ya sea directa o indirecta, basada en características como el género, la raza, la religión, la orientación sexual, la discapacidad, entre otras y busca que, además de la igualdad formal, este derecho promover la equidad y la justicia social, garantizando que aquellos en situaciones desfavorecidas reciban el apoyo necesario para alcanzar un nivel de vida digno y satisfactorio.

El derecho a recibir un trato igual es esencial para garantizar la justicia, la dignidad y el respeto de todas las personas en todas partes del mundo. Su reconocimiento y protección son fundamentales para construir sociedades más justas, inclusivas y respetuosas de los derechos humanos, (Fernández, 2019, p. 126).

2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES

- **Derecho constitucional.** Están referidos a aquellas facultades o derechos que se tiene por la condición de persona o ser humano, como derechos básicos, los que tienen la condición de ser inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e indisponibles, y se estructuran en base a la dignidad o condición de persona.

- **Derecho fundamental.** Son los derechos de la persona que están reconocidos en la constitución fundamental de un Estado, entre los que se encuentran los derechos fundamentales, políticos, económicos y sociales.

- **Discriminación.** Este término encierra un modo o comportamiento, por medio del cual se da un trato diferenciado a una persona, por su condición social, económica, étnica o racial, que busca menospreciarla por tal condición.

- **Género.** Corresponde a un conjunto de características usadas en la sociedad, por la cual se reconoce y distingue la masculinidad y feminidad de los seres humanos, que están estereotipadas.

- **Identidad.** Rasgos propios de cada persona que las identifica como pertenecientes a un grupo social y por lo tanto se caracterizan frente a los demás.

- **Sujeto de derecho.** Corresponde a la naturaleza de una persona humana a quien se le otorga derechos desde su concepción hasta su muerte.

2.4. HIPÓTESIS

2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

HG. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023

Ho. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad no afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023

2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

HE1. Permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, afecta de forma significativa generando discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

Ho. Permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, no afecta de forma significativa ni genera discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

HE2. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona afecta de forma significativa el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023

Ho. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona no afecta de forma significativa el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023

HE3. El documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023

Ho. El documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona no afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

HE4. El documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta de forma significativa el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023

Ho. El documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde no afecta de forma significativa el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023

2.5. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

2.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

Vx. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad. Corresponde al problema que se enfrentan las personas trans género que han optado por someterse a la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, por ende, físicamente tienen una identidad distinta al género que aparece en su documentación, frente a tal circunstancia, si bien se permite el cambio de nombre, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional no aceptan el cambio de género, a efectos que exista correspondencia tanto el aspecto físico y el nombre con el género, lo que afecta derechos fundamentales y genera discriminación en estas personas, (Aparicio & García, 2021, p. 217)

2.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Vy. Derechos fundamentales de las personas trans. Como toda persona dentro de nuestro país, goza de una serie de derechos fundamentales, irrenunciables, permanentes, por el sólo hecho de ser personas y ciudadanos, más allá del sexo o género, los que no pueden ser afectados ni conculcados, siendo la dignidad el primero de ellos y del cual se desprenden también una serie de derechos como el de la identidad, la igualdad, libertad, además de un derecho a no ser discriminados por ninguna razón, siendo una de ellas por la opción sexual o género que tengan, (Barrientos, 2012, p. 309)

2.6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variables	Dimensiones	Indicadores	Instrumento
V. Independiente Vx. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad	Discriminación	Trato diferenciado Trato degradante	Encuesta/matriz de análisis
	Derecho a la identidad	Cambio físico Comportamiento	Encuesta/matriz de análisis
	Derecho a la dignidad	Respeto de derechos Reconocimiento de derechos	Encuesta/matriz de análisis
V. Dependiente Vy. Derechos fundamentales de las personas trans	Derecho a la libre determinación	Opción sexual Apariencia física	Encuesta/matriz de análisis

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación que se ha desarrollado pura o básica porque busca expandir el conocimiento teórico y científico sobre el problema de investigación para entender los fenómenos, además de resolver problemas concretos, (Martínez, 2020, p. 280); por las fuentes de información la tesis es documental y de campo, (Hernández Sampieri, 2018 p. 87)

3.1.1. ENFOQUE

La orientación de la presente disertación es cuantitativa, dada la medición de los indicadores de cada variable, lo que facilitó la comprobación de las hipótesis de estudio a través de la estadística descriptiva e inferencial (Hernández, 2018, p. 134).

Durante el desarrollo de la investigación, se ha adoptado el enfoque deductivo, dado que el conocimiento científico se ha orientado desde lo general hacia lo particular, en contraposición al enfoque inductivo que se orientó desde lo general hacia lo particular (Castillo, 2020, p. 290).

Se aplicó también el enfoque hermenéutico, dado que se ha interpretado el derecho a la luz en conformidad con la norma y el dogmático, dado que se originó a partir de la norma.

3.1.2. ALCANCE O NIVEL

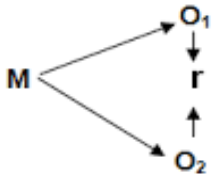
El grado de investigación adoptado fue descriptivo-explicativo, dado que el investigador ha delineado la realidad observada, la cual ha sido descompuesta en todos sus fenómenos y, tras la obtención de los resultados, proporciona una explicación (Castillo, 2020, p. 287).

3.1.3. DISEÑO

El diseño que se ha empleado en el desarrollo de la tesis es el correlacional porque el tesista ha logrado establecer la relación entre la

variable independiente con la variable dependiente, (Castillo, 2020, p. 175), además no experimental, porque el investigador no ha manipulado las variables, sino las observó y analizó de modo como se presentan en la realidad, (Zevallos, 2020, p. 163).

Figura 1
Esquema de la investigación



Donde:
M = Muestra
O_1 = Observación de la V.1.
O_2 = Observación de la V.2.
r = Correlación entre dichas variables.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.2.1. POBLACIÓN

El tesista ha establecido que la población de la presente investigación corresponde a 8 sentencias entre nacionales y extranjeras más emblemáticas sobre cambio de género de personas trans, no se debe que confundir las sentencia sobre cambio de nombre o de casos de discriminación de personas trans género, si bien en el país no se han dado muchos casos, se han optado por aquellos que son los más relevantes a efectos de analizar el criterio judicial y constitucional.

Además, ha optado por encuestar a jueces, siendo que el tesista ha considerado como población a jueces civiles y de familia, se justifica como población a los jueces civiles, porque conocen de casos de identidad, nombre, género, así como derechos fundamentales; además la concurrencia de jueces especializados de familia se justifica en la medida que existe una relación directa con el derecho civil relativos al estado civil, temas de familiar que también se relacionan con el ámbito de la investigación; este sentido se consideró a jueces civiles y de familia de primera instancia y jueces se segunda instancia.

De acuerdo a la siguiente tabla:

Tabla 1
Población

Descripción	Cantidad
Documentos: Elementos: 8 sentencias nacionales y extranjeras sobre cambio de género de las personas trans	8
Sujetos: Jueces civiles y de familia de Huánuco, de primera y segunda instancia	9
Total	14

3.2.2. MUESTRA

Siendo que la población es pequeña, el 100.00% de la misma que corresponde a nuestra población.

Tabla 2
Muestra

Descripción	Cantidad
Documentos: Elementos: 8 sentencias nacionales y extranjeras sobre cambio de género de las personas trans	8
Sujetos: Jueces civiles y de familia de Huánuco, de primera y segunda instancia	9
Total	14

3.2.3. CRITERIOS DE INCLUSIÓN O EXCLUSIÓN

Siendo que el investigador ha tomado a toda la población como muestra, no se tendrá en cuenta los criterios de inclusión y / o exclusión para la muestra.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

3.3.1. PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Evaluación bibliográfica. La metodología empleada para el análisis y revisión de la bibliografía, que incluye libros, artículos y jurisprudencia, ha utilizado fichas, tanto de texto, comentario y resumen,

de la totalidad de la bibliografía acumulada.

Evaluación de documentos. Para la observación y análisis de las sentencias constituyentes de la muestra de estudio, se ha utilizado como herramienta la matriz de análisis, desarrollada por el investigador. Esta matriz alberga los datos principales de las sentencias y presenta una serie de interrogantes en función de los indicadores que se van a medir.

Estudio. Se utilizó como herramienta de recolección de datos de diversas personas, específicamente de los abogados que constituyen la muestra de estudio, el cuestionario, concebido por el investigador, que es anónimo y comprende un conjunto de cuestiones politómicas cerradas.

3.3.2. PARA LA PRESENTACIÓN DE DATOS

Se ha empleado la técnica de la estadística inferencial y como instrumentos las tablas estadísticas, que corresponden a las preguntas del cuestionario que se aplicó a la muestra, y cada una de ellas presenta una figura en barras; de otra parte, la tabla del análisis de las sentencias, se ha empleado la técnica de la observación y análisis de casos, también presentado en una tabla.

3.3.3. PARA EL ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

Se empleó la técnica del análisis y la hermenéutica, mediante el Programa Estadístico SPSS 26 para hallar el coeficiente de correlación de Pearson con lo que se comprobaron las hipótesis.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS

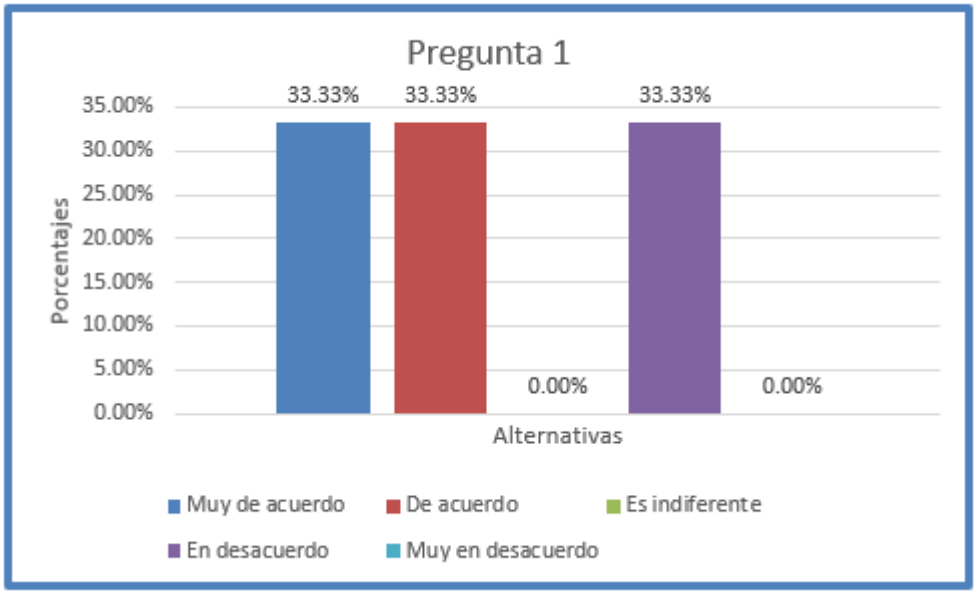
4.1.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA A LA MUESTRA

Tabla 3
No permitir el cambio de género en el documento de nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado

Alternativa	F	%	Fi
Muy de acuerdo	3	33.33%	33.33%
De acuerdo	3	33.33%	33.33%
Es indiferente	0	0.00%	0.00%
En desacuerdo	3	33.33%	33.33%
Muy en desacuerdo	0	0.00%	0.00%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 2
Pregunta 1



Interpretación y análisis de resultados

La primera pregunta aplicada a la muestra fue para medir la dimensión discriminación, al respecto se les preguntó si considera que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad

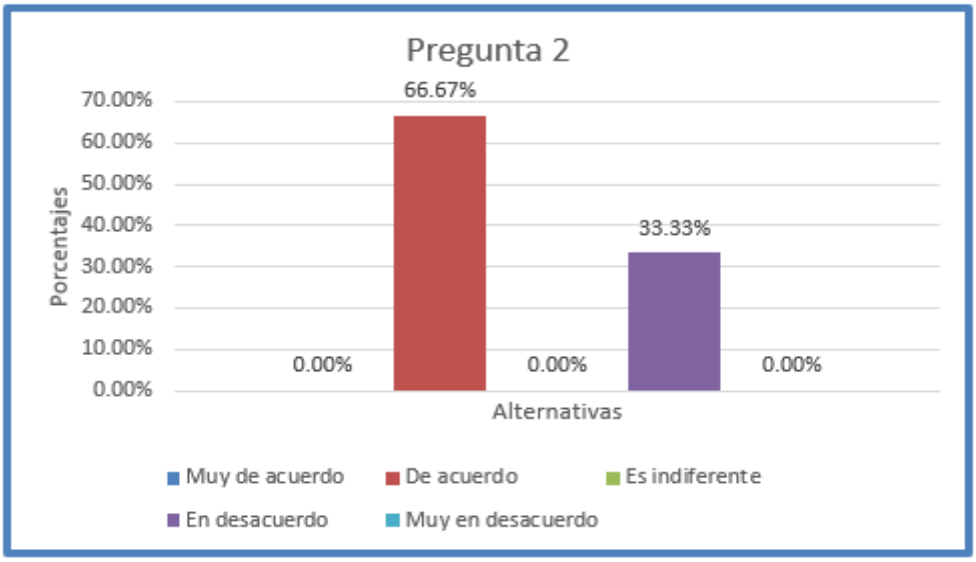
de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento, de los resultados se aprecia que el 33.33% dijo estar muy de acuerdo y el 33.33% de acuerdo, que corresponde a la mayoría que considera que el no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad genera trato diferenciado en agravio de las personas trans género, pues la apariencia física va ser distinta al género consignado en el documento de identidad.

Tabla 4
Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante

Alternativa	F	%	fi
Muy de acuerdo	0	0.00%	0.00%
De acuerdo	6	66.67%	66.67%
Es indiferente	0	0.00%	0.00%
En desacuerdo	3	33.33%	33.33%
Muy en desacuerdo	0	0.00%	0.00%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 3
Pregunta 2



Interpretación y análisis de resultados

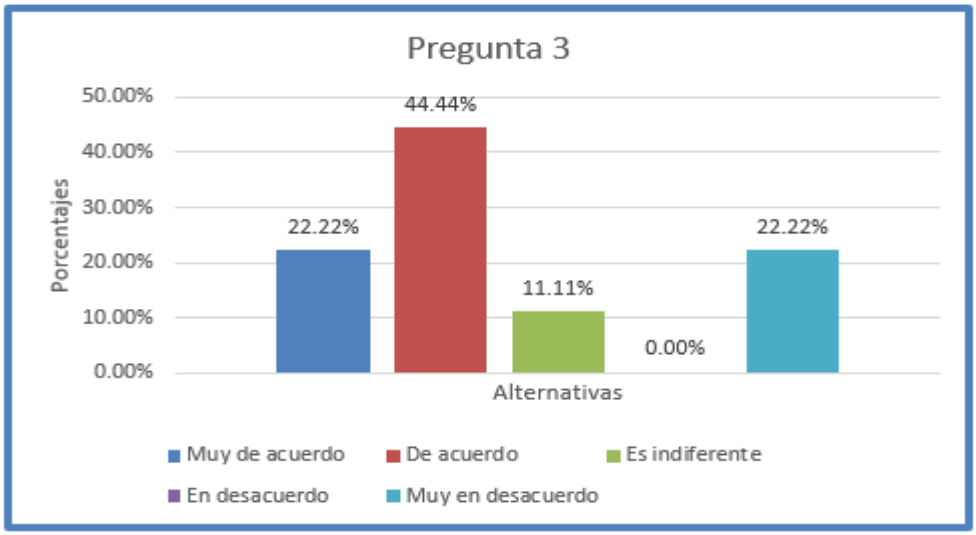
La segunda pregunta aplicada a la muestra para medir la dimensión discriminación, al respecto se les preguntó si impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición; de los resultados se desprende que el 66.67% dijo estar de acuerdo y el 33.33% en desacuerdo, de ello se desprende que la mayoría considera que este impedimento corresponde a un trato degradante hacia las personas trans género, lo que puede generar burlas frente a su apariencia en la medida que no corresponde con el género que aparece en su documento de identidad.

Tabla 5
La identidad de género, más allá de la condición física de ser varón o mujer y debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad

Alternativa	f	%	Fi
Muy de acuerdo	2	22.22%	22.22%
De acuerdo	4	44.44%	44.44%
Es indiferente	1	11.11%	11.11%
En desacuerdo	0	0.00%	0.00%
Muy en desacuerdo	2	22.22%	22.22%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 4
Pregunta 3



Interpretación y análisis de resultados

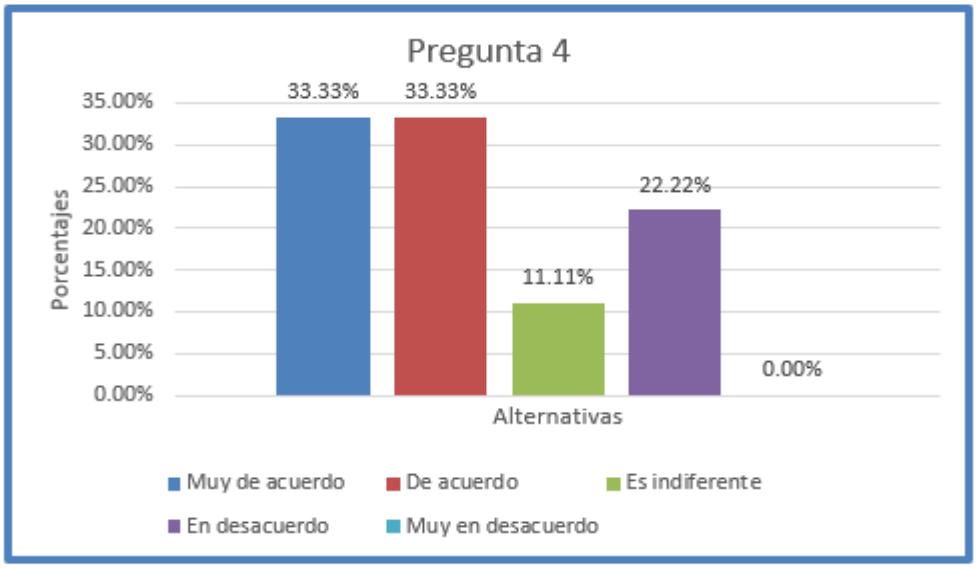
La tercera pregunta aplicada a la muestra encuestada fue para medir la dimensión identidad, al respecto se les preguntó si la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad, de los resultados obtenidos se tiene que el 44.44% dijo estar de acuerdo y el 22.22% dijo estar muy de acuerdo, lo que corresponde a la mayoría, por su parte el 11.11% dijo que es indiferente y el 22.22% dijo estar muy en desacuerdo, de ello se desprende de acuerdo a lo opinado por la mayoría que la identidad de género va más allá del sexo biológico, pero que tiene que coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad.

Tabla 6
El género de la persona que se ha sometido a la reasignación de sexo debe coincidir con la nueva identidad

Alternativa	f	%	fi
Muy de acuerdo	3	33.33%	33.33%
De acuerdo	3	33.33%	33.33%
Es indiferente	1	11.11%	11.11%
En desacuerdo	2	22.22%	22.22%
Muy en desacuerdo	0	0.00%	0.00%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 5
Pregunta 4



Interpretación y análisis de resultados

La cuarta pregunta que se aplicó a la muestra encuestada para medir la dimensión identidad, se preguntó a la muestra si una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta de acuerdo al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad, de los resultados se colige que el 33.33% dijo estar muy de acuerdo y el 33.33% de acuerdo lo que corresponde a la mayoría, que es correcto pues la nueva identidad que despliega la persona transgénero tiene que coincidir con el género que se consiga en el documento nacional de identidad, en sentido opuesto el 22.22% dijo estar en desacuerdo y el 11.11% que es indiferente.

Tabla 7

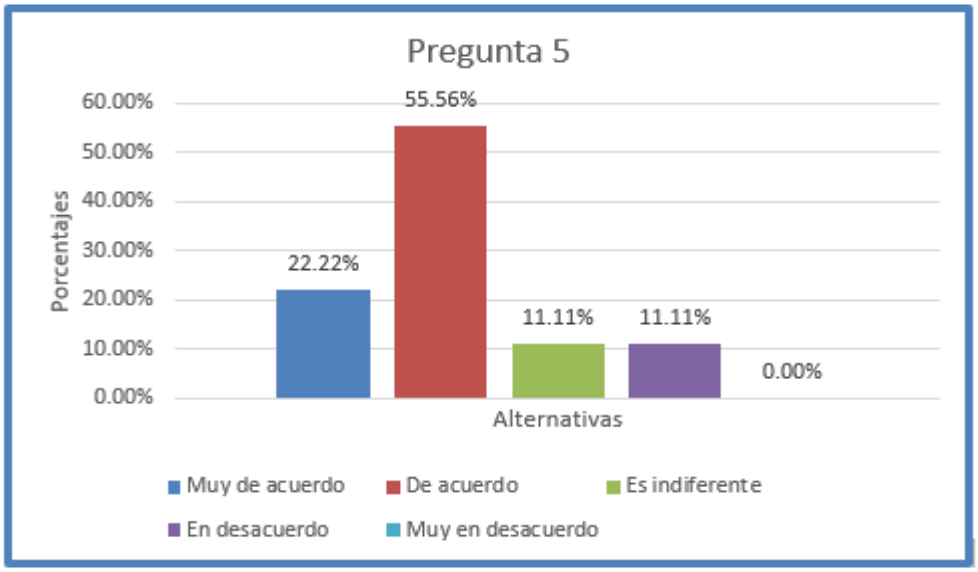
Pregunta 5. Se debe respetar el derecho de la persona que se ha sometido a la reasignación de sexo de acuerdo al género que representa

Alternativa	f	%	fi
Muy de acuerdo	2	22.22%	22.22%
De acuerdo	5	55.56%	55.56%
Es indiferente	1	11.11%	11.11%
En desacuerdo	1	11.11%	11.11%
Muy en desacuerdo	0	0.00%	0.00%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 6

Pregunta 5



Interpretación y análisis de resultados

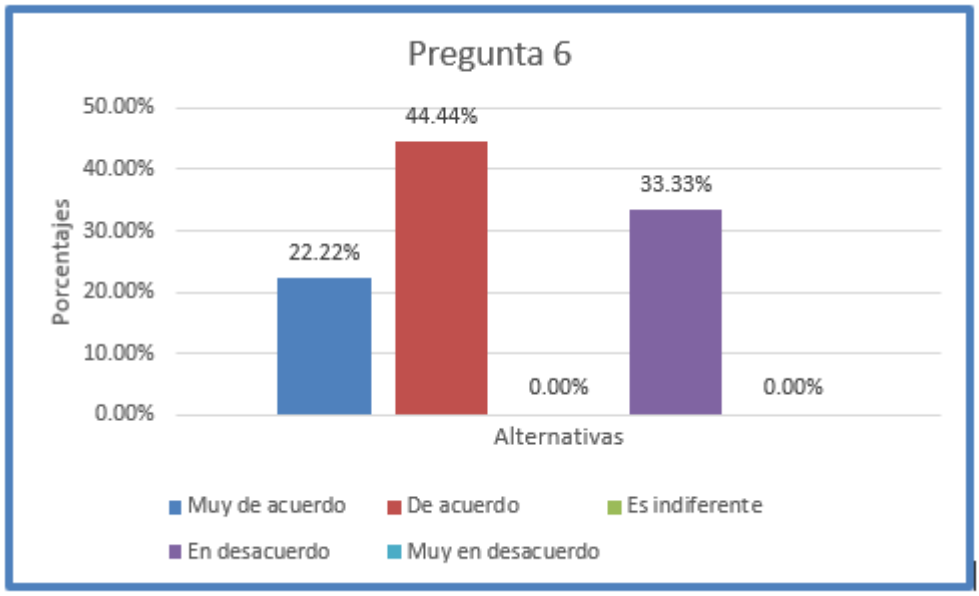
La quinta pregunta fue para medir la dimensión dignidad, al respecto se preguntó a la muestra encuestada si a una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género que representa, al respecto el 55.56% dijo estar de acuerdo y el 22.22% muy de acuerdo, lo que corresponde a la mayoría que de modo coherente considera que respetando el derecho a la dignidad quien se somete a la reasignación de sexo tiene derecho a ser considerada de acuerdo al género que representa, en sentido contrario el 11.11% dijo estar en desacuerdo y el 11.11% que es indiferente.

Tabla 8
Se debe reconocer el derecho de la persona trans género, que se le designe con el género que representa, más allá del nombre

Alternativa	f	%	Fi
Muy de acuerdo	2	22.22%	22.22%
De acuerdo	4	44.44%	44.44%
Es indiferente	0	0.00%	0.00%
En desacuerdo	3	33.33%	33.33%
Muy en desacuerdo	0	0.00%	0.00%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 7
Pregunta 6



Interpretación y análisis de resultados

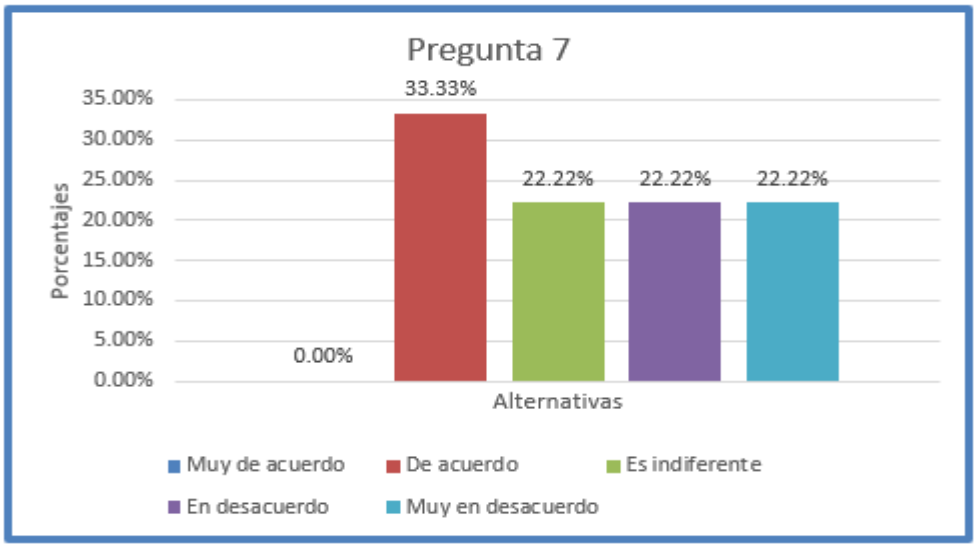
La sexta pregunta aplicada a la muestra fue para medir la dimensión dignidad, al respecto se preguntó a una persona transgénero se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa a la nueva identidad más allá del nombre, como resultados se obtuvo que el 44.44% dijo estar de acuerdo y el 22.22% muy de acuerdo, lo que corresponde a la mayoría, que es coherente pues es un derecho que se debe respetar a las personas transgénero que se les designe de acuerdo al género que representa, más allá del nuevo nombre que puede ser asignado, en sentido opuesto el 33.33%

Tabla 9
La improcedencia de la petición de cambio de género en el documento de identidad afecta el derecho a la opción sexual

Alternativa	f	%	fi
Muy de acuerdo	0	0.00%	0.00%
De acuerdo	3	33.33%	33.33%
Es indiferente	2	22.22%	22.22%
En desacuerdo	2	22.22%	22.22%
Muy en desacuerdo	2	22.22%	22.22%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 8
Pregunta 7



Interpretación y análisis de resultados

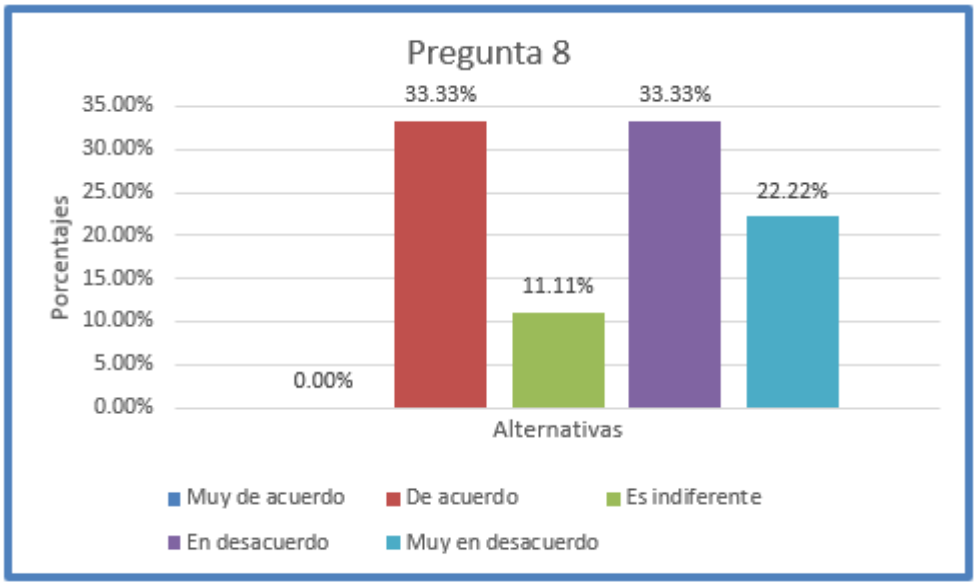
La séptima pregunta fue para medir la dimensión libre determinación, al respecto se preguntó a la muestra encuestada si declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento nacional de identidad, afecta el derecho a la opción sexual, como resultados se tiene que el 22.22% dijo estar muy en desacuerdo y el 22.22% en desacuerdo, mientras que el 22.22% que es indiferente y únicamente el 33.33% dijo estar de acuerdo, de todo ello se colige que el impedimento del cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas trans género no afecta gravemente su derecho a la opción sexual, lo que lógico pues ello no va a incidir en su opción sexual, que es intrínseco a cada persona.

Tabla 10
La improcedencia de la petición de cambio de género en el documento de identidad afecta el derecho a la libre determinación

Alternativa	f	%	fi
Muy de acuerdo	0	0.00%	0.00%
De acuerdo	3	33.33%	33.33%
Es indiferente	1	11.11%	11.11%
En desacuerdo	3	33.33%	33.33%
Muy en desacuerdo	2	22.22%	22.22%
Total	9	100.00%	100.00%

Fuente. muestra encuestada

Figura 9
Pregunta 8



Interpretación y análisis de resultados

La octava pregunta fue para medir la dimensión libre determinación, al respecto se preguntó a la muestra si declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento nacional de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física, de los resultados se tiene que el 33.33% dijo estar en desacuerdo y el 22.22% muy en desacuerdo, lo que hace la mayoría, por su parte el 11.11% dijo que es indiferente, por su parte el 33.33% dijo estar de acuerdo, de ello se colige de manera lógica que impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad a las personas transgénero, no afecta gravemente el derecho a la libre determinación de nueva apariencia física, pues la persona continuará con su apariencia

física de acuerdo al sexo que representa, el problema es el género que aparecerá siempre en el documento nacional de identidad que no se condice con lo físico.

4.1.2. OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DE CASOS

Tabla 11
Análisis de casos, observación de sentencias

N	Caso	Materia	Fecha	Demandado	Petitorio	Fundamentos de las sentencias
1	Exp. 2273-2005-PHC/TC	Habeas corpus Agravio Constitucional	20 abril 2006	RENIEC	Cambio de nuevo nombre y cambio de género en el DNI	Que se puede cambiar el nombre puesto que el demandante solicitó la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto ello, pero nunca solicitó cambio de género, porque este es incólume con el que identificó al nacer ello ni puede variar.
2	139-2013-AA/ TC	Acción de amparo	18 marzo del 2014	RENIEC	Cambio de sexo de masculino a femenino en su DNI	El derecho a la identidad que asiste a toda persona, respecto al sexo es entendido como el sexo biológico o cromosómico y, por ende, es inalterable, no puede variar ya que, si bien la persona reasignó su sexo mediante un procedimiento quirúrgico, cromosómicamente y biológicamente sigue siendo varón, siendo el transexualismo una desviación o patología de la personalidad, por lo que declara infundada.
3	6040-2015-PA/TC	Recurso de agravio constitucional	21 octubre 2016	RENIEC	Cambio de nombre y de sexo en el DNI	El demandante interpone acción de amparo a efectos del cambio de nombre y de sexo en sus documentos de identidad, en primera instancia el Juzgado Civil de San Martín declara fundada la demanda basándose en el principio a la libre determinación, identidad y dignidad de la persona, pero la Sala Civil en recurso de apelación declara infundado el extremo del cambio de nombre e improcedente el cambio se sexo, al indicar que la vía de amparo de es la idónea sino ante un juez de paz letrado, vía recurso de agravio constitucional el Tribunal Constitucional por mayoría varían el criterio jurisprudencial de la sentencia 139 – 2013, precisando que prima el derecho a la dignidad, identidad de género y libre determinación, que el transexualismo no es una patología sino un tema de

						identidad de las personas, pero precisa también que para estas pretensiones se tiene la vía judicial y no la amparo por lo que declara improcedente la demanda.
4	5684-2016, Juzgado Civil de Paucarpata – Arequipa	Cambio de sexo Juzgado Civil	5 enero 2018	RENIEC	Cambio de sexo en documento de identidad DNI	El juez se fundamentó en el derecho a la identidad personal que es concerniente a la identidad sexual, se debe respetar el derecho a la identidad sexual, el género va más allá del sexo biológico de una persona, y la identidad de género debe coincidir con el aspecto físico máxime cuando se reasignó el sexo físico, declara fundada la demanda y ordena a RENIEC el cambio de género en el DNI, el 24 de julio del 2018 la Sala Civil declara nula la sentencia y todo lo actuado para que se emplace al Ministerio Público, y luego el demandante se desiste del proceso.
5	02018-2022, Juzgado Civil de la Esperanza La Libertad	Cambio de género y reconocimiento de su condición de mujer	4 agosto del 2023	RENIEC	Cambio de género y reconocimiento de su condición de mujer	garantiza los derechos fundamentales de la accionante a su identidad sexual (y por ende al género auto percibido), al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, en su condición de mujer transexual; consecuentemente dispone la rectificación de los datos registrales en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, tanto de su sexo: de masculino a femenino, y de su prenombre: de G.J. a Crissel A., así privilegia la autonomía personal que ostenta la accionante para definir su propia identidad sexual y género, el 11 de enero del 2024, la Sala Civil declara nula la sentencia por indebida motivación al no haberse actuado medios probatorios de oficio.
6	Sentencia 28957/95 TEDH	Demanda que se le reconozca como mujer al haber realizado la reasignación de sexo, pero en su trabajo y aportes de jubilación se le	11 julio 2002	REINO UNIDO	Reconocimiento como mujer en si vida social, laboral y a casarse	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indica que al negar tal reconocimiento y que la demandante sigue siendo tratada como varón a pesar de haber cambiado su nombre y que si aspecto físico es el de una mujer, indica que Reino Unido ha violado el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el art. 12, 14, 13. Precisando que se ha producido un grave atentado a la vida personal social y familiar, siendo el sexo un elemento importante, ya que coloca a una persona transexual en situación de

		considera hombre				vulnerabilidad, desigualdad, humillación y ansiedad, al no ser tratada de acuerdo a su nuevo estado físico y psicológico, pues el sexo no debe determinarse por puros elementos biológicos, sino también sociales, culturales, psicológicos, siendo importante el respeto a la vida privada y libre auto determinación sexual.
7	Caso Duque Vs Colombia	Reconocimiento a la pensión de sobrevivencia a la muerte de su pareja homosexual	26 febrero 2016	COLOMBIA	Se reconozca el derecho a la pensión de sobrevivencia de su pareja homosexual	La identidad de género se encuentra amparada por el Art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que debe ser respetado por todas las instituciones y organismos estatales, más allá del sexo biológico, sino la libre opción y determinación sexual, sin embargo, en Colombia no se reconoce derechos a la unión de hecho sea heterosexual u homosexual, por ende, no ampara lo demandado
8	Caso Karen Atala Vs. Chile	Trato discriminatorio, interferencia arbitraria a la vida privada y familia, vulneración al interés superior del niño, por su opción sexual	24 febrero 2012	CHILE	Se le otorgue el derecho de tener la custodia de sus hijas, que le fue denegado por su opción sexual	La identidad de género se encuentra garantizada por el Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que debe ser respetado por todos los estados y entidades públicas y privada, la opción sexual por si no es óbice para impedir la crianza de los hijos.

Fuente. Sentencias

Interpretación y análisis de resultados

Respecto a las sentencias nacionales y extranjeras analizadas se puede colegir lo siguiente:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha avanzado de sobre manera respecto a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el tema de la reasignación de sexo y cambio de género en los documentos de los ciudadanos, tal es así que se tiene una sentencia muy importante que es mencionada en los casos nacionales y corresponde a la demanda interpuesta por Christine Goodwin Vs Reino Unido, quien al ser una mujer transexual por haberse sometido a la reasignación de sexo, si bien se produjo el cambio de su nombre, no se realizó su cambio de género en sus documentos, por ende ante la sociedad y su actividad laboral seguía siendo considerada varón, lo que afectaba su identidad y libre determinación, así como su vida privada ya que no podía contraer matrimonio y tenía que seguir aportando para su jubilación como si fuera hombre, ya que no se le reconocía como mujer, siendo que en el 2002 aun no estaba legislado el matrimonio igualitario en ese país, sin embargo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que este país ha violado varios artículos del Convenio de Derechos Humanos, sobre todo el octavo e interpreta que el negarle el cambio de género en sus documentos de identidad, ocasionaba en la ciudadana una grave afectación a su vida personal, familiar, social y laboral, pues la coloca en situación de discriminación, humillación y desventaja para obtener derechos; por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha expedido sentencias en específico sobre el cambio de género, pero si ante casos relacionados con la libertad a la opción sexual y la discriminación o desventaja se ha pronunciado que ello debe respetarse así en los casos Karen Atala Vs Chile y Duque Vs Colombia.

En nuestro país la posición de los jueces y del Tribunal Constitucional ha discurrido por distintos senderos, pero al análisis de esta tesis, se cuenta con 6 casos emblemáticos, siendo el primero el Exp. 2273 – 2005 – PHC / TC, cuya sentencia de fecha 20 de abril del 2006, frente a una demanda de habeas corpus, la demandante, en

recurso de agravio constitucional demanda a RENIEC por haberle denegado un duplicado de su documento nacional de identidad con el nombre de mujer, a pesar que el Poder Judicial dispuso con anterioridad el cambio de su nombre, al haber realizado la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, por lo cual siendo mujer debía cambiar su nombre de acuerdo a su nuevo aspecto físico, siendo que el TC fundamentando el del derecho a la dignidad que debe primar ante todo, que garantiza además el goce de otros derechos como al nombre, la identidad, la libertad entre ellos la opción sexual, y que al quedar como cosa juzgada la sentencia que ordena su cambio de nombre, ello debe ser resuelto a su favor; por ende, ordena el cambio del prenombre femenino, sin embargo en esta demanda no se accionó el cambio de género, el que queda incólume.

Se cuenta también con el Exp. 139 – 2013 sobre Acción de Amparo contra RENIEC, en esta demanda, el accionante solicita el cambio de sexo de masculino a femenino en su documento nacional de identidad, frente a ello el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda, precisando que si bien el demandante había cambiado el nombre por el mujer, ello no implica el cambio de sexo en el documento, pues el sexo o la condición sexual no es cultural o social, sino biológico y cromosómico, por ende, el sujeto biológicamente seguía siendo de sexo masculino, en incluso va más allá y precisa que el transexualismo es una patología de la personalidad, sentencia de fecha 18 de marzo del 2014, desconociendo si el demandante acudió a instancias internacionales.

Posteriormente el mismo Tribunal Constitucional en el Exp. 6040 – 2015 – PA/ TC con fecha 21 de octubre del 2016, ante un recurso de agravio constitucional por el cual el demandante había accionado contra RENIEC por el cambio de nombre y de sexo en el documento nacional de identidad, siendo que en primera instancia se declara fundada la demanda, dentro de los fundamentos de la libre determinación, derecho a la identidad y dignidad, la Sala Civil en vía de apelación declara infundado en el extremo de cambio de nombre e improcedente el cambio

de sexo, siendo que ante el Tribunal Constitucional, si bien se precisa, en criterio distinto al sustentado en el Exp. 139 – 2013, respecto a que en temas de reasignación de sexo, debe interpretarse de acuerdo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el sexo no es únicamente biológico o cromosómico, sino que contiene elementos sociales, culturales, y que debe primar el derecho a la dignidad, la libre auto determinación, no discriminación, además indica que la transexualidad no es una patología; pero respecto al tema discutido no va más allá, consideramos para no sentar doctrina jurisprudencial pues indica que la vía de amparo no es la idónea, ya que el demandante debe ir a la vía judicial a efectos de solicitar tanto el cambio de nombre como en el género en su documento de identidad, declarando improcedente la demanda.

Se tiene también el Exp. 5684 – 2016 ante el Juzgado Civil de Paucarpata – Arequipa, cuya sentencia de fecha 5 de enero del 2018, resulta emblemática pues el juez ante la demanda de cambio de sexo en el documento nacional de identidad contra RENIEC, declara fundada la demanda, sustentado que el derecho a la identidad personal debe ir en consonancia a la identidad sexual, siendo que este derecho debe ser respetado, pues si el demandante obtuvo cambio de nombre y por la reasignación de sexo se identifica tanto personal, familiar, social y laboralmente como mujer, el no aceptar ser identificada como tal, genera vulneración a la dignidad, igualdad y discriminación, sin embargo, en vía de apelación de sentencia, el 24 de julio del 2018 la Sala Civil declara nula la sentencia y todo lo actuado para que se emplace al Ministerio Público, y luego el demandante se desiste del proceso, es decir, sin pronunciamiento sobre el fondo.

El expediente 2018 . 2022, sobre cambio de género y reconocimiento de su condición de mujer, ante el Juzgado Civil de La Esperanza en La Libertad, contra RENIEC, con fecha 4 de agosto del 2023, el juez civil, dentro del fundamento que se debe garantizar y primar los derechos fundamentales de la demandante de acuerdo a su nueva

identidad, siendo el género auto percibido como el de mujer, se debe fomentar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana de acuerdo a su nueva condición sexual de mujer transexual, declarando fundada la demanda; sin embargo la Sala Civil declara nula la sentencia alegando la falta de motivación por parte del juez y la falta de actuación y valoración probatoria de pruebas de oficio que debió haber ordenado, es decir, tampoco existe pronunciamiento sobre el fondo.

Por último se tiene el caso de Naamin Timoyco, que si bien no se ha hallado la sentencia en ninguna página de internet, se tiene que luego de su reasignación de sexo, mantuvo un proceso judicial desde el año 2003 logró en el 2011 el cambio de su nombre masculino por el femenino así como el género, sin embargo no se conocen los fundamentos sobre los cuales se haya apoyado el fallo judicial, aunque suponemos también se fue por la prevalencia del derecho a la dignidad, identidad y auto determinación, precisando que el sexo no sólo es biológico sin también psicológico, social y cultural y que es necesario que tanto el aspecto físico reasignado tenga consonancia con la identidad de la persona tanto en el nombre como en el género, (El Comercio, 2021)

4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para la evaluación de las hipótesis, se formularon tanto las hipótesis de investigación como las hipótesis nulas. Posteriormente, se calculó el coeficiente de correlación de Pearson (r) utilizando el software SPSS (versión 26), en el que se introdujeron los datos correspondientes a las variables. De manera similar, para la interpretación se empleó la tabla siguiente.

Tabla 12
Interpretación

Por debajo de .60	Es inaceptable
De .60 a .65	Es indeseable
Entre .65 y .70	Es mínimamente aceptable
De .70 a .80	Es respetable
De .80 a .90	Es muy buena

4.2.1. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS GENERAL

La hipótesis general se formuló en el siguiente sentido

HG. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023

Ho: ρ≠0

Ho. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad no afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023

Ho: ρ=0

Nivel de significación 0.05

Correlación entre impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad y derechos fundamentales de las personas trans

Tabla 13
Comprobación de la hipótesis general

Correlaciones			
		Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad	Derechos fundamentales de las personas trans
Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad	Correlación de Pearson	1	,945**
	Sig. (bilateral)		,004
	N	9	9
Derechos fundamentales de las personas trans	Correlación de Pearson	,945**	1
	Sig. (bilateral)	,004	
	N	9	9

**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

Análisis e interpretación de resultados

En vista de que ρ es inferior a 0,05, se rechaza la Ho y se acepta la HG. La prohibición del cambio de género en el documento nacional de

identidad incide de manera significativa en los derechos fundamentales de las personas transgénero, en el periodo 2022-2023 en Huánuco. Consecuentemente, se evidencia una alta correlación positiva con un valor de "r" = 0,945, lo que nos permite afirmar que tanto la encuesta como la muestra tienen un impacto significativo en el derecho a la no discriminación, a la identidad y dignidad de las personas transgénero, y también, aunque no de manera significativa, en el derecho a la libre autodeterminación.

4.2.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS ESPECÍFICA

Las hipótesis específicas se plantearon del siguiente modo:

Primera hipótesis especifica

HE1. Permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, afecta de forma significativa generando discriminación o estigmatización de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

Ho: $\rho \neq 0$

Ho. Permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, no afecta de forma significativa ni genera discriminación o estigmatización de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

Ho: $\rho = 0$

Nivel de significación 0.05

Correlación entre permitir sólo el cambio de nombre en el documento de identidad, pero no el género y la discriminación o estigmatización de la persona transgénero

Tabla 14
Comprobación de la primera hipótesis específica

Correlaciones			
		Permitir sólo el cambio de nombre en el documento de identidad, pero no el género	Discriminación o estigmatización de la persona transgénero
Permitir sólo el cambio de nombre en el documento de identidad, pero no el género	Correlación de Pearson	1	,926**
	Sig. (bilateral)		,005
	N	9	9
Discriminación o estigmatización de la persona transgénero	Correlación de Pearson	,926**	1
	Sig. (bilateral)	,005	
	N	9	9
**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).			

Análisis e interpretación de resultados

Dado que ρ = 0.005 < 0,05 se rechaza la Ho y se acepta la **HE1.** Permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, afecta de forma significativa generando discriminación o estigmatización de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023. Consecuentemente se observa una correlación positiva alta con un "r" = 0,926, lo cual nos permite aseverar, de acuerdo a lo considerado por la mayoría de la muestra encuestada el no permitir el cambio de género en el documento de identidad de las personas trans, a pesar de haberse cambiado el nombre, genera un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento, (ver Tabla 1), además constituye un trato degradante porque esta situación puede generar burlas, a la presentación del documento, (ver Tabla 2) por lo que en efecto esta situación es discriminatoria o estigmatizadora en agravio de las personas transgénero, y si bien del análisis de casos se tiene que el Tribunal Constitucional a la fecha ha cambiado de criterio y se decanta porque debe primar el derecho a la dignidad, identidad y libre auto determinación, a la fecha no ha sentado jurisprudencia de cumplimiento obligatorio, quedando en manos del Poder Judicial, siendo que algunos jueces civiles han resuelto en este sentido declarando fundadas las

demandas, (Exp. N. 5684-2016 y Exp. 2018 – 2022), en apelación, la Sala Superior, sin pronunciarse por el fondo ha declarado nulas las sentencias, por lo que no se cuenta a la fecha con jurisprudencia relevante.

Comprobación de la segunda hipótesis específica

HE2. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona afecta de forma significativa el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023

Ho: ρ≠0

Ho. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona no afecta de forma significativa el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023

Ho: ρ=0

Nivel de significación 0.05

Correlación entre impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona y el derecho a la identidad de las personas trans género

Tabla 15
Comprobación de la segunda hipótesis específica

Correlaciones			
		Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona	El derecho a la identidad de las personas trans género
Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona	Correlación de Pearson	1	,875**
	Sig. (bilateral)		,006
	N	9	9
El derecho a la identidad de las personas trans género	Correlación de Pearson	,875**	1
	Sig. (bilateral)	,006	
	N	9	9

**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

Análisis e interpretación de resultados

Dado que ρ = 0.006 < 0,05 se rechaza la Ho y se acepta la **HE2.** Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona afecta de forma significativa el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023. Consecuentemente se observa una correlación positiva alta con un "r" = 0,875, lo cual nos permite aseverar que tal impedimento del cambio de género en el documento de las personas trans género, afecta el derecho a la identidad, pues este derecho va más allá de la condición física de ser varón o mujer, en todo caso para garantizar este derecho el género consignado en el documento debe coincidir con la nueva apariencia física, de ese modo respondió la mayoría de la muestra, (ver Tabla 7); además luego de la reasignación de sexo, la persona despliega una conducta de acuerdo a su nueva condición, por ende el lógico que el género que aparece en el documento coincida con la nueva identidad, (ver Tabla 8), en ese mismo sentido también, el Tribunal Constitucional en el Exp. 6040 – 2015 – PA/ TC, aunque sin resolver el fondo de la controversia ni sentar doctrina jurisprudencial, recogiendo los fundamentos del la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considera que el derecho a la identidad se relaciona con el derecho a dignidad, igualdad y libre autodeterminación considerando que las personas trans género, que se han reasignado el sexo, tienen el derecho a ser tratados acorde a su nueva identidad, por lo que es posible el cambio de género en el documento nacional de identidad.

Hipótesis especifica 3

HE3. El documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023

Ho: ρ=0

Ho. El documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona no afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023

Ho: ρ≠0

Nivel de significación 0.05

Correlación entre el documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta y el derecho a la dignidad de la persona trans género

Tabla 16
Comprobación de la tercera hipótesis específica

Correlaciones			
		El documento de identidad con el género distinto al que aparenta	Derecho a la dignidad de la persona trans género
El documento de identidad con el género distinto al que aparenta	Correlación de Pearson	1	,896**
	Sig. (bilateral)		,008
	N	9	9
El derecho a la dignidad de las personas trans género	Correlación de Pearson	,896**	1
	Sig. (bilateral)	,008	
	N	9	9
**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).			

Análisis e interpretación de resultados

Dado que ρ = 0.008 < 0,05 se rechaza la Ho y se acepta la **HE3**. El documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023. Consecuentemente se observa una correlación positiva alta con un “r” = 0,896, lo cual nos permite aseverar que el derecho a la dignidad tiene un contenido esencial del cual se desprenden muchos derechos de los cuales somos titulares por nuestra condición de seres humanos, la humanidad esta sobre la condición física, sexual, racial, etc., en tal sentido si una persona se sometió a la intervención médica de reasignación o cambio de sexo, tiene el derecho a ser tratada de acuerdo a esta nueva condición e identidad, y no hacerlo afecta su dignidad de persona, de ese modo coincidió la mayoría de la muestra, (ver Tabla N 9), siendo importante

además que se respete el derecho de la persona trans género se le designe y trate de acuerdo a esta nueva identidad, que va más allá del nombre, siendo que tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el Exp. N. 6040 – 2016 – PA / TC, el sexo o género no es biológico, cromosómico, sino también cultural, social e incluso personalísimo, razón por la cual es posible que respetando la dignidad del ser humano, que tiene tal condición que se le considere como tal, lo que no solo es relativo al nombre, sino también a su género, en el documento de identidad nacional, (ver Tabla 10), incluso el Poder Judicial, mediante las sentencia dictadas en las causas N. 5684-2016 de La Libertad y N. 2018 – 2022 de Arequipa, la han motivado en este sentido, pero no constituye jurisprudencia porque el superior las declaró nulas por diversos motivos,

Comprobación de la cuarta hipótesis específica

HE4. El documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta de forma significativa el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023

Ho: $\rho=0$

Ho. El documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde no afecta de forma significativa el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023

Ho: $\rho\neq0$

Nivel de significación 0.05

Correlación entre el documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde y el derecho a la libre determinación de la persona transgénero

Tabla 17
Comprobación de la cuarta hipótesis específica

Correlaciones			
		El documento de identidad con el nombre y género que no corresponde	Derecho a la libre determinación de las persona trans género
El documento de identidad con el nombre y género que no corresponde.	Correlación de Pearson	1	,723**
	Sig. (bilateral)		,005
	N	9	9
El derecho a la libre determinación de la persona trans género	Correlación de Pearson	,732**	1
	Sig. (bilateral)	,005	
	N	9	9

**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

Análisis e interpretación de resultados

Dado que ρ = 0.008 < 0,05 se rechaza la Ho y se acepta la **HE4.** El documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta de forma significativa el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023. Consecuentemente se observa una correlación positiva alta con un “r” = 0,732, lo cual nos permite aseverar que si bien el impedimento de cambio de género de la persona trans género, afecta una serie de derechos como la dignidad e identidad, principalmente, además de la no discriminación e igualdad, ello tampoco es óbice para afirmar que se afecta el derecho a la opción sexual dela persona trans, pues ello no queda prohibido, (ver Tabla 11), tampoco afecta el derecho a la libre autodeterminación de su nueva apariencia física, ya que puede ser viviendo de acuerdo a esta nueva condición, aun su género no haya variado en el documento nacional de identidad, (ver Tabla 12)

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS DESDE LAS BASES TEÓRICAS

Es importante precisar que las personas transgénero son aquellas cuya identidad de género no coincide con el sexo asignado biológicamente al nacer, por ende, su identidad está sujeta a variación, pero no acuerdo a las categorías de masculino y femenino tradicional, (Alsedo, 2021, p. 92).

En tal sentido un persona trans género tienen una identidad de género diferente del sexo que se les asignó al nacer, pues se identifican y sienten de acuerdo al sexo distinto al natural, por ende, muchas de ellas se someterán al proceso quirúrgico de reasignación de sexo, que no solo es médico, sino también psicológico a efectos de equiparar el sentimiento, la condición y comportamiento de acuerdo a lo condición física, ello también se recoge en los Principios de Yogyakarta, (Yogyakarta, 2007)

El problema surge cuando la persona reasignada sexualmente, es decir, luego de producido el cambio físico de varón a mujer o de mujer a varón, requiere realizar todas sus actividades personales, sociales, laborales, también quiere que se produzca una reasignación en su nombre y en el sexo o género que aparece consignado en su documento nacional de identidad, ya que de contrario su participación activa dentro de la sociedad se encontrará limitada e incluso puede ser sujeto de discriminación, humillación o recibir un trato degradante.

En el tema del nombre no se ha evidenciado mayores problemas, a pesar de distintas opiniones controvertidas por parte de los jueces, se tiene por ejemplo el Exp. 2273 – 2005 – PHC / TC, que reconoce el derecho al cambio de nombre, pero no por un tema de derecho a la

igualdad o identidad, sino porque la demandante ya contaba con una sentencia judicial que lo ordenada y era cosa juzgada.

Sin embargo respecto al sexo o cambio de género en el documento nacional de identidad se han producido muchas situaciones, se tiene el caso de Naamin Timoyco, quien luego de su reasignación de sexo atravesó 8 años de juicio, en el que primero se le reconoció únicamente el derecho a cambio de nombre, pero ello causaba aún mayores vulneraciones de derechos fundamentales, toda vez que el nombre no coincidía con el género, hasta que en 2011 logra tal cambio, pero esta sentencia ha sido desaparecida de los repositorios y páginas web.

En principio debemos afirmar que el transexualismo, es decir, una persona que se identifica porque vive, como una persona distinta al género o sexo biológico, en tal sentido ya la OMS ha considerado que no es una patología o una enfermedad psíquica, además ha precisado que el sexo de una persona no se rige únicamente por elementos biológicos o cromosómicos, por ende no es una condición física con la cual se nace y debe permanecer inamovible durante su vida; al respecto se tiene una investigación desarrolla respecto a este tema, pero desde el derecho constitucional, considerando que los derechos fundamentales de los ciudadanos trans género ha evolucionado, siendo que desde el enfoque del derecho fundamental a la expresión e identidad de género como dos derechos fundamentales que se encuadran dentro del derecho a la libre determinación y desarrollo de acuerdo, solo a su distinción biológica que puede cambiar, sino a una cuestión fáctica, pero también de conformidad a como el ser humano vive y piensa y se desarrolla, en tal sentido una persona trans, luego de haberse reasignado sexualmente, el cambio de sexo es notorio, por ende, también resulta necesario el cambio de género, a efectos que concuerde no solo de acuerdo a lo físico, sino también a lo psicológico, social y cultural, (Lengua 2018, p. 213), esta investigación es importante y recogida por el tesista, pues no podemos permitir que las personas trans, vivan en condiciones de desigualdad ante la ley, a pesar de tener todas las

obligaciones como ciudadano, no se le permite gozar de derechos como la dignidad, identidad, igualdad y no discriminación, (Cabanillas y Saavedra, 2020, p 98)

Siendo que en nuestro país el tema del género y reconocimiento de derechos de las personas trans, sigue dentro del marco de la interpretación del juez, ya que no existe una ley que lo reconozca, así como tampoco se sienten obligados a recocer a partir del Convenio Interamericano de Derechos Humanos, sobre los fundamentos de la dignidad, igualdad, no discriminación, apareciendo algunas sentencias como el Exp. 6040 – 2015 – AA / TC que establece estos fundamentos en incluso se aparta de la doctrina anterior indicada en el Exp. 139 – 2013 – PA / TC, pero tampoco se ha pronunciado por fondo, por ende no ha sentado doctrina jurisprudencial, del mismo modo los casos judiciales 2018 – 2022 La Libertad, y 5684 – 216 Arequipa se pronuncia por el respeto de estos derechos en apelación las sentencias fueron declaradas nulas por defectos de forma, pero no de fondo, por ende, no se cuenta con doctrina jurisprudencial sobre el tema; además de intento de reforma legislativa para RENIEC respecto al cambio de nombre y de género, que pasó al archivo, (Proyecto de Ley 00790/2016-CR).

En consecuencia, la determinación legal de esta circunstancia recae en el Poder Judicial. En otras palabras, será decisión del juez en cada caso específico si acepta o rechaza este derecho. A pesar de la imperatividad de garantizar el respeto adecuado de los derechos fundamentales, particularmente el derecho a la identidad de las personas con incongruencia de género, quienes se ven obligados a recurrir a la vía judicial para efectuar la modificación de nombre y sexo en su documento nacional de identidad, la delegación de la decisión infringe la protección y el reconocimiento de la igualdad de derechos de todos los individuos, incluyendo a las personas transgénero y transexuales, lo que resulta en discriminación y situación de inferioridad (Vásquez, 2019, p. 219).

Además, reafirmamos que los componentes de sexo y género, en

su calidad de dispositivos socioculturales, ya no son tan desafiantes de alcanzar y subvertir, y desde los cuales emergen otros discursos que impregnan el comportamiento de los cuerpos sexuados. La distinción entre sexo y género como conceptos divergentes que perciben al individuo, no se limita a la identidad biológica de varón y mujer. El género trasciende el sexo físico para abarcar un contenido cultural, social, histórico y psicológico. Por lo tanto, la normatividad y la legislación deben ser examinadas también desde esta perspectiva, vinculada con las emociones del individuo y su autodeterminación. Antibáñez (2016), p. 365

5.1.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS A PARTIR DE LOS DATOS OBTENIDOS

Para el desarrollo de la presente tesis, se contó con la encuesta a jueces y fiscales de Huánuco, además de la observación y análisis de casos de las sentencias más relevantes expedidas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, además de sentencias de la CIDH y del TEDH.

Respecto a la encuesta, se han considerado dos variables la independiente: impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad y la dependiente; derechos fundamentales de las personas trans, del mismo modo se han medido cuatro dimensiones que el tesista consideró como fundamentales para el desarrollo de la investigación, sobre la dimensión discriminación se consideró que tal impedimento correspondía a un trato discriminatorio contra las personas transgénero, pues luego de haberse realizado la reasignación de sexo, su apariencia física, comportamiento y sus actividades cotidianas corresponde al nuevo sexo, (Miranda – Novoa, 2022, p. 100), por ende, si bien en muchos casos lograron el cambio de nombre, no podían acceder al cambio de género en el documento nacional de identidad, por ende, para efectos legales aún tienen la condición del sexo biológico, siendo que este trato diferenciado es discriminatorio ya que no se condice con la nueva identidad, lo que incluso llega a ser degradante porque puede

generar mofa, burla e incluso humillación por su nueva condición, y considerando que el género no se condice con el sexo biológico, sino con aspectos sociales, culturales, vivenciales, es evidencia la discriminación, (ver Tabla 5 y Tabla 6)

Además se midió la dimensión identidad, que es un derecho fundamental de toda persona, pero esta identidad no debe ceñirse al sexo biológico o cromosómico, sino al aspecto físico, a los actos vivenciales y sociales de un individuo, máxime si ha cambiado de sexo por la reasignación quirúrgica, siendo que tal condición física nueva debe coincidir con el género consignado en el documento nacional de identidad, toda vez que el proceso de reasignación sexual no solo físico, sino también psicológico, (López, 2017, p. 123), razón de más para que esta identidad debe ser coincidente con el sexo consignado en el documento de identificación, (ver Tabla 7 y Tabla 8).

También se ha medido la dimensión dignidad, pues este es un derecho fundamental primordial o principal que le asiste a todo individuo, del cual se generan una serie de derechos que le asisten por su condición de persona, al respecto es importante y necesario que se respete a la persona transgénero, sometida a la reasignación, tiene derecho a ser respetado y tratado con dignidad, (García, 2020, p. 215), es decir, de acuerdo al género que representa, y que se le designe como tal de acuerdo al sexo que representa, más allá del nombre o de cuestiones meramente biológicas o cromosómicas, se debe garantizar que no reciba tratos humillantes como impedir el cambio de género en su documento nacional de identidad, (ver Tabla 9 y Tabla 10).

Por último se midió la dimensión libre determinación al respecto, se puede indicar que el impedimento de cambiar el género en el documento nacional de identidad a las personas transgénero, si bien afecta el derecho a la dignidad, a la identidad y no discriminación, respecto a su derecho a la opción sexual y la libre determinación sobre su nueva apariencia física, no se ven afectados, (Elósegui, 1999, p. 158), ya que ello es intrínseco a cada persona, ya que la persona trans género,

continuará viviendo con su nueva apariencia física, aun no pueda hacer el cambio de género en su documentación, (ver Tabla 11 y Tabla 12)

El tal sentido, se puede afirmar que respecto a las tres primeras dimensiones la mayoría de la muestra encuestada se decanta por que frente al sexo biológico o cromosómico, es decir al sexo con el que nace una persona, debe primer el derecho a la dignidad personal, identidad y no discriminación, reconociendo que el género no es lo mismo que el sexo biológico, máxime cuando el tema se traslada hacia las personas trans género, sobre todos quienes se sometieron a la reasignación de sexo, y por ende viven de acuerdo a esa nueva identidad, no se les puede impedir el cambio de género en su documento nacional de identidad, pues hacer ello es abrir más aun la brecha de la discriminación, trato diferenciado, someter a la persona a humillaciones, burlas, trato degradante, lo más lógico es que de acuerdo a una correcta interpretación de estos derechos se permita que su documento de identificación vaya en consonancia con su nueva condición e identidad, (Galvis, 2016, p. 314).

De otra parte, del análisis de las sentencias más emblemáticas, consideramos que la más importante es la emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha avanzado de sobremanera respecto a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre todo respecto a la reasignación de sexo y cambio de género en los documentos de los ciudadanos, siendo el caso de Christine Goodwin Vs Reino Unido, mujer transexual, quien luego de haberse sometido a la reasignación de sexo, logró el cambio de su nombre, pero no se le permitió el cambio de género en sus documentos,, razón por la cual ante todos sus actividades sociales y laborales ella seguía siendo considerada varón, lo que afectaba su identidad y libre determinación, así como su vida privada ya que no podía contraer matrimonio y tenía que seguir aportando para su jubilación como si fuera hombre, hasta los 70 años y no como mujer hasta los 65 años, además no se le reconocía como mujer, lo que ocasionaba burlas, humillaciones

y trato degradante, además se le impedía contraer matrimonio, pues aún en el 2002, no estaba permitido, frente a su demanda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que este país ha violado varios artículos del Convenio de Derechos Humanos, sobre todo el octavo e interpreta que el negarle el cambio de género en sus documentos de identidad, ocasionaba en la ciudadana una grave afectación a su vida personal, familiar, social y laboral, pues la coloca en situación de discriminación, humillación y desventaja para obtener derechos, (Joya & Lacute, 2009, p. 391).

Se contó también con sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero no se ha hallado alguna sobre cambio de género en el documento de identidad nacional, pero si existe dos sentencias a las que hacen alusión los jueces nacionales, como los casos de Karen Atala Vs Chile y Duque Vs Colombia, en ellos se presenta fundamentos respecto a la libertad de opción sexual y ello no es óbice para recortar derechos fundamentales de los ciudadanos, ni que reciban discriminación o afectaciones a su dignidad, (Emaldi, 2023, p. 118).

En nuestro país la posición de los jueces y del Tribunal Constitucional ha discurrido por distintos senderos, pero al análisis de esta tesis, se cuenta con 6 casos emblemáticos, siendo el primero el Exp. 2273 – 2005 – PHC / TC, cuya sentencia de fecha 20 de abril del 2006, frente a una demanda de habeas corpus, la demandante, en recurso de agravio constitucional demanda a RENIEC por haberle denegado un duplicado de su documento nacional de identidad con el nombre de mujer, a pesar que el Poder Judicial dispuso con anterioridad el cambio de su nombre, al haber realizado la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, por lo cual siendo mujer debía cambiar su nombre de acuerdo a su nuevo aspecto físico, siendo que el TC fundamentando el del derecho a la dignidad que debe primar ante todo, que garantiza además el goce de otros derechos como al nombre, la identidad, la libertad entre ellos la opción sexual, y que al quedar como cosa juzgada

la sentencia que ordena su cambio de nombre, ello debe ser resuelto a su favor; por ende, ordena el cambio del prenombre femenino, sin embargo en esta demanda no se accionó el cambio de género, el que queda incólume.

Se cuenta también con el Exp. 139 – 2013 sobre Acción de Amparo contra RENIEC, en esta demanda, el accionante solicita el cambio de sexo de masculino a femenino en su documento nacional de identidad, frente a ello el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda, precisando que si bien el demandante había cambiado el nombre por el mujer, ello no implica el cambio de sexo en el documento, pues el sexo o la condición sexual no es cultural o social, sino biológico y cromosómico, por ende, el sujeto biológicamente seguía siendo de sexo masculino, en incluso va más allá y precisa que el transexualismo es una patología de la personalidad, sentencia de fecha 18 de marzo del 2014, desconociendo si el demandante acudió a instancias internacionales.

Posteriormente el mismo Tribunal Constitucional en el Exp. 6040 – 2015 – PA/ TC con fecha 21 de octubre del 2016, ante un recurso de agravio constitucional por el cual el demandante había accionado contra RENIEC por el cambio de nombre y de sexo en el documento nacional de identidad, siendo que en primera instancia se declara fundada la demanda, dentro de los fundamentos de la libre determinación, derecho a la identidad y dignidad, la Sala Civil en vía de apelación declara infundado en el extremo de cambio de nombre e improcedente el cambio de sexo, siendo que ante el Tribunal Constitucional, si bien se precisa, en criterio distinto al sustentado en el Exp. 139 – 2013, respecto a que en temas de reasignación de sexo, debe interpretarse de acuerdo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el sexo no es únicamente biológico o cromosómico, sino que contiene elementos sociales, culturales, y que debe primar el derecho a la dignidad, la libre auto determinación, no discriminación, además indica que la transexualidad no es una patología; pero respecto al tema discutido no va más allá, consideramos para no

sentar doctrina jurisprudencial pues indica que la vía de amparo no es la idónea, ya que el demandante debe ir a la vía judicial a efectos de solicitar tanto el cambio de nombre como en el género en su documento de identidad, declarando improcedente la demanda.

Se tiene también el Exp. 5684 – 2016 ante el Juzgado Civil de Paucarpata – Arequipa, cuya sentencia de fecha 5 de enero del 2018, resulta emblemática pues el juez ante la demanda de cambio de sexo en el documento nacional de identidad contra RENIEC, declara fundada la demanda, sustentado que el derecho a la identidad personal debe ir en consonancia a la identidad sexual, siendo que este derecho debe ser respetado, pues si el demandante obtuvo cambio de nombre y por la reasignación de sexo se identifica tanto personal, familiar, social y laboralmente como mujer, el no aceptar ser identificada como tal, genera vulneración a la dignidad, igualdad y discriminación, sin embargo, en vía de apelación de sentencia, el 24 de julio del 2018 la Sala Civil declara nula la sentencia y todo lo actuado para que se emplace al Ministerio Público, y luego el demandante se desiste del proceso, es decir, sin pronunciamiento sobre el fondo.

El expediente 2018 - 2022, sobre cambio de género y reconocimiento de su condición de mujer, ante el Juzgado Civil de La Esperanza en La Libertad, contra RENIEC, con fecha 4 de agosto del 2023, el juez civil, dentro del fundamento que se debe garantizar y primar los derechos fundamentales de la demandante de acuerdo a su nueva identidad, siendo el género auto percibido como el de mujer, se debe fomentar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana de acuerdo a su nueva condición sexual de mujer transexual, declarando fundada la demanda; sin embargo la Sala Civil declara nula la sentencia alegando la falta de motivación por parte del juez y la falta de actuación y valoración probatoria de pruebas de oficio que debió haber ordenado, es decir, tampoco existe pronunciamiento sobre el fondo.

En este orden de ideas podemos afirmar que a diferencia de Argentina, hablando desde el ámbito de América del Sur, Argentina es un referente respecto a la garantía del derecho a la identidad a igualdad de género, pues prevén un protocolo administrativo que permite a las personas trans no solo el cambio de su nombre sino también del género en su documento de identidad; (Gutiérrez, 2024, p. 135), mientras que en Colombia, para el cambio de identidad se sigue un proceso administrativo y para el cambio de género un proceso judicial, (González – Rebellón, 2022), siendo que en México también se procesa el cambio de nombre y género en la cedula de identificación, pero mediante un procedimiento administrativo, (Cantoral, 2023).

En nuestro país, como refiere Rojas; la población LGTB, sobre todo las personas trans género, es un grupo invisible, dentro de la sociedad y el Estado que, si bien tienen obligaciones como cualquier ciudadano, no se garantizan sus derechos fundamentales a la igualdad, identidad, género y libertad; (p. 214), pues existe una serie de barreras institucionales, procedimentales y judiciales que, bajo un sustento u otro, impiden el cambio de género en el documento nacional de identidad, a pesar que si se admite el cambio de nombre, lo que genera y pone en una situación de vulnerabilidad a la persona trans frente a la sociedad, familia y el mismo Estado, ya que el nombre nuevo no se condice con el género que representa luego del procedimiento médico de reasignación de sexo biológico, (Willanson, 2023, p. 158).

CONCLUSIONES

Primera

Al concluir la presente tesis se analizar que el impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta de manera significativa los derechos fundamentales de las personas transgénero, Huánuco 2022 – 2023, a esta conclusión se arriba a partir de la encuesta a la muestra, ya que los resultados determinar que esta situación genera discriminación ya que se afecta el derecho a la identidad y la dignidad, que asiste a toda persona, aunque no afecta su derecho a la auto libre determinación; siendo que del análisis de las sentencia que han conformado la muestra se logra advertir que los criterios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional son distintos, pero en ningún caso se reconoce el derecho de estas personas al cambio de género en su documento nacional de identidad, (Rojas, 2021, p. 216), salvo el caso de Naamin Timoyco, pero que lamentablemente la sentencia no aparece en los repositorios institucionales.

Segunda

Al concluir la tesis puede explicar que permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas transgénero ya que genera discriminación, toda vez se configura un trato diferenciado y degradante ya que su aspecto físico y nombre no se condice con el género del documento de identidad, generando burlas, humillaciones y degradaciones en su condición de ser humano, situación es discriminatoria o estigmatizadora, y si bien del análisis de casos se tiene que el Tribunal Constitucional a la fecha ha cambiado de criterio y se decanta porque debe primar el derecho a la dignidad, identidad y libre auto determinación, a la fecha no ha sentado jurisprudencia de cumplimiento obligatorio, quedando en manos del Poder Judicial, siendo que algunos jueces civiles han resuelto en este sentido declarando fundadas las demandas, (Exp. N. 5684-2016 y Exp. 2018 – 2022), en apelación, la Sala Superior, sin pronunciarse por el fondo ha declarado nulas las sentencias, por lo que no se cuenta a la fecha con jurisprudencia relevante.

Tercera

Al concluir la tesis se puede explicar que impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de persona afecta de manera significativa el derecho a la identidad de las personas transgénero, Huánuco 2022 – 2023, al respecto, pues al realizar el procedimiento de reasignación de sexo, se debe entender que no sólo es quirúrgico, sino también psicológico, la persona tiene una nueva identidad de acuerdo al sexo que representa, razón por la cual tanto el cambio físico como el comportamiento tiene que estar acorde con el género consignado en el documento nacional de identidad, (Cantoral, 2023, p. 251)

Se debe entender que el derecho a la identidad va más allá de la condición física de ser varón o mujer, en todo caso para garantizar este derecho el género consignado en el documento debe coincidir con la nueva apariencia física, (Gutiérrez, 2024, p. 164), por ende, es lógico que el género que aparece en el documento coincida con la nueva identidad, en ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el Exp. 6040 – 2015 – PA/ TC, aunque sin resolver el fondo de la controversia ni sentar doctrina jurisprudencial, recogiendo los fundamentos de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considera que el derecho a la identidad se relaciona con el derecho a dignidad, igualdad y libre autodeterminación, indicado además, que las personas trans género, que se han reasignado el sexo, tienen el derecho a ser tratados acorde a su nueva identidad, por lo que es posible el cambio de género en el documento nacional de identidad.

Cuarta

Al concluir la tesis se logró definir que el documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023, pues no garantiza el respeto a los derechos a la identidad, igualdad, derechos que deben ser reconocidos a todas las personas.

Es importante precisar que, el derecho a la dignidad tiene un contenido esencial del cual se desprenden muchos derechos de los cuales somos

titulares por nuestra condición de seres humanos, la dignidad es superior a la condición física, sexual, racial, etc., en este orden de ideas si una persona se sometió a la intervención médica de reasignación o cambio de sexo, tiene el derecho a ser tratada de acuerdo a esta nueva condición e identidad, y no hacerlo afecta su dignidad de persona; en este sentido se debe respetar el derecho de la persona trans género a que se le designe y trate de acuerdo a esta nueva identidad, que va más allá del nombre, siendo que tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el Exp. N. 6040 – 2016 – PA / TC, el sexo o género no es biológico, cromosómico, sino también cultural, social e incluso personalísimo, razón por la cual es posible que respetando la dignidad del ser humano, que tiene tal condición que se le considere como tal, lo que no solo es relativo al nombre, sino también a su género, en el documento de identidad nacional, incluso el Poder Judicial, mediante las sentencia dictadas en las causas N. 5684-2016 de La Libertad y N. 2018 – 2022 de Arequipa, la han motivado en este sentido, pero no constituye jurisprudencia porque el superior las declaró nulas por diversas razones.

Quinta

Al concluir la tesis se llegó a definir que el documento nacional de identidad con un nombre y género que no corresponde afecta el derecho a la libre determinación, sin bien existe afectación ésta no es grave, ya tal impedimento no afectará el derecho de la persona a su opción sexual o a su apariencia física, pues estos son intrínsecos al ser humano, aun en su documento nacional de identidad se consigne un género distinto al de apariencia, es decir, si bien existe el impedimento de cambio de género de la persona trans género en el documento nacional de identidad, que afecta una serie de derechos como la dignidad e identidad, principalmente, además de la no discriminación e igualdad, no afecta el derecho a la opción sexual de la persona trans, pues ello no queda prohibido, tampoco afecta el derecho a la libre autodeterminación de su nueva apariencia física, ya que puede ser viviendo de acuerdo a esta nueva condición, aunque su género no haya variado en el documento nacional de identidad, (Rojas, 2021, p. 202)

RECOMENDACIONES

Primera

Se recomienda a los jueces civiles de Huánuco, que frente a un caso cuya pretensión sea el cambio de género en el documento nacional de identidad, éste sea analizado desde la perspectiva que el género no es igual que el sexo, pues no es únicamente biológico o cromosómico, sino social y cultural, además que se reconozca el derecho de las personas transgénero a la dignidad, libre determinación y no discriminación; y por ende, el caso que asuman sea analizado de acuerdo la Convención Interamericana de Derechos Humanos y al contenido de la Sentencia 28957/95 del TEDH.

Segunda

Se recomienda a los jueces civiles de Huánuco, que al conocer un caso cuya pretensión sea el cambio de género en el documento nacional de identidad se evite la discriminación o estigmatización de las personas trans género, pues impedir ese cambio refleja trato diferenciado y degradante, ya que su aspecto físico y nombre no se condice con el género del documento de identidad, generando burlas, humillaciones y degradaciones en su condición de ser humano, lo que debe ser evitado, de acuerdo a los fundamentos de la sentencia recaída en el Exp. N. 6040 – 2016 – PA / TC, recogiendo los Principios de Yogyakarta, (Yogyakarta 2007)

Tercera

Se recomienda a los jueces civiles de Huánuco, que al conocer un caso cuya pretensión sea el cambio de género en el documento nacional de identidad, se tenga en consideración el derecho a la identidad de las personas trans género, ya que, realizada la reasignación de sexo, surge una nueva identidad de acuerdo al sexo que representa, razón por la cual tanto el cambio físico como el comportamiento tiene que estar acorde con el género consignado en el documento nacional de identidad, de acuerdo a los alcances de la sentencia recaída en el Exp. 28957/95 TEDH, de acuerdo a los Principios de Yogyakarta, respecto a la identidad de las personas trans, (Yogyakarta, 2007)

Cuarta

Se recomienda a los jueces civiles de Huánuco, que al conocer un caso cuya pretensión sea el cambio de género en el documento nacional de identidad, pero considere el derecho a la dignidad que tiene todo ser humano, por ende, tener un género distinto al que aparenta la persona es una afectación flagrante a este derecho, cuyos fundamentos se despliegan en el Exp. N. 6040 – 2016 – PA / TC y los Principios de Yogyakarta, a la dignidad de las personas trans, (Yogyakarta, 2007)

Quinta

Se recomienda a los jueces civiles de Huánuco, que al conocer un caso cuya pretensión sea el cambio de género en el documento nacional de identidad, se tenga en consideración el derecho a la libre determinación, es decir a la opción sexual y apariencia física que no pueden ser objeto de restricción alguna, de acuerdo a los fundamentos de la sentencia del Exp. N. 6040 – 2016 – PA / TC**.**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta, U. (2020). *Metodología de la investigación jurídica.* Huánuco - Perú: Ed. San Marcos.

Alexi, R. (2020). *Teoría de los derechos fundamentales. 3ra. Edición.* Madrid - España: CEPC.

Alsedo, Q. (2021). *Víctimas de los trans.* País Vasco: Deusto.

Aparicio, M., & García, I. (2021). *Identidades trans: una aproximación .* Madrid - España: Egales SL.

Barrientos, L. (2012). *Jurisprudencia de los tribunales civiles de rectificacion de partida de cambio de nombre y sexo de personas transexuales, durante los años 2005 - 2009.* Santiago de Chile: Tesis para optar el grado de licenciado en derecho por la Universidad de Chile.

Buttler, J. (1990). *El género el disputa.* Buenos Aires: Paidos.

Cabanillas Correa, F. y. (2020). *Cirterios que debe tener encuentra el magistrado para interpretar el derecho a la identidad de las personas con procesos de cambio de sexo y de nombre en casos de incongruencia de género en el Perú.* Cajamara: Tesis para optar el titulo de abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Obtenido de http;//repositorio.upagu.edu.pe/bitsream/habdle/UPAGU/1345/TESIS

Cabral, M. (13 de 5 de 2021). La paradoja transgénero. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Obtenido de www.ciudadaniasexual.org/boltin/b18

Campos Fernández, E. (2006). Historia de la sexualidad1: la voluntad del saber. *Revista Universitaria de Investigació 1* , 231 - 253.

Cantoral Domínguez, K. (2023). El derecho a la identidad de género en México: elementos para su análisis. *TOHIL – Revista de Derecho*.

Cárdenas, J. P. (2022). *Discriminación por identidad de género en*

instituciones educativas urbanas de Huánuco (Tesis de maestría, Universidad Nacional Hermilio Valdizán).

Carrasco Díaz, C. (2009). *Investigación de la ciencias sociales.* Lima: Unversidad Nacional Mayor de San Marcos.

Castillo, Z. (2020). *Metodología de investigación para desarollar una tesis.* Huánuco - Perú: Ed. San Marcos.

Cazau, P. (2006). *Metodologia de la investigación de la cencias sociales.* Buenos Aires: El investigador.

CIDH. (2021). *Reconocimiento de derechos de personas LGTB.* Costa Rica: CIDH.

CIDH, (2025) Reparando derechos. caso de Azul Rojas Marín, https://www.corteidh.or.cr/tablas/reparando-derechos/Caso-Azul-Rojas_Marin.html

Colin, D. (2021). *Transgénero. Un poshumanismo al alcance de todos los presupuestos.* La Rioja - España: Latras inquietas.

Diagone, L. y. (2010). Trans socialización. Trayectorias identitarias en TTTs. *IX Jornada de investigacion de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Montvideo*, 54 - 69.

Diestra, R. (2015). *El tratamiento hormonal y quirúrgico de de reasignación de sexo: instrumentos de tutela del derecho a la integridad de los transexuales.* Lima: Tesis para optar el grado de magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36897.pdf

Díez, L. (2021). *Sistema de los derechos fundamentales.* Madrid - España: Tirant Lo Blanch.

Duval, E. (2021). *Después de los trans. 2da. Edición.* Buenos Aires: la Caja Books.

Elósegui, M. (1999). Sexo, género, orientación sexual, identidad sexual. *La transexualidad, jurisprudencia y argumentaciones jurídicas*, 128 - 214.

Emaldi, A. (2023). *Avances y desafíos en la protección jurídica de las personas trans.* Madrid - España: Dykinson.

Exp. 2373 - 2005 - PHC/TC (Tribunal Constitucional 2006 de Abril de 20).

Fernández, J. (2019). *Derechos fundamentales, 3ra. Ed.* Navarra - España: Andavira.

Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales.* Buenos Aires - Argentina: Trotta.

Flores Polo, P. (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental. 2° Ed.* Lima: Grijley.

Fonseca Hernández, C. y. (2009). La teoria del Queer: la deconstrucción de las sexualidades periféricas. *Revista Sociológica Vol. 69*, 43 - 60.

Galvis, L. (2016). *Derechos de los transexuales en su proceso de reafirmación sexual, frente al sistema de salud de Colombia.* Medellín - Colombia: Tesis para optar el título de abogada por la Universidad EIAFT - Colombia.

García, I. (2020). *El estado de los derechos humanos en la comunidad LGTB.* Ciudad de México - México: Universidad de Colima.

García, V. (2013). *Derechos fundamentales. 2da. Ed.* Lima: Adrus.

Gherovici, P. (2020). *Psicoanálisis transgénero. Una perspectiva locaniana sobre la diferencia sexual.* Bogotá - Colombia: Universidad Iberoamericana.

Gil Rodriguez, E. (2012). *¿Por qué llaman género cuando quieren decir sexo?* Madrid: Athenea .

González Rubio, D., & Rebellón Cobo, M. C. (2022). *Contexto socio-jurídico del derecho al cambio de nombre por el reconocimiento a la identidad de género de la población LGTBIQ+ en Colombia* (Tesis de grado,

Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas, Universidad Central del Valle del Cauca).

Gómez, Y. (2019). *Derechos fundamentales.* Navarra - España: Aranzadi.

Hernández Sampieri, R. (2018). *Metodología de la investigación científica. 8va. Ed.* Ciudad de México - México: Mc Graw Hill.

Joya, N., & Lacute, R. (2019). *Ciudadanía y Derecho Humanos en la comunidad LGTB.* Bogotá - Colombia: Universidad El Bosque.

Landa, C. (2021). *Los derechos fundamentales.* Lima: Fondo de la PUCP.

Lengua Parra, A. (2018). *La trans-formación del derecho: la protección del derecho de identidad de las personas trans desde el derecho internacional.* Lima: tesis para optar el titulo de abogado por la Universidad Pontificia Católica del Peru. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/respositorio/20.500.12404

López, J. (2017). *Historia de la transexualidad.* Madrid: Almezara.

López, R. (2008). *Del guetto a la calle. El moovimiento gay y lesbiano en el País Vasco y Navarra.* Pais Vasco: Gakoa.

López, U., & Zúñiga, A. (2021). *Procedimiento de reasignación de sexo - genérica. Intervención quirúrgica.* Barcelona - España: Tirant Lo Blanch.

Lozano, G. (13 de 5 de 2021). *www.bibliojurídicasunam.mex.* Obtenido de www.bibliojurídicasunam.mex/libros/41510/24

Márquez, D. (2022). *Bioética, derecho y reasignación de sexo.* Ciudad de México - México: Universidad Autónoma de México.

Martínez, A. (2010). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional.* Lima: Palestra Editores.

Martínez, R. (2020). *El secreto detrás de una tesis.* Lima: Rosario Martínez Ed.

Miranda - Novoa, M. (2022). El tratamiento de afirmación de género en menores con disforia de género y la validez del consentimiento informado. *Cuadernos de Bioética 2022. 33 (107)*, 99 - 109.

Peinado, P. (2015). *Universo trans. Análisis pluridisciplinar sobre transexualidad y transgénero.* Madrid - España: Ayuntamiento de Madrid.

Rojas, M. E. (2021). *Percepciones sobre el reconocimiento de la identidad de género en jóvenes LGBTIQ+ del distrito de Amarilis, Huánuco* (Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Hermilio Valdizán).

Salazar, L. A. (2020). *Barreras institucionales para el acceso a derechos de personas trans en servicios de salud pública de Huánuco* (Tesis de licenciatura, Universidad de Huánuco).

Santibáñez Peñaloza, N. (2016). *El derecho a las identidades trans, una mirada desde la teoría de género y la jurisprudencia.* Santiago de Chile: Tesis para optar la licenciatura de derecho por la Universidad de Chile. Obtenido de http://repositorio.uchile.cl/bistream/handle/2250/168650

Transgeneros, F. c. (13 de 5 de 2021). *www.documents.mx/documents/derechoshumanos-civiles-para-transexuales.* Obtenido de www.documents.mx/documents/derechoshumanos-civiles-para-transexuales

Vásquez Blas, M. (2019). *El respeto de los derechos humanos en la comunidad transgénero y transexual.* Ciudad de México: Tesis para optar la licenciatura de abogado por la Universidad Autóma de México. Obtenido de http://uaemex,mex/bistraem/handle/20.50011799/105473ª

Williamson, M. (2023). *A Global Analysis of Transgender Rights: Introducing the Trans Rights Indicator Project (TRIP)*. ‹i›Perspectives on Politics‹/i›.

Yogyakarta Princips. (2007). https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

Zevallos, U. (2020). *Metodología de la Investigación Jurídica.* Huánuco: Ed. San Marcos.

COMO CITAR ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Ponce Huacho, W. (2026). *Impedimento de cambio de género y derechos fundamentales de personas transgénero, Huánuco 2022 - 2023* [Tesis de pregrado, Universidad de Huánuco]. Repositorio Institucional UDH. http://…

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023

RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGÍA
Problema General **PG.** ¿De qué manera impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023?	**Objetivo General** **OG.** Analizar la manera que el impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta los derechos fundamentales de las personas transgénero, Huánuco 2022 – 2023	**Hipótesis General** **HG.** Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023 **Ho.** Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad no afecta de forma significativa los derechos fundamentales de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023	V. Independiente Vx. Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad	Discriminación Identidad Dignidad Libre determinación	Trato diferenciado Trato degradante Cambio físico Comportamiento Respeto de derechos Reconocimiento de derechos Opción sexual Apariencia física	Tipo: básico o puro Enfoque: cuantitativo Método: deductivo, hermenéutico y dogmático Alcance o nivel: descriptivo – explicativo Diseño: correlacional y no experimental Población: Elementos: 8 sentencias nacionales y extranjeres sobre cambio de género. Sujetos: 9 jueces entre civiles y de

Problemas específicos	**Objetivos específicos**	**Hipótesis especificas**	V. Dependiente Vy. Derechos fundamentales de las personas trans	familia de primera y segunda instancia. Muestra: 100% de la población. Técnicas: Análisis documental Análisis de casos Encuesta Instrumentos: Fichas Matriz de análisis Cuestionarios Técnicas para análisis de información: Estadística descriptiva Estadística inferencial SPSS 26 Coeficiente de correlación de Pearson
PE1. ¿De qué forma permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, genera discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023?	**OE1.** Explicar la forma en que permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, genera discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023	**HE1.** Permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, afecta de forma significativa generando discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023		
PE2. ¿De qué manera impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona afecta el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023?	**OE2.** Explicar la manera en que impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona afecta el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023	**Ho.** Permitir sólo el cambio de nombre en el documento nacional de identidad, pero no el género, no afecta de forma significativa ni genera discriminación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023		
PE3. ¿En qué sentido el	**OE3**. Definir el sentido en que el	**HE2.** Impedir el cambio de género en el documento nacional de		

documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023? **PE4.** ¿De qué forma el documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023?	documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023 **OE4.** Definir la forma que el documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023	identidad de la persona afecta de forma significativa el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 – 2023 **Ho.** Impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de la persona no afecta de forma significativa el derecho a la identidad de las personas trans género, Huánuco 2022 - 2023 **HE3**. El documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023	

	Ho. El documento nacional de identidad con el género distinto al que aparenta la persona no afecta en sentido negativo el derecho a la dignidad de la persona transgénero, Huánuco 2022 - 2023 **HE4.** El documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde afecta de forma significativa el derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023 **Ho.** El documento nacional de identidad con el nombre y género que no corresponde no afecta de forma significativa el	

	derecho a la libre determinación de la persona transgénero, Huánuco 2022 – 2023		

ANEXO 2

CUESTIONARIO

ID [ ]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	e
Muy de acuerdo	De acuerdo	Es indiferente	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento?
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición?
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad?
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad?
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género al que representa?
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre?
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual?
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física?

Gracias por su colaboración

ANEXO 3

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Presentación

Señor(a), Soy egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco, mi nombre es Weniger Jhonatan Ponce Huacho, con el fin de obtener el Título de Abogado, estoy realizando un estudio titulado: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023.

Toda información recolectada, será analizada de forma grupal y anónima. Asimismo, los datos serán utilizados con fines de esta investigación. Los resultados finales estarán a disposición mediante publicaciones y sus datos personales no serán revelados a terceros en ningún momento.

Yo: _____

fiscal de la Fiscalía Penal Corporativa de Amarilis, he sido informado y entiendo que los datos obtenidos serán solo materia de trabajo para esta investigación , así mismo el investigador, absolvió todas mis dudas de manera satisfactoria. Por tal motivo acepto mediante la firma del presente documento mi participación en esta investigación.

Recibiré una copia firmada y con fecha de esta forma de consentimiento.

_____	_____
Firma de la Muestra	Firma del Investigador
NOMBRE:	NOMBRE:
DNI:	DNI:

ANEXO 4

MATRIZ DE ANÁLISIS

IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

N	Caso	Materia	Fecha	Demandado	Petitorio	Fundamentos de las sentencias
1	Exp. 2273-2005-PHC/TC	Habeas corpus Agravio Constitucional	20 abril 2006	RENIEC	Cambio de nuevo nombre y cambio de género en el DNI	Que se puede cambiar el nombre puesto que el demandante solicitó la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto ello, pero nunca solicitó cambio de género, porque este es incólume con el que identificó al nacer ello ni puede variar.
2	139-2013-AA/ TC	Acción de amparo	18 marzo del 2014	RENIEC	Cambio de sexo de masculino a femenino en su DNI	El derecho a la identidad que asiste a toda persona, respecto al sexo es entendido como el sexo biológico o cromosómico y, por ende, es inalterable, no puede variar ya que, si bien la persona reasignó su sexo mediante un procedimiento quirúrgico, cromosómicamente y biológicamente sigue siendo varón, siendo el transexualismo una desviación o patología de la personalidad, por lo que declara infundada.
3	6040-2015-PA/TC	Recurso de agravio constitucional	21 octubre 2016	RENIEC	Cambio de nombre y de sexo en el DNI	El demandante interpone acción de amparo a efectos del cambio de nombre y de sexo en sus documentos de identidad, en primera instancia el Juzgado Civil de San Martín declara fundada la demanda basándose en el principio a la libre determinación, identidad y dignidad de la persona, pero la Sala Civil en recurso de apelación declara infundado el extremo del cambio de nombre e improcedente el cambio se sexo, al indicar que la vía de amparo de es la idónea sino ante un juez de paz letrado, vía recurso de agravio constitucional el Tribunal Constitucional por mayoría varían el criterio jurisprudencial de la sentencia 139 – 2013, precisando que prima el derecho a la dignidad, identidad de género y libre determinación, que el transexualismo no es una patología sino un tema de

						identidad de las personas, pero precisa también que para estas pretensiones se tiene la vía judicial y no la amparo por lo que declara improcedente la demanda.
4	5684-2016	Cambio de sexo Juzgado Civil	5 enero 2018	RENIEC	Cambio de sexo en documento de identidad DNI	El juez se fundamentó en el derecho a la identidad personal que es concerniente a la identidad sexual, se debe respetar el derecho a la identidad sexual, el género va más allá del sexo biológico de una persona, y la identidad de género debe coincidir con el aspecto físico máxime cuando se reasignó el sexo físico, declara fundada la demanda y ordena a RENIEC el cambio de género en el DNI
5	02018-2022	Cambio de género y reconocimiento de su condición de mujer	4 agosto del 2023	RENIEC	Cambio de género y reconocimiento de su condición de mujer	garantiza los derechos fundamentales de la accionante a su identidad sexual (y por ende al género auto percibido), al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, en su condición de mujer transexual; consecuentemente dispone la rectificación de los datos registrales en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, tanto de su sexo: de masculino a femenino, y de su prenombre: de G.J. a Crissel A., así privilegia la autonomía personal que ostenta la accionante para definir su propia identidad sexual y género.
6	Sentencia 28957/95 TEDH	Demanda que se le reconozca como mujer al haber realizado la reasignación de sexo, pero en su trabajo y aportes de jubilación se le considera hombre	11 julio 2002	REINO UNIDO	Reconocimiento como mujer en si vida social, laboral y a casarse	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indica que al negar tal reconocimiento y que la demandante sigue siendo tratada como varón a pesar de haber cambiado su nombre y que si aspecto físico es el de una mujer, indica que Reino Unido ha violado el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el art. 12, 14, 13. Precisando que se ha producido un grave atentado a la vida personal social y familiar, siendo el sexo un elemento importante, ya que coloca a una persona transexual en situación de vulnerabilidad, desigualdad, humillación y ansiedad, al no ser tratada de acuerdo a su nuevo estado físico y psicológico, pues el sexo no debe determinarse por puros elementos biológicos, sino también sociales, culturales,

						psicológicos, siendo importante el respeto a la vida privada y libre auto determinación sexual.
7	Caso Duque Vs Colombia	Reconocimiento a la pensión de sobrevivencia a la muerte de su pareja homosexual	26 febrero 2016	COLOMBIA	Se reconozca el derecho a la pensión de sobrevivencia de su pareja homosexual	La identidad de género se encuentra amparada por el Art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que debe ser respetado por todas las instituciones y organismos estatales, más allá del sexo biológico, sino la libre opción y determinación sexual, sin embargo, en Colombia no se reconoce derechos a la unión de hecho sea heterosexual u homosexual, por ende, no ampara lo demandado
8	Caso Karen Atala Vs. Chile	Trato discriminatorio, interferencia arbitraria a la vida privada y familia, vulneración al interés superior del niño, por su opción sexual	24 febrero 2012	CHILE	Se le otorgue el derecho de tener la custodia de sus hijas, que le fue denegado por su opción sexual	La identidad de género se encuentra garantizada por el Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que debe ser respetado por todos los estados y entidades públicas y privada, la opción sexual por si no es óbice para impedir la crianza de los hijos.

ANEXO 5

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN
DATOS GENERALES
Apellidos y nombres del Experto: DR. DAVID BERAUN SANCHEZ
Cargo o institución donde labora: DOCENTE UDH
Nombre del instrumento motivo de la validación: CUESTIONARIO
RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MÍNIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1.- CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje comprensible													X
2.- OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos													X
3.- ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y necesidades reales de la investigación													X
4.- ORGANIZACION	Existe una organización lógica													X
5.- SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6.- INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías													X
7.- CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos													X
8.- COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos jurídicos													X
9.- METODOLOGIA	La estructura responde a una metodología y diseño aplicados para verificar los supuestos jurídicos.													X
10.- PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico													X

OPINIÓN DE APLICABILIDAD
El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación: SI (X) NO ( )
PROMEDIO DE VALORACIÓN ACEPTABLE (100)

Huánuco, 12 de Noviembre de 2023

Mg. DAVID BERAUN SANCHEZ
DNI 22474797
DOCENTE

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN
DATOS GENERALES
Apellidos y nombres del Experto: MG. HENRY SOTO PÉREZ
Cargo o institución donde labora: DOCENTE UDH
Nombre del instrumento motivo de la validación: CUESTIONARIO

RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MÍNIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1.- CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje comprensible													X
2.- OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos													X
3.- ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y necesidades reales de la investigación													X
4.- ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica													X
5.- SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6.- INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías													X
7.- CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos													X
8.- COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos jurídicos													X
9.- METODOLOGÍA	La estructura responde a una metodología y diseño aplicados para verificar los supuestos jurídicos.													X
10.- PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico													X

OPINIÓN DE APLICABILIDAD
El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación: SI (X) NO ( )
PROMEDIO DE VALORACIÓN ACEPTABLE (100)

Huánuco, 12 de Noviembre de 2023



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN
DATOS GENERALES
Apellidos y nombres del Experto: MG. ERIKA NILSE GUEVARA VARGAS
Cargo o institución donde labora: DOCENTE UDH
Nombre del instrumento motivo de la validación: CUESTIONARIO

RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MÍNIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1.- CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje comprensible													X
2.- OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos													X
3.- ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y necesidades reales de la investigación													X
4.- ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica													X
5.- SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6.- INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías													X
7.- CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos													X
8.- COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos jurídicos													X
9.- METODOLOGÍA	La estructura responde a una metodología y diseño aplicados para verificar los supuestos jurídicos.													X
10.- PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico													X

OPINIÓN DE APLICABILIDAD
El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación: SI (X) NO ( )
PROMEDIO DE VALORACIÓN ACEPTABLE (100)

Huánuco, 12 de Noviembre de 2023

Mg. ERIKA GUEVARA VARGAS
ABOGADA
DNI 22513448

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

DATOS GENERALES

Apellidos y nombres del Experto: DR. DAVID BERAUN SANCHEZ

Cargo o institución donde labora: DOCENTE UDH

Nombre del instrumento motivo de la validación: MATRIZ DE ANÀLISIS

RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MÍNIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1.- CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje comprensible													X
2.- OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos													X
3.- ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y necesidades reales de la investigación													X
4.- ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica													X
5.- SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6.- INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías													X
7.- CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos													X
8.- COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos jurídicos													X
9.- METODOLOGÍA	La estructura responde a una metodología y diseño aplicados para verificar los supuestos jurídicos.													X
10.- PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico													X

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación: SI (X) NO ( )

PROMEDIO DE VALORACIÓN ACEPTABLE (100)

Huánuco, 12 de Noviembre de 2023



Mg. DAVID BERAUN SANCHEZ
DNI 22474797
DOCENTE

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN
DATOS GENERALES
Apellidos y nombres del Experto: MG. HENRY SOTO PÉREZ
Cargo o institución donde labora: DOCENTE UDH
Nombre del instrumento motivo de la validación: MATRIZ DE ANÀLISIS DE CASOS

RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MÍNIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1.- CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje comprensible													X
2.- OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos													X
3.- ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y necesidades reales de la investigación													X
4.- ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica													X
5.- SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6.- INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías													X
7.- CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos													X
8.- COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos jurídicos													X
9.- METODOLOGÍA	La estructura responde a una metodología y diseño aplicados para verificar los supuestos jurídicos.													X
10.- PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico													X

OPINIÓN DE APLICABILIDAD
El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación: SI (X) NO ( )
PROMEDIO DE VALORACIÓN ACEPTABLE (100)

Huánuco, 12 de Noviembre de 2023



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN
DATOS GENERALES
Apellidos y nombres del Experto: MG. ERIKA NILSE GUEVARA VARGAS
Cargo o institución donde labora: DOCENTE UDH
Nombre del instrumento motivo de la validación: MATRIZ DE ANÁLISIS DE CASOS

RESPONSABLE: WENIGER JHONATAN PONCE HUACHO

ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MÍNIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1.- CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje comprensible													X
2.- OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos													X
3.- ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y necesidades reales de la investigación													X
4.- ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica													X
5.- SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6.- INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías													X
7.- CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos													X
8.- COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos jurídicos													X
9.- METODOLOGÍA	La estructura responde a una metodología y diseño aplicados para verificar los supuestos jurídicos.													X
10.- PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico													X

OPINIÓN DE APLICABILIDAD
El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación: SI (X) NO ( )
PROMEDIO DE VALORACIÓN ACEPTABLE (100)
Huánuco, 12 de Noviembre de 2023

Mg. ERIKA GUEVARA VARGAS
ABOGADA

Anexo 1. Cuestionario

ID [1]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	Indiferente	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? D
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? A
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? C
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? D
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género al que representa? B
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? D
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? E
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? E

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

Anexo 1. Cuestionario

ID [5]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	Es indiferente	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? B
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? B
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? B
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? B
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género al que representa? B
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? B
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? C
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? C

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

Anexo 1. Cuestionario

ID [ ]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	Indiferente	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? D
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? D
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? C
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? C
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo el género al que representa? C
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? D
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? E
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? E

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

Anexo 1. Cuestionario

ID 3

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	Es indiferente	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? A
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? B
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? A
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? A
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género al que representa? B
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? B
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? B
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? B

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

Anexo 1. Cuestionario

ID [5]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	Indiferente	Desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? A
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? B
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? A
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? B
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género el que representa? A
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? A
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? B
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? B

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

Anexo 1. Cuestionario

ID [ ]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? D
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? D
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? E
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? D
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género al que representa? D
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se lo designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? D
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? C
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? D

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

Anexo 1. Cuestionario

ID [8]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? A
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? A
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? A
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? A
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género al que representa? A
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le deba reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? A
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? D
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta al derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? D

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

Anexo 1. Cuestionario

ID [1]

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: IMPEDIMENTO DE CAMBIO DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, HUÁNUCO 2022 – 2023
RESPONSABLE: WENIEGER JHONATAN PONCE HUACHO

INSTRUCCIONES: La presente entrevista es el desarrollo de un trabajo de investigación, sírvase responder las preguntas que a continuación se presentan de acuerdo a su criterio, se va a mantener la reserva de su identidad
De acuerdo a la siguiente tabla:

A	B	C	D	E
Muy de acuerdo	De acuerdo	Es indiferente	En desacuerdo	Muy en desacuerdo

1. ¿Considera Ud. que no permitir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero ocasiona un trato diferenciado entre la apariencia física y el documento? B
2. ¿Considera Ud. impedir el cambio de género en el documento nacional de identidad de las personas transgénero es un trato degradante porque puede generar burlas por la nueva condición? B
3. ¿Considera que la identidad de género va más allá de la condición física de ser varón o mujer, y que en todo caso debe coincidir la nueva apariencia con el documento nacional de identidad? B
4. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo y despliega una conducta al nuevo sexo, es lógico que el género coincida con la nueva identidad? A
5. ¿Considera que una persona que se ha sometido a la reasignación de sexo se debe respetar su derecho a ser considerada de acuerdo al género al que representa? B
6. ¿Considera que a una persona trans género, se le debe reconocer el derecho a que se le designe con el género que representa y nueva identidad más allá del nombre? B
7. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición de cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la opción sexual? B
8. ¿Cree Ud. que declarar improcedente la petición del cambio de género en el documento de identidad, afecta el derecho a la libre determinación de su nueva apariencia física? B

Gracias por su colaboración

Scanned with CamScanner

ANEXO 6
EXPEDIENTES DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS *VS.* CHILE

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012
(Fondo, Reparaciones y Costas)

EXTRACTO
(Se han suprimido de este extracto las notas al pie presentes en la sentencia original)

[…]

I
INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

[…]

1. De acuerdo a la Comisión, el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. La Comisión solicitó a la Corte que declare la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación.

[…]

V
DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA, DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, DERECHOS DEL NIÑO, DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS RESPECTO AL PROCESO DE TUICIÓN

2. De manera preliminar, la Corte considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas. En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. El presente capítulo se concentra en los debates en torno al juicio de tuición. En un capítulo posterior se analizará el proceso disciplinario.

A. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición

3. La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993. Las niñas M., V. y R., nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho. Como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor.

1. Proceso de tuición

4. El 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el "desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro" de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala "no se enc[ontraba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo […] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger […] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s". Además, el señor López argumentó que "[l]a inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo [conllevaba a] desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto altera[ba] el sentido natural de la familia, […] pues afecta[ba] los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad", por lo que "la opción sexual ejercida por la madre altera[ría] la convivencia sana, justa y normal a que t[endrían] derecho [las niñas M., V. y R.]". Por último, el señor López arguyó que "habr[ía] que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implica[ría] para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica[, pues e]n efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales est[aría]n expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida".

5. […]. La señora Atala indicó que los alegatos presentados en la demanda de tuición la "conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, por la distorsión en los hechos que expon[ía] y, por último, por su desprecio al superior interés de [sus] hijas", y aseveró que "la[s] alegaciones que se h[icieron] de [su] identidad sexual nada tienen que ver con [su] función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la litis ya que situaciones de conyugalidad o de opción sexual no son extensivas a relaciones de parentalidad, materia del proceso de autos". La señora Atala finalmente alegó que ni el Código Civil chileno ni la ley de menores de edad contemplaban como causal de "inhabilitación parental" el tener una "opción sexual distinta".

[…]

6. Una serie de medios de comunicación ofrecieron cobertura al juicio de tuición incluyendo diarios de circulación nacional como "*Las Últimas Noticias*" y "*La Cuarta*". A partir de estas noticias, entre otras razones relacionadas con el presunto uso indebido de recursos del tribunal penal de Villarrica en el que la señora Atala tenía el cargo de jueza, el 19 de marzo de 2003 el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó al Ministro Lenin Lillo, a fin de que efectuara una visita extraordinaria a dicho tribunal penal.

[…]

7. El 10 de abril de 2003 se llevó a cabo la audiencia para presentar prueba testimonial. El 14 de abril de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica recibió cuatro testimonios de personas propuestas por la parte demandante, especialmente de una psicóloga y una asistente social. En particular, la asistente social señaló, al preguntársele si "los menores que se crían bajo parejas homosexuales sufren consecuencias adversas", que "s[í] hay consecuencias sociales, como modelos paternales y maternales confusos que afectan la conformación de la identidad sexual". Además, agregó que "otra de las consecuencias que hace, es que en Chile según estudio […] sobre la tolerancia y la discriminación [del] año 1997, se llegó a la conclusión que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales[,] un 60.2% fue la carga valórica de este rechazo. [Con] base [en] lo anterior, y en conocimiento de esta alta discriminación[,] se estaría exponiendo a estas menores [de edad] a situaciones de discriminación social que ellas no se han buscado".

[…]

2. Tuición provisional concedida al padre

8. En el marco del proceso de tuición, la apoderada del padre de las niñas presentó una demanda de tuición provisoria el 10 de marzo de 2003, con el fin de obtener la custodia de sus hijas antes de la conclusión del proceso. Al respecto, la apoderada del señor López argumentó la presunta "incapacidad que la opción sexual asumida por la madre y demandada, [la señora] Atala Riffo, y que se tradujo en su reconocimiento expreso de ser lesbiana, provoca[ba] y provocar[ía] en el desarrollo integral tanto psíquico como socio-ambiental de estas tres pequeñas, sin perjuicio de las conductas poco maternales y violentas que ésta ha demostrado a través de los años no sólo con su familia, sino con su entorno social". Además, alegó que "la necesidad que tiene la demandada de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida […] no es homo[lo]gable con el ser padres, que incluye una capacidad funcional de maternización […], que al parecer la demandada ha obviado egoístamente". Por otra parte, la apoderada del padre de las niñas arguyó el derecho de las niñas de vivir en una familia conformada por un padre y una madre de sexo distinto.

9. El 13 de marzo de 2003 la señora Atala respondió a la solicitud de la demanda de tuición provisoria, en el cual solicitó que se rechazaran todas las pretensiones. […]

10. El 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) "que […] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, […] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas", y ii) "que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia".

11. […]. En respuesta a dicha decisión, el 13 de mayo de 2003 la señora Atala solicitó la inhibición del Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica de seguir conociendo el proceso de tuición, por haber incurrido en la causal de implicancia contenida en el Código Orgánico de Tribunales. La representación de la señora Atala sostuvo que en la resolución del 2 de mayo de 2003 el Juez dio "forma y contenido con fuerza de resolución judicial a un determinado modelo de sociedad, visión que a no dudarlo es materia de fondo de la cuestión planteada, y que resulta discriminador por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social".

12. El 14 de mayo de 2003 el Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica declaró "bastante la causal" de implicancia, sin pronunciarse sobre su fondo, y se abstuvo de intervenir en el proceso de tuición. Además, ordenó cumplir con lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Procesamiento Civil "mientras se res[olviera el] incidente".

3. Sentencia de primera instancia otorgando la tuición de las niñas a la señora Atala

13. Dada la inhabilitación del Juez Titular, correspondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su "rol de madre" y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente, se concluyó que "tampoco se ha[bía] acreditado la existencia de hechos concretos que perjudi[caran] el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar". Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba "ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno".

14. En su evaluación sobre la presunta inhabilidad de la señora Atala para ser madre, por haberse declarado lesbiana y convivir con una pareja del mismo sexo, se tuvieron en cuenta una gama de informes de entidades como la Organización Panamericana de la Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los cuales señalaron que: i) "la homosexualidad es un conducta normal y que no es una manifestación de ninguna patología", y ii) "la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida […] no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres". […]

15. Sobre la calidad del cuidado de la señora Atala con sus hijas, se tuvo bajo consideración un informe emitido por una enfermera del Hospital de Villarrica e informes educacionales, sobre los cuales el Juzgado indicó que dicha prueba "constituye manifestaciones objetivas de una preocupación constante de la madre de las menores de autos por su salud y educación y en consecuencia se t[uvo] por establecido que la demandada ha[bía] velado por la crianza, cuidado personal y educación de sus hijas". […]

16. Sobre el argumento del demandante referente al riesgo de las niñas a contraer enfermedades de transmisión sexual, el Juzgado consideró certificados médicos de la señora Atala y su pareja, mediante los cuales confirmó que no había evidencia de la existencia de dichas enfermedades. Sobre el peligro moral que

presuntamente enfrentaban las menores de edad, se citó un informe social de la demandada demostrando un ambiente familiar armónico, "con normas y límites claros y una rutina familiar que funciona[ba] apropiadamente con la supervisión de la madre, a quien el contexto de una relación de pareja satisfactoria, se le aprecia[ba] en armonía con su entorno y preocupada y cercana a sus hijas". […]

17. En relación con la potencial discriminación que podrían sufrir las niñas y que fue expresado por los parientes y testigos de la parte demandante, el Juzgado concluyó "que las menores [de edad] no ha[bían] sido objeto de ninguna discriminación a [esa] fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiesta[ron era] un temor a una posible discriminación futura". […]

18. Finalmente, el Juzgado en la sentencia de primera instancia indicó "[q]ue consta en las actas guardadas en caja fuerte del tribunal que las menores [de edad] fueron oídas por este [Juzgado]. En estas audiencias se constató que la voluntad de las tres menores [de edad] es que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias realizada con fecha 8 de octubre de 2003, [R.] y [V.] expresaron su deseo de volver a vivir con su madre y en el caso de [M.] sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna". […]

4. Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco y concesión de orden de no innovar en favor del padre

19. De conformidad con la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2003, el Tribunal de Menores de Villarrica ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2003 el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la Sentencia y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores de edad.

20. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar manteniendo el padre la custodia. Sobre esta orden de no innovar, la señora Atala presentó una queja disciplinaria contra dos integrantes de dicha Corte, alegando causales de recusación y de inhabilitación. La Corte Suprema de Justicia de Chile falló sobre este recurso de queja el 2 de julio de 2004, declarando por mayoría que no existió falta o abuso de los Ministros demandados. Sin perjuicio de lo anterior, algunos de los Ministros de la Corte "estuvieron por hacer un severo llamado de atención a los recurridos por la omisión que se les reprocha por la quejosa".

21. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco, sin los dos Ministros que se habían apartado del proceso, confirmó la Sentencia apelada por el padre de las niñas, por lo que ratificaron las consideraciones realizadas por la primera instancia y dejaron sin efecto la orden de no innovar concedida el 24 de noviembre de 2003. […]

5. Interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y concesión de la segunda orden de no innovar a favor del padre

22. El 5 de abril de 2004 el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. El padre de las niñas argumentó que mediante la Sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una "falta y un abuso grave y notorio", debido a: i) haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; ii) haber faltado

en su deber legal de proteger su vulnerabilidad, y iii) haber trasgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia. En particular, el señor López Allendes alegó que los jueces habían ignorado toda la evidencia probatoria en autos que demostraría que la "exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en [M., V. y R.], una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida". La Corte Suprema concedió la orden de no innovar solicitada el 7 de abril de 2004.

6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile

23. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre.

24. En primer lugar, la Corte Suprema destacó que "en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres". Además, la Corte Suprema expresó que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma "absoluta y definitiva". Por lo tanto, la Corte declaró que "el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una 'causa calificada' que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo".

25. En particular, la Corte Suprema concluyó que: i) "se ha[bía] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, […] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro"; ii) "el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja"; iii) "no e[ra] posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno […] ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas", y iv) "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas".

26. La Corte Suprema, además, estimó que las niñas se encontraban en una "situación de riesgo" que las ubicaba en un "estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia[ba] significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y

discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal". Por tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituyen "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración". La Corte concluyó que los jueces recurridos fallaron en "no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso" y al "haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja".

27. Los dos jueces de la Sala de la Corte Suprema que votaron por rechazar el recurso de queja, presentaron argumentos sobre la naturaleza de dicho recurso. Además, los jueces disidentes estimaron que, de acuerdo con el artículo 225 y la preferencia que establece este artículo por la madre en el cuidado de los hijos en casos de separación, "el juez no puede variar la norma general de la radicación de cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un 'indispensable' interés del niño".

B. Consideraciones previas

1. Consideración previa sobre el objeto del caso ante la Corte Interamericana

Alegatos de las partes

28. La Comisión argumentó que el presente caso "se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de [la señora] Atala, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas". Lo anterior, debido a que presuntamente la "orientación sexual [de la señora] Atala y, principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de las niñas".

[…]

Consideraciones de la Corte

29. De los alegatos presentados por el Estado, así como de la prueba que obra en el expediente, la Corte considera que en el juicio de tuición se debatieron, *inter alia*, los siguientes aspectos: i) la orientación sexual de la señora Atala; ii) la personalidad de la señora Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales. […]

30. Al respecto, el Tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia". La Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos entre las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello que ha sostenido que, en

principio, "corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares".

De acuerdo con lo anterior, no corresponde a este Tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. […]

2. Consideración previa sobre la participación de las niñas M., V. y R.

En la Resolución de 29 de noviembre de 2011, la Corte señaló que en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas M., V. y R. respecto a si estaban de acuerdo con la representación que ejercía cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en el presente caso. […]

31. Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una. En el presente caso, el 8 de febrero de 2012 se escuchó a dos de las niñas.

32. […]Teniendo en cuenta los estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a ser oídos, las niñas M. y R. fueron, en primer lugar, informadas de manera conjunta por el personal de la Secretaría sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, la posición y los alegatos de las partes en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia. Posteriormente, en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación con cada niña por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. Además, la diligencia realizada con las niñas fue privada […]. Además, las niñas solicitaron expresamente que se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión.

33. Durante la diligencia realizada el 8 de febrero de 2012, las niñas M. y R. manifestaron que conocían y entendían los temas relacionados con las tres alegadas violaciones por las cuales fueron presentadas como presuntas víctimas en el presente caso. De las manifestaciones rendidas por las dos niñas y teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de los derechos de los niños y las niñas, la Corte observa que las dos niñas expresaron de manera libre e independiente sus propias opiniones y juicios formados sobre los hechos del caso que atañen a ellas, así como algunas de sus expectativas e intereses en la resolución del presente caso. Por tanto, la Corte las considerará presuntas víctimas en el presente caso.

[…]

C. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación

Alegatos de las partes

34. Respecto a la presunta violación de los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana, la Comisión alegó que "existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida". Argumentó que "la orientación sexual […] fue el sustento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia" debido a que presuntamente se determinó que la señora Atala "no debía conservar la custodia de sus hijas[, por cuanto] convivía con una persona de su mismo sexo". Añadió que se "efectuó una distinción en perjuicio de [la señora] Atala en la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella". […]

35. Los representantes señalaron que los Estados "suscribieron la Convención Americana con una cláusula abierta de no discriminación, por tanto no pueden ahora alegar que su nivel de desarrollo político social no les permite entender que se incluye la orientación sexual dentro de las razones prohibidas para discriminar". Alegaron que "[l]a decisión del recurso de queja resulta […] ser un juicio de escrutinio a la [señora] Atala y a su vida privada, sin considerar sus habilidades maternales, que eran el tema a considerar". Indicaron que dicho "juicio de escrutinio [no se realizó] a la vida del [señor] López, del que nada se sabe, cuestiona o investiga, o de sus habilidades parentales". Por tanto, consideraron que "[e]se sólo hecho constituye un tratamiento diferenciado no contemplado en el derecho chileno, y claramente prohibido por el derecho internacional". […]

[…]

36. Asimismo, el Estado señaló "que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso durante el año 2004", en el que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema en el presente caso. […]

Consideraciones de la Corte

[…]

1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

37. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". […]

38. […] La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

39. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el

Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

[…]

40. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.

2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana

41. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

42. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

43. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

[…]

44. Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es "otra condición" mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios. […]

45. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. […]

46. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social". Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

[…]

47. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

48. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. […]

49. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual

50. El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.

51. En el presente caso se alega un presunto trato discriminatorio respecto a dos hechos distintos en el marco del proceso de tuición: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de

Menores de Villarrica, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual. […]

52. […][E]l proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso.

53. En particular, el Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto "deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual" y los "efectos que esa convivencia p[odía] causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas"; ii) la alegada existencia de una "situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deb[ían] ser protegidas" por "la eventual confusión de roles sexuales que p[odía] producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino"; iii) la supuesta existencia de "un estado de vulnerabilidad en su medio social" por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad "al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual". Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.

[…]

54. Para determinar si dichas diferencias de trato constituyeron discriminación, a continuación se analiza la justificación que hizo el Estado para efectuarlas, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre.

4. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo

Alegatos de las partes

[…]

55. La Comisión manifestó que "ambas autoridades judiciales [(la Corte Suprema y el Juzgado de Menores de Villarrica)] se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado". Al respecto, arguyó que "la decisión [de la Corte Suprema] tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo".

56. Los representantes argumentaron que el interés superior de las niñas "[e]fectivamente, en teoría […] sería un fin legítimo". Sin embargo, manifestaron que "[n]o basta […] aducir un fin legítimo para que lo sea; el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real". En este sentido, alegaron que "el Estado simplemente dice proteger a las niñas pero no fundamenta de manera objetiva el daño que se habría irrogado en las niñas y, por lo tanto, la decisión carece de un fin legítimo".

[…]

57. Por su parte, el Estado manifestó que en el marco de un proceso de custodia se establece "una prioridad a favor del interés superior del niño por sobre cualquier otro interés protegido en conflicto, [por lo que] resulta evidente que en un juicio de custodia debe necesariamente entender el referido interés como causal calificada que autoriza la modificación del régimen de cuidado personal" del niño. Concretamente, el Estado alegó que "la sentencia de la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores incurrieron en falta o abuso grave al infringir las reglas de apreciación de la prueba, afectando el interés superior de las niñas". Por otra parte, el Estado indicó que en la decisión de tuición provisoria "el tribunal declaró […] que es tarea del sentenciador asegurar el interés superior del niño y procurar su máximo bienestar […] y en consecuencia resolvió conceder la solicitud de custodia provisoria en favor del padre". Además, argumentó que "la decisión de custodia provisoria, tras apreciar la totalidad de la prueba que a la fecha obraba en el proceso [...] concluy[ó] que: i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas […], y ii) que el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado".

[…]

Consideraciones de la Corte

[…]

58. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección".

59. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

60. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

61. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

[…]

62. El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre. La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron en "no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso" y que al "haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja". La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la supuesta prevalencia de intereses y el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional (*supra* párr. 10), por lo que en estos puntos el examen se realizará de manera conjunta.

63. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procede a analizar si dichos argumentos eran adecuados para cumplir con la finalidad declarada por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, es decir, la protección del interés superior de las tres niñas.

4.1. Presunta discriminación social

[…]

64. Al respecto, el Tribunal constata que, si bien existía prueba dentro del expediente de personas que manifestaban que las niñas podrían estar siendo discriminadas en su entorno social por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, también se evidencia prueba en contrario respecto a este punto. Sin embargo, la Corte nota que la manera en que planteó la Corte Suprema la posible discriminación social que podrían enfrentar las tres niñas era condicional y abstracta, […].

65. La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias "para hacer efectivos" los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el

artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

[…]

66. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" valido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisible legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. […]

67. Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R..

4.2. Alegada confusión de roles

[…]

68. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.

69. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.

[…]

70. Por otra parte, diversas sentencias de tribunales internacionales permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales (*supra* párr. 92 y 68).

71. Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico. Dichos

estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños. […]

[…]

72. El Tribunal observa que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la "eventual confusión de roles sexuales" y la "situación de riesgo para el desarrollo" de las niñas.[…] No expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de la madre y el padre y los posibles efectos negativos que se podrían generar para las menores de edad. La Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable. La motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.

73. La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas.

4.3. Alegado privilegio de intereses

[…]

74. La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada.

[…]

75. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal

Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional.

76. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, "[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad".

[…]

77. En el presente caso, el Tribunal observa que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tuición al padre bajo el supuesto de que la señora Atala podía declararse abiertamente como lesbiana. Sin embargo, indicaron que, al ejercer su homosexualidad cuando decidió convivir con una pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas (*supra* párrs. 10 y 25).

78. Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. […]

79. En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

4.4. Alegado derecho a una familia "normal y tradicional"

[…]

80. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

[…]

81. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una "familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social", y

no en una "familia excepcional", refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la "familia tradicional").

4.5. Conclusión

82. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

5. Trato discriminatorio en contra de las niñas M., V. y R.

[…]

Consideraciones de la Corte

[…]

83. Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

84. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma. Por tanto, la Corte concluye que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R..

D. Derecho a la vida privada y derecho a la vida familiar

Alegatos de las partes

85. La Comisión alegó, respecto a la presunta violación del artículo 11 de la Convención Americana, que el "derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares[, en este sentido] la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo". Sostuvo que "la interferencia del Estado en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria, dado que la decisión de tuición fue fundada en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual [y] también interfirió en su autonomía para tomar decisiones sobre su vida personal de acuerdo a dicha orientación. […]

86. Por su parte, los representantes argumentaron que "la interferencia es arbitraria porque la única justificación es la manifestación de la orientación sexual de la madre, que forma parte de su identidad personal, cualidad esencial de todo individuo y que no dice relación alguna con el bienestar de las hijas". Para los representantes es "incuestionable que tanto [la señora] Atala como sus hijas sufrieron injerencias arbitrarias en su vida privada".

[…]

87. El Estado argumentó que "en un juicio de tuición, que tiene por objeto estimar qué padre tendrá el cuidado personal de los hijos, el juez no sólo tiene la facultad sino la obligación de evaluar todas y cada una de las condiciones y circunstancias concretas que determinen el interés superior del niño. [...] Resulta por tanto inherente al juicio de tuición […] que el juez pueda, de acuerdo a la ley, investigar aspectos íntimos de la vida de las personas". […]

[…]

Consideraciones de la Corte

88. El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

89. Además, el Tribunal ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula "Protección de la Honra y de la Dignidad", su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.

[…]

90. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

91. Al respecto, la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de "idoneidad, necesidad y proporcionalidad". Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña.

92. Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. El Tribunal observa que la razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de la vida privada de la señora Atala era la misma que fue utilizada para el trato

discriminatorio, es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. La Corte considera que, si bien dicho principio se relaciona *in abstracto* con un fin legítimo, la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

93. El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

94. Por otra parte, el Tribunal observa que uno de los argumentos centrales que se analizaron en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Menores de Villarrica sobre la tuición provisoria fue la convivencia de la señora Atala con su pareja del mismo sexo, por lo que esta Corte considera indispensable entrar a analizar la presunta violación a la vida familiar argumentada por la Comisión y los representantes.

95. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribibunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas.

96. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

[…]

97. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. […]

[…]

98. El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.

[…]

99. Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre.

100. Este Tribunal ya concluyó que los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño, lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.. Respecto de éstas últimas, dichas violaciones a la vida familiar ocurren también en relación con el artículo 19 de la Convención, dado que fueron separarlas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares.

E. Garantías judiciales y protección judicial

1. *Garantías judiciales y protección judicial en relación con la señora Atala*

Alegatos de las partes

101. La Comisión y los representantes alegaron la presunta violación de la garantía judicial de imparcialidad por la aproximación estereotipada de los jueces al caso. La Comisión señaló que "al considerar [la] orientación sexual" de la señora Atala como "un elemento fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios", se podría concluir que la señora Atala "no contó con la garantía de imparcialidad". […]

[…]

102. El Estado alegó que "la Corte Suprema de Justicia no se extralimitó en el ejercicio de sus facultades, ni abusó de las mismas, cuando tras declarar la efectividad de la falta o abuso grave, acogiendo el recurso de queja, resolvió invalidar la resolución impugnada dictando en su lugar una sentencia de reemplazo". […]

Consideraciones de la Corte

[…]

103. Para analizar si en el presente caso se desconoció la garantía de independencia judicial al aceptar el recurso de queja, la Corte recuerda que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces, cuyo objetivo radica en evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Además, la garantía de la independencia judicial abarca la garantía contra presiones externas, de tal forma que el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con

relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan.

[…]

104. Finalmente, la Corte ha señalado anteriormente que no constituye una cuarta instancia que pueda realizar una valoración de la prueba referente a cuál de los padres de las tres niñas ofrecía un mejor hogar para las mismas (*supra* párr. 0). En similar sentido, el Tribunal tampoco es una cuarta instancia que pueda pronunciarse sobre la controversia entre diversos sectores de la doctrina local sobre los alcances del derecho interno respecto a los requisitos de procedencia del recurso de queja.

105. De otra parte, respecto a la presunta imparcialidad de la Corte Suprema al adoptar su decisión sobre el recurso de queja, esta Corte recuerda que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. Mientras que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.

106. La Corte Interamericana resalta que, si bien es cierto que en el presente caso se han declarado algunas violaciones a la Convención (*supra* párrs. 82, 84 y 100), una violación del artículo 8.1. por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales.

107. El Tribunal constata que ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces. Tampoco se han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema. Una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva.

108. En consecuencia, la Corte considera que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso.

2. *Derecho de las niñas M., V. y R. a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones*

[…]

Consideraciones de la Corte

109. La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

110. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el "interés superior del niño" y el derecho a ser escuchado, al afirmar que "no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida".

111. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) "no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones"; ii) "el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto"; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) "la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias"; v) "la capacidad del niño […] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso", y vi) "los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica", por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de "la capacidad […] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente".

112. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

113. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas

opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.

[…]

114. Al respecto, el Tribunal constata que en la primera instancia en el proceso de tuición se cumplió con las obligaciones que se desprenden del derecho de las niñas y niños a ser oídos en un proceso judicial que los afecte, por cuanto no sólo las escuchó en audiencia, sino que además es explícito que se tuvo en cuenta las opiniones de las tres niñas teniendo en cuenta la madurez y capacidad de las mismas en ese momento.

115. Por otra parte, la Corte nota que en el expediente de tuición no obra prueba de que las niñas fueran escuchadas nuevamente por la Corte Suprema de Justicia de Chile en el marco del recurso de queja, ni tampoco hay mención alguna en la sentencia de la Corte Suprema respecto a la decisión de apartarse de la voluntad que las niñas habían manifestado dentro del proceso.

116. En el presente caso, el Tribunal toma en cuenta la naturaleza particular del recurso de queja, que constituye principalmente un recurso disciplinario en contra de los jueces de instancia y en la cual no se recauda más prueba de la que ya ha sido aportada durante todo el proceso de tuición. Asimismo, esta Corte advierte que un niño o niña no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos, dado que el proceso de "escuchar" a un niño o niña puede resultar difícil y puede causar efectos traumáticos. […]

117. Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña. […]

[…]

118. La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por lo

anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R..

VI
DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

119. Uno de los aspectos de la controversia es el proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. En lo que atañe a ese tema, en el presente capítulo se establecerán los hechos probados relacionados con dicho proceso para luego analizar las controversias en torno a: i) derecho a la igualdad; ii) vida privada, y iii) garantías judiciales.

A. Hechos probados respecto a la investigación disciplinaria contra la señora Atala

120. El 17 de marzo de 2003 la Presidenta del Comité de Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Villarrica puso en conocimiento del Ministro Visitador de la Corte de Apelaciones de Temuco, el señor Lenin Lillo, "una situación puntual acaecida el 12" de marzo de 2003. En dicho escrito, la Presidenta del Comité de Jueces informó que la señora Atala había pedido a una de sus subalternas que "transcribi[era], redactar[a] e imprimier[a] oficios a nombre del Juzgado de Letras y de Menores de Villarrica, en los cuales se pedían diligencias en la causa por tuición […] en que dicha magistrad[a era] parte litigante". Además, manifestó que "proced[ió] a efectuar una reunión de carácter privado con la magistrad[a] Atala Riffo […] señalándole lo improcedente de su actuar y su in[j]erencia en un ámbito dado a otro Tribunal, donde ella no [era] juez, sino parte demandada".

121. Ese mismo día y el 19 de marzo de 2003 el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco designó mediante acuerdos al señor Lillo, a fin de que efectuara una visita extraordinaria en el Tribunal penal de Villarrica en el que la señora Atala tenía el cargo de jueza. Al respecto, se expresó que "dicha visita obedec[ía] a dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios 'Las Últimas Noticias' […] y 'La Cuarta' […] en las que se ha[ría] referencia al carácter de lesbiana que se atribu[ía] en dichas publicaciones a la [señora] Atala" y el otro, correspondía a los hechos reseñados en la denuncia de 17 de marzo de 2003.

122. Después de realizada la visita al Juzgado en el que la señora Atala era titular, el señor Lillo presentó un informe a la Corte de Apelaciones de Temuco, mediante el cual informó respecto a tres presuntos hechos irregulares, a saber: i) "utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez […] de menores"; ii) "utilización indebida del sello del Tribunal", y iii) "publicaciones aparecidas en la prensa". Respecto al primer hecho, se realizó un recuento respecto a los hechos informados por la Presidenta del Comité de Jueces y se concluyó que dichos hechos "rev[estían] a juicio de [ese] visitador especial gravedad dado que la señora […] Atala […] prevaleciéndose de medios y personal del Tribunal que forma [p]arte se ha involucrado directamente en el cumplimiento de actuaciones decretadas en el juicio que se s[eguía] ante el Juez de Menores". En relación con el segundo hecho, el señor Lillo manifestó que "rev[estían] una especial gravedad por cuanto la Juez Karen Atala ha[bía] excedido el límite de sus atribuciones con su proceder al utilizar elementos del Tribunal que est[aba]n a cargo de terceros para favorecer a personas relacionadas con su círculo de amistades".

123. Por último, el señor Lillo hizo referencia a las publicaciones aparecidas en los Diarios "Las Últimas Noticias" y "La Cuarta", en las cuales se daba a conocer a la opinión pública la demanda de tuición y se hacía referencia a "la relación lésbica que" de la señora Atala "sostendría con otra mujer".

124. Sobre estos hechos, el señor Lillo concluyó en su informe que:

> no está en el ánimo de este visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrad[a] Atala, sin embargo no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal.

125. El 2 de abril de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco aprobó la visita realizada por el señor Lillo y formuló cargos en contra de la señora Atala respecto a los tres presuntos hechos irregulares señalados en el informe. […]

B. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación

[…]

Consideraciones de la Corte

[…]

126. La Corte observa que la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria mencionadas tienen fundamento legal en los artículos 544 inciso 4, 559 y 560 del Código Orgánico de Tribunales. Al ser uno de los propósitos de la visita el indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala con base en las noticias de prensa, se constata un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala al incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario su orientación sexual y su relación con una persona del mismo sexo.

[…]

127. Ahora bien, respecto al fin legítimo que se perseguía con dicha investigación, en el informe presentado no fue precisado con claridad cuál era el fin de la visita respecto a la indagación de la orientación sexual, por cuanto sólo se hizo referencia a las noticias de prensa que se habían publicado. En este sentido, si bien el fin legítimo no fue explicitado en el reporte, de lo expresado en el informe se podría llegar a inferir que mediante la indagación respecto a la orientación sexual de la señora Atala se buscaba proteger la "imagen del poder judicial". Sin embargo, la alegada protección de la "imagen del poder judicial" no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la "imagen del poder judicial" y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.

128. Por tanto, al ser discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con su orientación sexual, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

C. Derecho a la vida privada

[…]

Consideraciones de la Corte

129. El artículo 11 de la Convención, como ya que quedado señalado (*supra* párr. 88), prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, por lo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de la autoridad pública. Según la jurisprudencia de la Corte, para determinar si existió una injerencia arbitraria a la vida privada se deben analizar, entre otros requisitos, la legalidad y la finalidad de la medida.

[…]

130. En particular, la Corte nota que en el informe de la visita del señor Lillo se establecieron, como conclusión, entre otros, los siguientes hechos: i) que la señora Atala "comenzó a ser visitada en su oficina por una gran cantidad de mujeres a partir de mediados del 2002", incluyendo a su pareja "con quien pasaba horas en su oficina"; ii) que la señora Atala "fue visitada en el Tribunal por los padres" de su pareja y que informó que "se trataba[n] de sus suegros", y iii) que la señora Atala "manifestó su homosexualidad abiertamente" al señor Lillo y "defendió su determinación de comunicárselo abiertamente a los funcionarios y Magistrados del Tribunal".

131. La Corte constata que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

D. Garantías judiciales

[…]

Consideraciones de la Corte

132. La Corte reitera que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario. Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado caso. En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales.

133. La Corte ya ha establecido que la visita extraordinaria afectó el derecho a la igualdad y a la no discriminación y la vida privada de la señora Atala. Asimismo, se ha concluido que era discriminatorio incorporar en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la señora Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional y por lo cual tampoco existía fundamento para concluir que la orientación sexual de la señora Atala podía derivar en una falta disciplinaria. Sin embargo, en el informe de la visita al sitio de trabajo se determinó, con relación a la orientación sexual de la señora Atala, que los

hallazgos eran hechos que "rev[estían] una gravedad que merec[ía] ser observada por [la Corte de Apelaciones de Temuco]".

134. Además, el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala. También se observa que las conclusiones del informe de la visita presentadas a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual.

135. Teniendo en cuenta todos los hechos reseñados anteriormente, la Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

[…]

VII
REPARACIONES
(APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

136. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

[…]

137. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

[…]

A. Parte Lesionada

138. El Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho

consagrado en la misma. En el caso bajo examen la Corte declaró que el Estado violó los derechos humanos de Karen Atala Riffo y las niñas M., V. y R.. En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo 71.

139. La Corte nota que los representantes han solicitado que entre los beneficiarios de las reparaciones se incluyan a personas que no fueron presentadas por la Comisión Interamericana como presuntas víctimas en este caso. En específico, solicitaron "la reparación integral de los perjuicios materiales e inmateriales" presuntamente ocasionados a: i) María del Carmen Riffo Véjar, madre de Karen Atala y abuela de M., V. y R.; ii) Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, pareja de Karen Atala hasta el año 2010; iii) Sergio Ignacio Javier Vera Atala, hijo mayor de Karen Atala; iv) Judith Riffo Véjar, tía abuela de las niñas M., V. y R., y v) Elías Atala Riffo, hermano de Karen Atala.

140. Sin embargo, la Corte observa que la Comisión no alegó en el informe de fondo ni en la demanda que dichas personas sean víctimas de violaciones a derechos consagrados en la Convención Americana. En razón de lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal, la Corte no considera como "parte lesionada" a los familiares de las víctimas en el presente caso y precisa que éstos serán acreedores a reparaciones únicamente en calidad de derechohabientes, es decir, si las víctimas han fallecido, y de conformidad con lo establecido en la legislación interna.

[…]

B. Obligación de investigar e imponer consecuencias legales a los funcionarios responsables

[…]

141. Al respecto, la Corte constata que la Comisión no hizó precisiones que le dieran al Tribunal elementos suficientes para analizar en profundidad esta solicitud. Por ejemplo, no fue señalado si existen normas del derecho interno que faculten a las autoridades disciplinarias para investigar la comisión de actos discriminatorios. Asimismo, no se analizaron las particularidades de este caso en relación con otros casos anteriores donde se han ordenado este tipo de medidas. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no es procedente la solicitud presentada por la Comisión.

C. Otras medidas de reparación integral: satisfacción y garantías de no repetición

[…]

1. Rehabilitación: asistencia médica y psicológica a las víctimas

[…]

142. La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento médico y psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención de víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. Al proveer dicho tratamiento se

deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual. Los tratamientos deben incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

[…]

2. Satisfacción

a) *Publicación de la Sentencia*

[…]

143. Al respecto, la Corte estima, como lo ha dispuesto en otros casos, que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia:

- el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial;

- el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y

- la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio *web* oficial.

b) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

[…]

144. La Corte ha determinado que en ciertos casos se justifica que los Estados realicen un reconocimiento de responsabilidad que debe realizarse en un acto público para que surta sus efectos plenos. En el presente caso procede adoptar una medida de dicha naturaleza y el Estado deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá asegurar la participación de las víctimas que así lo deseen, e invitar al evento a las organizaciones que representaron a las víctimas en las instancias nacionales e internacionales. La realización y demás particularidades de dicha ceremonia pública deben consultarse previa y debidamente con los representantes de las víctimas. Para cumplir con esta obligación el Estado cuenta con un plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia.

145. En cuanto a las autoridades estatales que deberán estar presentes o participar en dicho acto, el Tribunal, como lo ha hecho en otros casos, señala que deberán ser de alto rango. Corresponderá al Estado definir a quienes se encomienda tal tarea. Sin embargo, deberá existir representación del Poder Judicial en el acto.

3. Garantías de no repetición

[…]

146. La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (*supra* párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la

justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes.

a) *Capacitación a funcionarios públicos*

[…]

147. El Tribunal toma nota de los desarrollos llevados a cabo por el Estado en materia de programas y acciones de capacitación dirigidos a capacitar a funcionarios públicos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigido a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

148. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención. Debe ponerse especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales.

b) Adopción de medidas de derecho interno, reformas y adecuación de leyes contra la discriminación

[…]

Consideraciones de la Corte

149. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

150. En el presente caso, la Corte se limitó a examinar la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias. El Tribunal no analizó la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana ni fue ello materia de este caso. Asimismo, los representantes no aportaron elementos suficientes que permitan inferir que las violaciones se hayan derivado de un problema de las leyes en sí mismas. Por tanto, la Corte considera que no es pertinente, en las circunstancias del presente caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.

151. De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

152. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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.

[…]

153. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (*supra* apartado C.2).

D. Indemnización Compensatoria por daño material e inmaterial

[…]

1. Daño material

[…]

154. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que éste supone "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso".

155. En relación con el presunto lucro cesante generado por las pérdidas económicas de la señora Atala por no haber podido arrendar su casa en Villarrica u obtener otra utilidad de dicha casa ante la necesidad de disponer de ella durante las visitas a sus hijas, los representantes basaron sus pretensiones en un cuadro que abarca el período de junio de 2004 a diciembre de 2010, y de enero de 2011 a octubre 2017, cuando la hija menor de la señora Atala cumpla la mayoría de edad. Los representantes cuantificaron el lucro cesante en US$47.400 (equivalente a $ 23.700.000 pesos chilenos) para el primer período, y US$49.200 (equivalente a $24.600.000 pesos chilenos), para un total de US$96.600. Indicaron que la Corte debe utilizar el mencionado cuadro como orientación para fijar una estimación de las ganancias perdidas con base en el criterio de equidad.

156. El criterio de equidad ha sido utilizado en la jurisprudencia de esta Corte para la cuantificación de daños inmateriales, de los daños materiales y para fijar el

lucro cesante. Sin embargo, al usar este criterio ello no significa que la Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. Corresponde a las partes precisar claramente la prueba del daño sufrido así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan. En el presente caso, los representantes se limitaron a anexar una copia del pago del último dividendo de la señora Atala por la mencionada casa y un listado de los valores diarios de la Unidad de Fomento del Banco Central. El Tribunal considera que ello no constituye una argumentación suficientemente detallada y clara para determinar la relación entre las mencionadas unidades de fomento, el pago del dividendo hipotecario, el cuadro demostrativo de las ganancias dejadas de percibir y la cantidad de lucro cesante que, por este concepto, se solicita sea fijada en equidad por la Corte.

[…]

157. Finalmente, en relación a los gastos relacionados con el tratamiento médico y la compra de medicamentos, la Corte observa que obra prueba en el expediente respecto a dichos gastos y su relación con los efectos que tuvo en la señora Atala la pérdida de la tuición de sus niñas. El Tribunal considera que dicha prueba es razonable para concluir que las violaciones declaradas en la presente Sentencia pudieron tener efectos negativos respecto al bienestar emocional y psicológico de la señora Atala. Sin embargo, el monto solicitado por los gastos en medicamentos realizados hasta 2010 (US$ 14.378) no se desprende de manera clara de los certificados anexados. De otra parte, la Corte observa que la señora Atala recibía atención médica por la afectación de su salud desde antes del proceso de tuición. Por lo tanto, la Corte no puede determinar con precisión qué componentes del tratamiento médico se relacionaron exclusivamente con las afectaciones sufridas por las violaciones declaradas en el presente caso. Respecto al pago de los gastos futuros del tratamiento médico por el periodo 2012-2017, la Corte considera que dicho gasto será cubierto por medio de la implementación de la medida de rehabilitación de asistencia médica y psicológica ya ordenada. Por lo tanto, la Corte fija, con base en un criterio de equidad, la suma de US$ 10.000 por concepto de los gastos ya realizados por atención médica y psicológica.

2. Daño inmaterial

[…]

158. La Corte observa que en la audiencia pública la señora Atala señaló, respecto a la investigación disciplinaria efectuada en su contra, que se sintió "profundamente humillada, expuesta, como que [la] hubieran desnudado y arrojado a la plaza pública". Por otro lado, expresó que la decisión de la Corte Suprema de Chile que resolvió el recurso de queja tuvo incidencia directa en su identidad de madre al privarle de sus hijas por ser lesbiana, provocándole "humillación […] como mujer", estigmatizándola como "incapaz" para ser madre y "criar a sus propios hijos". Además, la víctima manifestó que a causa de las violaciones ocurridas en el presente caso su reputación, actividad profesional, relaciones sociales y familiares se vieron afectadas. Finalmente, las peritos que efectuaron una evaluación psicológica de la señora Atala y de las niñas M., V. y R. diagnosticaron diversos daños relacionados con los hechos de discriminación y afectación a la vida privada y familiar que han sido mencionados en esta Sentencia.

159. Al respecto, la Corte observa que las violaciones declaradas generaron en las víctimas diversos daños en su cotidianidad, diversos niveles de estigmatización y desasosiego. En atención a las indemnizaciones ordenadas por el Tribunal en otros casos, y en consideración de las circunstancias del presente caso, los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de

vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para la señora Atala y de US$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las niñas M., V. y R. por concepto de indemnización por daño inmaterial.

E. Costas y gastos

[…]

160. El Tribunal ha señalado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde a la Corte apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable.

161. En el presente caso, el Tribunal observa que no consta en el expediente respaldo probatorio respecto a las costas y gastos solicitados por los representantes. En efecto, el monto requerido por concepto de honorarios no fue acompañado por argumentación de prueba específica sobre su razonabilidad y alcance. Sin embargo, la Corte considera que es posible suponer que tanto durante el proceso interno como en el proceso ante el Sistema Interamericano la víctima realizó erogaciones económicas.

162. Teniendo en cuenta los alegatos presentados por las partes, así como la ausencia de material probatorio, la Corte determina en equidad que el Estado debe entregar la cantidad de US$12.000 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) a la víctima, por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser cancelada dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia. La señora Atala entregará, a su vez, la cantidad que estime adecuada a quienes fueron sus representantes en el fuero interno y en el proceso ante el Sistema Interamericano. Igualmente, el Tribunal precisa que en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer el reembolso a la víctima o sus representantes, por parte del Estado, de los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal.

F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

163. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial directamente a las víctimas, o en su defecto a sus representantes legales, así como el reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos siguientes.

[…]

164. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a la persona indicada en

forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

165. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Chile.

166. En cuanto a las indemnizaciones ordenadas a favor de las niñas M., V. y R., el Estado deberá depositarlas en una institución financiera chilena solvente en dólares estadounidenses. Las inversiones se harán dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, mientras las beneficiarias sean menores de edad. Dicha suma podrá ser retirada por aquellas cuando alcancen la mayoría de edad, en su caso, o antes si así conviene al interés superior de las niñas, establecido por determinación de una autoridad judicial competente. Si no se reclaman las indemnizaciones correspondientes una vez transcurridos diez años contados a partir de la mayoría de edad de cada niña, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados. En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo. de la presente Sentencia.

[…]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO DUQUE VS. COLOMBIA[1]

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2016
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

En el *Caso Duque,*

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes Jueces:

Roberto F. Caldas, Presidente;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Vicepresidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juez;
Diego García-Sayán, Juez;
Alberto Pérez Pérez, Juez, y
Eduardo Vio Grossi, Juez.

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante también "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia.

[1] La presente Sentencia se dicta en el 113 Período Ordinario de Sesiones de la Corte. De conformidad con los artículos 54.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5.3 del Estatuto de la Corte y 17.1 de su Reglamento, los jueces que terminen sus mandatos seguirán conociendo de los casos que ya conocieren y que se encuentren en estado de sentencia. En razón de lo anterior, los Jueces Manuel E. Ventura Robles, Diego García-Sayán y Alberto Pérez Pérez participaron en la deliberación y firma de la presente Sentencia. El Juez Humberto Antonio Sierra Porto, de nacionalidad colombiana, no participó en la deliberación de la presente Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.2 del Estatuto y 19.1 del Reglamento de la Corte.

CASO DUQUE VS. COLOMBIA

Tabla de contenido

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA 4
II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE 6
III COMPETENCIA 7
IV. EXCEPCIONES PRELIMINARES 8
A. Falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque 8
A.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes 8
A.2. Consideraciones de la Corte 9
B. Hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana 15
C. Falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal 16
C.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes 16
C.2. Consideraciones de la Corte 16
V. CONSIDERACIONES PREVIAS 18
VI. PRUEBA 19
A. Prueba documental, testimonial y pericial 19
B. Admisión de la prueba 20
C. Valoración de la prueba 20
VII. HECHOS 20
A. Situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja 21
B. Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia 21
C. Acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia 23
D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional 25
VIII. FONDO 26
VIII-1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN 26
A. Argumentos de las partes y de la Comisión 26
B. Consideraciones de la Corte 27
B.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación 27
B.2. El derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso 30
B.3. La alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente caso 36
B.4. Conclusión 39
VIII-2. LOS DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL 39
A. Argumentos de las partes y de la Comisión 39
B. Consideraciones de la Corte 40
B.1. La existencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente 41
B.2. La alegada violación al artículo 8.1 de la Convención por la supuesta aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales 44
VIII-3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA 46
A. Argumentos de las partes y de la Comisión 46
B. Consideraciones de la Corte 47
B.1. Estándares relativos al derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH 47
B.2. Análisis del caso concreto 51
IX. REPARACIONES (Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana) 53
A. Parte Lesionada 54
B. Medida de Restitución 54

C. Medidas de Satisfacción 55
D. Otras medidas de reparación solicitadas 56
E. Medida de rehabilitación 57
F. Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial 57
F.1. Daño material 57
F.2. Daño inmaterial 58
G. Costas y gastos 59
H. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas 61
I. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados 61
X. PUNTOS RESOLUTIVOS 62

I
INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 21 de octubre de 2014 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso *Ángel Alberto Duque* contra la República de Colombia (en adelante, "el Estado" o "Colombia"). De acuerdo con lo señalado por la Comisión, el caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una "pensión de sobrevivencia"[2] tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. Asimismo, consideró que la presunta víctima habría sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, la Comisión constató que el Estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Finalmente, concluyó que, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH, y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.

2. *Trámite ante la Comisión.* – El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

a. *Petición.* – El 8 de febrero de 2005 la Comisión recibió una petición presentada por la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti (en adelante "los peticionarios").

b. *Informe de Admisibilidad*. - El 2 de noviembre de 2011 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad N°. 150/11[3].

c. *Informe de Fondo*. - El 2 de abril de 2014 la Comisión emitió el Informe de Fondo N° 5/14 (en adelante "el Informe de Fondo"), en los términos del artículo 50 de la Convención, en el cual llegó a una serie de conclusiones y formuló varias recomendaciones al Estado:

i. Conclusiones. La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación a los siguientes derechos humanos establecidos en la Convención Americana:

- El derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque;

---

[2] De acuerdo con la legislación colombiana, la pensión de sobrevivencia es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993), y que tiene la finalidad de proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte.

[3] En dicho Informe, la Comisión declaró la admisibilidad de la petición por la presunta violación de los derechos establecidos en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana, en conexión con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

- Los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque, y
- El principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

ii. Recomendaciones. La Comisión recomendó al Estado:

- Reparar adecuadamente al señor Ángel Alberto Duque por las alegadas violaciones de derechos humanos declaradas en el Informe de Fondo contemplando los daños materiales e inmateriales. Dicha reparación debería, como mínimo, incluir la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Asimismo, el Estado debería proveer el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento requeridos en virtud de ser una persona que vive con VIH;
- Adoptar todas las medidas que aún fueran necesarias para garantizar la no repetición de los hechos como los del caso. En particular, adoptar las medidas necesarias para que todas las decisiones jurisprudenciales que tuvieron lugar en Colombia con posterioridad a los hechos del caso, que reconocieron el derecho de pensión de sobrevivencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo –y que determinaron que los casos previos a dichos pronunciamientos también se encontraban alcanzados por ellos-, sean debidamente acatadas y cumplidas;
- Adoptar todas las medidas necesarias para que quienes se desempeñan en la provisión de servicios de seguridad social, sea en el ámbito público o en el privado, reciban la debida capacitación para dar trámite a las solicitudes de personas que integraron o integran parejas del mismo sexo, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, y
- Adoptar todas las medidas estatales que sean necesarias para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en cuanto al acceso a servicios de seguridad social, y en particular, que se les permita presentar los mismos medios de prueba que a las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.

d. *Notificación al Estado.* - El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 21 de abril de 2014, otorgándose un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. El Estado presentó un informe el 20 de junio de 2014[4], en el cual solicitó un plazo de tres meses para remitir determinada información, lo cual fue concedido, y posteriormente presentó un segundo informe.

e. *Sometimiento a la Corte.* - El 21 de octubre de 2014 la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana la totalidad de los hechos y alegadas violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo, "por la necesidad de obtención de justicia para la [presunta] víctima", haciendo referencia a que el Estado, en su segundo informe, se habría abstenido de efectuar una propuesta concreta de reparación integral, habría indicado que la presunta víctima debía iniciar un segundo trámite, y habría indicado que no reconocía que de los hechos del caso resulte un ilícito internacional.

3. *Solicitud de la Comisión Interamericana.* – Con base en lo anterior, la Comisión solicitó al Tribunal que declare la responsabilidad internacional de Colombia por la supuesta violación de los derechos anteriormente indicados en las conclusiones del Informe de Fondo. Adicionalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación, que se detallarán y analizarán en el capítulo correspondiente.

[4] El escrito de sometimiento del caso de la Comisión no hace referencia a este primer informe, pero está incluido en el expediente del caso.

II
PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

4. *Notificación al Estado y a los representantes*[5]. – El sometimiento del caso por parte de la Comisión fue notificado al Estado y a los representantes el 11 de noviembre de 2014.

5. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 12 de enero de 2015 los representantes presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas[6] (en adelante "escrito de solicitudes y argumentos"), en los términos de los artículos 25 y 40 del Reglamento de la Corte.

6. *Escrito de contestación.* – El 1 de abril de 2015 el Estado presentó ante la Corte su escrito de contestación al sometimiento del caso y al escrito de solicitudes y argumentos y de excepciones preliminares (en adelante "contestación" o "escrito de contestación"), en los términos del artículo 41 del Reglamento del Tribunal[7].

7. *Observaciones a las excepciones preliminares.* - Mediante escritos recibidos el 1 de junio de 2014, los representantes y la Comisión presentaron sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado y solicitaron que fueran rechazadas.

8. *Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.* – Mediante Resolución de 5 de mayo de 2014 el Presidente de este Tribunal declaró procedente la solicitud interpuesta por la presunta víctima, a través de sus representantes, para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, y aprobó que se otorgara la asistencia económica necesaria para la presentación de un máximo de tres declaraciones, ya sea en audiencia o por affidavit.

9. *Audiencia pública.* – Mediante Resolución del Presidente de la Corte de 2 de julio de 2015, se convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública que fue celebrada el 25 de agosto de 2015 durante el 53º Período Extraordinario de Sesiones de la Corte, la cual tuvo lugar en Tegucigalpa, Honduras[8]. En la audiencia se recibieron las declaraciones de la presunta víctima y un perito, propuestos por los representantes, un perito propuesto por la Comisión, y un testigo y un perito ofrecidos por el Estado, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión, los representantes de la presunta víctima y el Estado, respectivamente. Asimismo, en esa Resolución se ordenó recibir declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) de cuatro peritos, propuestos por los representantes, así como de un testigo y un perito, ofrecidos por el Estado, y un perito propuesto por la Comisión.

10. *Amici Curiae.*- El Tribunal recibió 9 escritos de *amici curiae*, presentados por: 1) la Fundación Latina de Cultura[9]; 2) Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de

---

[5] Los representantes en el presente caso ante la Corte son la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti.

[6] Los representantes enviaron el escrito de solicitudes y argumentos vía correo electrónico. Mediante comunicación recibida el 30 de enero de 2015, los representantes remitieron a la Corte el escrito original y anexos del mismo.

[7] El Estado envió su escrito de contestación vía correo electrónico. Mediante comunicación recibida el 23 de abril de 2015, el Estado remitió a la Corte el escrito original y anexos del mismo. Asimismo, mediante escrito de 12 de diciembre de 2014 el Estado designó como Agentes a Juana Inés Acosta López y Camilo Ernesto Vela Valenzuela.

[8] A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Tracy Susanne Robinson, Comisionada; Silvia Serrano Guzmán y Jorge H. Meza Flores, asesores de la Secretaría Ejecutiva; b) por los representantes de la presunta víctima: Gustavo Gallón Giraldo, Representante; Fredy Alejandro Malambo Ospina, Representante; y Germán Humberto Rincón Perfetti, representante, y c) por el Estado de Colombia: Juana Inés Acosta y Camilo Vela Valenzuela, Agentes; Jonathan Riveros Tarazona, Asesor; y Juanita López Patrón, Directora de la Defensa Jurídica de la ANDJE.

[9] El escrito fue firmado por María Inés Franck, Presidenta de la referida Fundación.

la Universidad de Texas e International Gay and Lesbian Human Rights Commission[10]; 3) Organización Alliance Defending Freedom[11]; 4) Damián A. González-Salzberg[12]; 5) Centro Leitner por la Justicia y el Derecho Internacional de la Universidad de Fordham y la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas[13]; 6) Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes[14]; 7) The Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, Venezuela Diversa Asociación Civil, United and Strong Inc., Corporación Promoción de la Mujer / Taller de Comunicación Mujer, SASOD - Society Against Sexual Orientation Discrimination, Colectiva Mujer y Salud, Aireana Grupo por los Derechos de las Lesbianas, United Belize Advocacy Movement, Mulabi - Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos, Akahatá - Equipo de Trabajo en Sexualidades y Géneros, Colectivo Ovejas Negras, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Rede Nacional de Negras e Negros LGBT, Women's Way Foundation, Jamaica Forum of Lesbians, All-Sexuals and Gays (J-FLAG), Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (Redlactrans), Sindicato Amanda Jofré, Red Trans del Perú, Asociación Panameña de Personas Trans, Asociación Panambí y Asociación Alfil[15]; y 8) Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara en California[16] y 9) Grupo de Acciones Públicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, La Fundación Probono Colombia, Red Probono Chile, Estudio Jurídico Ferrada Nheme y la Firma de Abogados Baker and McKenzie de Colombia.

11. *Alegatos y observaciones finales escritos.* – El 25 de septiembre de 2015 los representantes y el Estado presentaron sus respectivos alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana remitió sus observaciones finales escritas.

12. *Deliberación del presente caso.* - La Corte inició la deliberación de la presente Sentencia el 25 de febrero de 2016.

III
COMPETENCIA

13. La Corte es competente para conocer del presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que Colombia es Estado Parte de la Convención desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.

---

[10] El escrito fue firmado por Ariel Dulitzky, Profesor de Derecho y Director de la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas.

[11] El escrito fue firmado por Neydy Casillas Padrón, Consejera Legal; Sofía Martínez Agraz, Consejera Legal; Federica dalla Pria, Abogada Asistente; Natalia Callejas Aquino, Allied Attorney e Isabella Franco Emerick Albergaria, Pasantes en Derecho.

[12] El escrito fue firmado por Damián A. González-Salzberg, Profesor de Derecho de la Universidad de Sheffield.

[13] El escrito fue firmado por Zach Hudson.

[14] El escrito fue firmado por Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa; Viviana Bohórquez Monsalve, Abogada de Colombia Diversa; Mávilo Nicolás Giraldo Chica, Abogado de Colombia Diversa; Andrea Parra, Directora de PAIIS y Jenny Guzmán Moyano, Estudiante de Derecho.

[15] El escrito fue firmado por Clovis J. Trevino, Covington & Burling LLP.

[16] El escrito fue firmado por Francisco J. Rivera Juaristi, Director y Abogado Supervisor de la referida clínica; Britton Schwartz, Abogada supervisora; Erica Sutter, Estudiante; Allison Pruitt, Estudiante; Forest Miles, Estudiante.

IV
EXCEPCIONES PRELIMINARES

14. El *Estado* presentó dos excepciones preliminares referentes a: a) la falta de agotamiento de los recursos internos, frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque, y b) los supuestos hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. Además, el Estado señaló que "de forma subsidiaria" presentaba la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal. A continuación la Corte analizará las excepciones presentadas por el Estado.

A. Falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque

A.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes

15. El *Estado* alegó que de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, el señor Ángel Alberto Duque contaba con un recurso administrativo (reclamación formal de reconocimiento del derecho pensional ante la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - COLFONDOS) y otro judicial para lograr, a nivel interno, la protección de los derechos que estimaba vulnerados. Además, el *Estado* alegó que durante el proceso de admisibilidad, antes de la emisión del Informe de Admisibilidad, le informó a la Comisión que la jurisprudencia doméstica había cambiado, ofreciendo recursos adecuados y efectivos que el señor Duque no había agotado.

16. De acuerdo con el Estado, el señor Duque interpuso su petición ante la Comisión en 2005, y la jurisprudencia en Colombia resolvió la situación pensional de las parejas del mismo sexo con la emisión de la sentencia C-336 de 2008 y la consolidó con la sentencia T-051 de 2010. Asimismo, el *Estado* alegó que informó de este avance en su jurisprudencia en su escrito de observaciones de 7 de julio de 2009. El Estado señaló que no sólo había mencionado los recursos internos que no se habían agotado, sino que también especificó cuáles eran los que se encontraban pendientes de agotamiento y presentó pruebas tendientes a demostrar que eran los adecuados y efectivos.

17. Finalmente, el *Estado* señaló que la jurisprudencia nacional se encuentra a favor del señor Duque, por lo que la exigencia de realizar una solicitud al fondo de pensiones conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia resulta razonable. De acuerdo con el Estado, el recurso sigue siendo efectivo al día de hoy, haciendo plenamente viables las pretensiones del señor Duque; por lo que una decisión de admisibilidad del presente caso resultaría contraria al principio de subsidiariedad que rige el Sistema Interamericano.

18. La *Comisión* señaló que el principio de subsidiariedad no implica que los Estados deban contar con oportunidades ilimitadas para resolver la cuestión. Agregó que una vez que el Estado ha contado con una oportunidad de dar respuesta a la alegada violación sin que lo hubiera hecho, debe entenderse que se ha resguardado el principio de subsidiariedad. De lo contrario, se estarían imponiendo cargas excesivas a las víctimas que, aún habiendo recibido un rechazo a nivel interno, deban continuar intentando una respuesta favorable. Indicó que ello llevaría, en la práctica, a retardar injustificadamente la justicia internacional y ese no sería el sentido del sistema de peticiones y casos ni de la regla del agotamiento de los recursos internos.

19. Además, la *Comisión* alegó que el argumento central del Estado sobre la falta de agotamiento de los recursos internos, se centró en que a partir de la sentencia T-051 de 2010 se modificaron las reglas judiciales que impedían la aplicación de la sentencia C-336 de 2008 cuando la muerte hubiera tenido lugar antes de dicha decisión y que exigían la declaración ante notario de ambas partes como prueba de la unión homosexual. Sin embargo, teniendo en cuenta que el último escrito del Estado en la etapa de admisibilidad es del año 2009, resultaba evidente que el Estado se abstuvo de informar a la Comisión, en el momento procesal oportuno y contando con amplia oportunidad para hacerlo, sobre la emisión de la sentencia T-051 de 2010, sus consecuencias en el análisis de la admisibilidad de la petición y las sentencias posteriores que la ratificaron.

20. Finalmente, la *Comisión* señaló que, si bien el Estado enfatizó en varios apartes de su contestación que la sentencia T-051 de 2010 tuvo lugar antes del Informe de Admisibilidad de la Comisión, tomando en cuenta las reglas de carga de la prueba y el hecho que no le corresponde a los órganos del sistema interamericano investigar *ex officio* sobre la idoneidad y efectividad de los recursos, lo relevante no es la fecha en que tal sentencia fue emitida, sino si la misma fue puesta en conocimiento de la Comisión oportunamente y de manera debida con la argumentación respectiva sobre la relevancia de la misma para el análisis de admisibilidad. En ese sentido, los argumentos de hecho y de derecho planteados por el Estado relativas a las excepciones preliminares que se basan en la sentencia T-051 de 2010 y posteriores, no fueron puestos en conocimiento de la Comisión oportunamente y, por lo tanto, resultan extemporáneos.

21. Los *representantes* alegaron que, a pesar de que existió un cambio en el marco jurídico respecto del reconocimiento de la pensión a parejas del mismo sexo con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, ello no conlleva automáticamente la subsanación de un hecho de discriminación por razones de identidad sexual contra Ángel Alberto Duque por la negación que tuvo el 19 de marzo de 2002 en la concesión de la prestación social. De acuerdo con los representantes, el alegato del Estado sobre el recurso administrativo y judicial que se generó a partir de la providencia de la Corte Constitucional, implícitamente reconoce que la presunta víctima no poseía ningún recurso para remediar la situación de discriminación sufrida al momento de los hechos.

22. Asimismo, los *representantes* señalaron que la excepción descrita en el artículo 46.2 (a) de la Convención Americana cuando "no exista en la legislación interna del Estado […] el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados", se mantiene incólume en la actualidad pues dicha circunstancia fue la que se presentó en el tiempo de ocurrencia de la violación de derechos humanos alegada. Además, sostuvieron que unicamente con la sentencia T-051 de 2010 se consolidaron los presupuestos de la sentencia C-336 de 2008; por lo que fue hasta ocho años después del marco fáctico que da lugar a la violación, que surgieron los recursos que el Estado indica que debía agotar el señor Duque.

A.2. Consideraciones de la Corte

23. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. En este sentido, la Corte ha sostenido que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es,

durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión[17]. Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos[18].

24. En el presente caso, para llevar a cabo el análisis sobre el alegato de falta de agotamiento de los recursos internos, corresponde en primer término determinar si esa excepción preliminar fue presentada en el momento procesal oportuno. En tal sentido, la Corte nota que el Estado presentó ese alegato en su escrito de observaciones a la petición inicial[19], por lo que fue presentado en la debida oportunidad procesal.

25. En segundo lugar, el Estado fundamenta la excepción preliminar que fue interpuesta a través de los siguientes argumentos: a) de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, el señor Ángel Alberto Duque contaba con un recurso administrativo (reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y otro judicial para lograr, a nivel interno, la protección de los derechos que estimaba vulnerados para impugnar el eventual rechazo de tal reclamación, los cuales no fueron interpuestos, y b) que entre 2008 y 2010 la jurisprudencia doméstica había cambiado y que en virtud de esa jurisprudencia el señor Duque contaba con recursos adecuados y efectivos que no había agotado.

a) El agotamiento de los recursos internos en el año 2005

26. Con relación al primer punto, consta que el 19 de marzo de 2002 el señor Duque presentó ante COLFONDOS una solicitud (*infra* párr.68) de carácter general requiriendo información solicitó que "se sirvan dar[l]e información para saber qué requisitos deb[ía] gestionar, adelantar o llenar para solicitar la pensión del señor [J.O.J.G], quien falleció el día 15 de septiembre de 2001 y en vida estaba afiliado a dicha entidad y laboraba en la Subdirección de Control Cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales". En ese escrito el señor Duque agregó que "[s]u tendencia sexual era gay y convivió [con él] durante diez (10) años y tres (3) meses, compartiendo todo lo relacionado como pareja desde el 15 de junio de 1991 hasta el momento de su fallecimiento"[20]. Esa comunicación no fue acompañada por ninguna documentación que hubiese permitido analizar y determinar si el señor Duque cumplía con los requisitos legales y de esa manera efectuar los cálculos correspondientes a la pensión de sobrevivencia[21].

27. Sin perjuicio de lo arriba indicado, este Tribunal constata que, en respuesta a la comunicación del señor Duque, COLFONDOS contestó que "no se puede llevar a cabo el trámite solicitado", puesto que el señor Duque "no acredita[ba] la calidad de beneficiario frente a la ley para poder acceder a la pensión de sobrevivencia", de conformidad con la legislación colombiana en materia de seguridad social que "no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo"[22] (*infra* párrs. 71 a 74). A raíz de la respuesta de COLFONDOS, el

---

17 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares,* párr. 88, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador párr. 27.

18 *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares,* párrs. 88 y 91, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 21.

19 *Cfr.* República de Colombia, Ministerio de relaciones exteriores, Escrito de 31 de enero de 2006, DDH.GOI No. 2706/132 (expediente de prueba, folios 307 y ss.).

20 Petición Presentada por el Señor Duque a la Compañía colombiana administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -COLOFONDOS S.A el 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4).

21 *Cfr.* Declaración durante la audiencia pública del presente caso del Testigo Juan Manuel Trujillo, el 25 de agosto de 2015.

22 Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -COLOFONDOS S.A., Oficio No. DCI-E-P-1487-02, 3 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 63).

señor Duque presentó una acción de tutela por medio de la cual solicitó que se ordene "al gerente general de COLFONDOS y/o quien corresponda, [que] reconozca y pague la sustitución pensional al señor Ángel Alberto Duque como sustituto de su compañero [J.O.J.G.]. Como consecuencia de lo anterior se garantiza el derecho a la salud del accionante, ya que al acceder a la pensión también tiene derecho a la seguridad social en salud. Lo anterior ya que conforme lo certifica el médico tratante si el accionante deja de tomar el tratamiento antirretroviral fallecerá"[23] (*infra* párr. 69).

28. En la sentencia de tutela el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá indicó que "el accionante solicitó efectivamente el reconocimiento de la pensión, a la cual se le dio respuesta negativa […]" y señaló que la respuesta de COLFONDOS se ajustaba a derecho y no constituía una violación a los derechos fundamentales del señor Duque[24]. Asimismo indicó: "puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 3 de abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el [artículo] sexto del [Decreto] 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial"[25].

29. Con respecto al acceso a la seguridad social, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá agregó que "se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el [E]stado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN"[26]. Esa decisión fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá[27].

30. Lo anterior permite a la Corte llegar a las siguientes conclusiones: a) tanto COLFONDOS como el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Doce Civil de Bogotá atribuyeron a la nota remitida por el señor Duque (*supra* párr. 70) la misma naturaleza y consecuencias que una solicitud formal de reconocimiento de pensión; b) el señor Duque presentó la tutela para perseguir dos objetivos distintos, uno que consistía en la obtención de la pensión de sobrevivencia, y otro que era acceder a la seguridad social en salud y de esa forma no interrumpir su tratamiento médico, y c) el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá indicó al señor Duque que la tutela no era el recurso que procedía para solicitar la pensión de sobrevivencia, y que para tales efectos debía acudir a los procedimientos ordinarios, que serían la vía contenciosa administrativa y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales.

---

[23] Acción de tutela incoada por Germán Humberto Rincón Perfetti en representación de Ángel Alberto Duque, 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 7).

[24] *Cfr.* Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folios 84 y 86).

[25] Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

[26] Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

[27] *Cfr.* Juzgado Doce Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, Sentencia, 19 de julio de 2002 (expediente de prueba, folios 93 y 94).

31. Por otra parte, es necesario recordar que el Estado señaló en sus alegatos relacionados con la excepción preliminar sobre la falta de agotamiento de los recursos internos, frente a los derechos a la vida e integridad personal, que "la acción de tutela constituye un mecanismo judicial adecuado y efectivo para lograr protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida cuando se vean amenazadas a causa de la prestación irregular del servicio médico; por lo que el señor Duque debía agotar dicho recurso frente a los hechos alegados de falta de continuidad en el tratamiento antirretroviral".

32. Como consecuencia de lo anterior es posible inferir que la acción de tutela planteada por el señor Duque, la cual buscaba un reconocimiento de la pensión de sobrevivencia y también un acceso a una prestación regular de un servicio médico, podía ser el recurso adecuado y efectivo para cumplir con las dos finalidades perseguidas, sin perjuicio de que existieran otros recursos ordinarios específicos para solicitar la pensión de sobrevivencia que fueron mencionados por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (*supra* párr. 79). En este caso, es razonable concluir que, de todos aquellos disponibles, la tutela era un recurso acorde a la situación de urgencia en la cual podría encontrarse el señor Duque.

33. Por tanto la Corte entiende que, para la fecha de la presentación del escrito de observaciones a la petición por parte del Estado, el cual fue remitido en el año 2006, el señor Duque había agotado los recursos de la jurisdicción interna en los términos de lo establecido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana.

b) El agotamiento de los recursos internos al momento de la emisión del Informe de Admisibilidad en el año 2011

34. En el caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*, la Corte indicó que el artículo 46.1.a) de la Convención Americana, en el cual se dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, debe ser interpretado en el sentido que exige el agotamiento de los recursos para el momento en que se decida sobre la admisibilidad de la petición y no para el momento de la presentación de la misma[28].

35. Del mismo modo, este Tribunal recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios[29]. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención[30]. Asimismo, el hecho de que el análisis del cumplimiento del requisito de agotamiento de recursos internos se realice de acuerdo con la situación al momento de decidir sobre la admisibilidad de la petición no afecta el carácter complementario del sistema interamericano. Por el contrario, de estar pendiente algún recurso interno, el Estado tiene la oportunidad de solucionar la situación alegada durante la etapa de admisibilidad[31].

---

[28] *Cfr. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 25.

[29] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 20.

[30] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo,* párr. 63, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 48.

[31] *Cfr. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú,* párr. 27.

36. Con relación al segundo alegato sobre la excepción preliminar al agotamiento de los recursos internos, el Estado indicó que entre los años 2008 y 2010, la normatividad interna colombiana cambió y que como consecuencia de ello el señor Duque contaba con un recurso administrativo ante COLFONDOS y otro judicial para lograr en el nivel interno la protección de los derechos que considera vulnerados.

37. En consecuencia, de conformidad con lo establecido por esta Corte en su jurisprudencia, corresponde al Tribunal determinar si con anterioridad a la emisión del Informe de Admisibilidad el 2 de noviembre de 2011, la Comisión tuvo efectivamente la oportunidad de tomar en cuenta los desarrollos jurisprudenciales recientes en Colombia que, según plantea el Estado, habrían creado recursos que no habrían sido agotados por el señor Duque.

38. Con respecto a lo señalado, el Tribunal constata que el Estado se refirió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en varias sentencias e indicó los efectos que habría tenido en relación con la normatividad interna relacionada con el acceso a la pensión de sobrevivencia para personas del mismo sexo[32]. Asimismo, la Corte advierte que durante el trámite que se llevó a cabo ante la Comisión, y con anterioridad a la emisión del Informe de Fondo, el Estado informó, mediante escrito de 8 de julio de 2009, sobre el desarrollo jurisprudencial hasta ese momento, haciendo particular alusión a las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, y T-1241 de 2008. Además, la Comisión tenía conocimiento, al momento de adoptar el Informe de Admisibilidad, de otra sentencia de la Corte Constitucional que se refiere al tema de la pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, a saber la sentencia T-911 de 2009. Asimismo, en ese Informe, la Comisión hizo referencia al alegato del Estado según el cual, posteriormente a las sentencias de la Corte Constitucional C-336 y T-1241, "se configuró un cambio en el panorama jurídico que habría permitido a la presunta víctima acceder a la pensión de sobrevivencia". Sin embargo, la Comisión agregó, en el mismo Informe, que la sentencia T-911 de 2009 estableció que "debe existir constancia suficiente, mediante declaración ante notario, de la voluntad que la persona fallecida hubiere tenido que conformar una unión marital de hecho junto con la persona que posteriormente pretende el derecho a la pensión de sobrevivientes" y que "no es posible reclamar los efectos derivados de la sentencia C-336 de 2008 respecto de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento". Concluyó

[32] En particular mencionó las siguientes: a) la sentencia C-075 de 2007 mediante dicha decisión se declaró la *exequibilidad condicionada* de la Ley 54 de 1990 "por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes". Entendiendo que "el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales". *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007 (expediente de prueba, folios 1866 y ss.); b) la sentencia C-811 de 2007 que declaró la *exequibilidad condicionada* del artículo 63 de la Ley 100 de 1993 entendiendo que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-811 de 2007 (expediente de prueba, folios 1955 y ss.); c) la sentencia C-336 de 2008 que declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones conyugue y compañero o compañera permanente, contenidas en el artículo 47121 de la Ley 100 de 1993 entendiendo que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-336 de 2008 (expediente de prueba, folios 2006 y ss.); d) la sentencia T-051 de 2010 en la que se estableció que la sentencia C-336 de 2008 debía también ser aplicada a los casos en que el deceso del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo, y que se reconoció medios de prueba distintos a la declaración ante notario público de los interesados para acreditar la unión entre personas del mismo sexo *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-051 de 2010 (expediente de prueba, folios 2228 y ss.); e) la sentencia T-592 de 2010 en la cual se volvió a afirmar que la sentencia C-336 de 2008 debía aplicarse a los casos en que el fallecimiento del causante se presentó de manera previa a que se profiriera dicho fallo de exequibilidad y se reiteró que deben hacerse valederos todos los medios de prueba con que cuentan las parejas heterosexuales cuando quieren acreditar su calidad de compañeros permanentes *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-592 de 2010 (expediente de prueba, folios 2275 y ss.), y f) la sentencia T-716 de 2011 y las Sentencias T-860 de 2011 en las cuales se reiteran los criterios anteriores sobre libertad probatoria y sobre la retroactividad del criterio contenido en la sentencia C-336 de 2008 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-716 de 2011 y T-860 de 2011 (expediente de prueba, folios 2302 y ss y 2354 y ss.).

que el señor Duque no podría beneficiarse de los referidos cambios jurisprudenciales, puesto que su compañero falleció en el año 2001.

39. No consta que el Estado hubiese remitido información actualizada a la Comisión luego de ese último informe, previamente a la emisión del Informe de Admisibilidad en noviembre de 2011, ni que ésta tuviera conocimiento de las citadas sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los años 2010 y 2011. Por el contrario, el Informe de Admisibilidad N° 150/11 únicamente se refiere a las Sentencias anteriores a esos años, información que el mismo Estado enfatizó cuando señaló que la sentencia T-051 de 2010 "fue puesta en conocimiento de la [Comisión] con posterioridad a la emisión del Informe de Admisibilidad"[33]. En ese mismo sentido, el Estado indicó que "no existió un requerimiento previo a la emisión del Informe de Admisibilidad, por parte de la […] Comisión, mediante el cual el Estado pudiera introducir la sentencia T-051 de 2010 al presente trámite internacional".

40. Por otra parte el Estado indicó en su escrito de contestación al escrito de sometimiento del caso que los desarrollos jurisprudenciales derivados de la sentencia C-336 de 2008, que según alegó, se habrían consolidado con la sentencia T-051 de 2010, son posteriores a los hechos y a la presentación de la petición. Sin embargo, tuvieron ocurrencia antes de la emisión del Informe de Admisibilidad. Además, señaló que "el hecho ilícito principal cesó con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional que lo declaró y aunque subsistieron algunos efectos del hecho ilícito internacional, estos también desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo". En ese orden de ideas, alegó que los efectos del hecho ilícito únicamente se terminaron de subsanar completamente a partir de la emisión de la sentencia T-051 de 2010. Del mismo modo, la Comisión constató que el argumento del Estado sobre la falta de agotamiento de los recursos internos se "centró en que a partir de la sentencia T-051 de 2010 se modificaron las reglas judiciales que impedían la aplicación de la sentencia C-336 de 2008 cuando la muerte hubiera tenido lugar antes de dicha decisión y que exigían la declaración ante notario de ambas partes como prueba de la unión homosexual; sin embargo teniendo en cuenta que el último escrito del Estado en la etapa de admisibilidad es del año 2009, resulta evidente que el Estado se abstuvo de informar a la Comisión, en el momento procesal oportuno y contando con amplia oportunidad para hacerlo, sobre la emisión de la sentencia T-051 de 2010".

41. Sobre el particular, el Tribunal reitera que no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento, de modo tal que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado[34]. En consecuencia, los desarrollos de la jurisprudencia a nivel interno y sus eventuales consecuencias en la normatividad interna colombiana únicamente podrían haber sido tomados en cuenta por la Comisión en la medida que las partes le hubiesen brindado esa información en el marco del proceso. Tampoco consta que la Comisión hubiese tenido noticia de esos desarrollos jurisprudenciales en el marco de procedimientos en otros casos o en el desarrollo de sus funciones de promoción de los derechos humanos.

42. Con respecto a lo anterior, la Corte recuerda que, de conformidad con lo establecido en su jurisprudencia, la Comisión debía analizar el agotamiento de los recursos internos para el momento en que se decidió la admisibilidad de la petición y no para el momento de la

[33] Escrito de Alegatos finales escritos del Estado de 25 de septiembre de 2015 (expediente de fondo, folio 3974).

[34] *Cfr. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 23, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 23.

presentación de la misma[35]. Sobre ese extremo, la Comisión debía contar con la información actualizada, necesaria y suficiente para llevar a cabo ese examen de admisibilidad, la cual debía ser remitida por las partes en el procedimiento. La Corte constató que las sentencias de la Corte Constitucional posteriores al año 2009, las cuales, según lo indicado por el Estado, subsanaban completamente "el hecho ilícito internacional" en perjuicio del señor Duque y le brindaban recursos para solicitar la pensión de sobrevivencia (en particular la sentencia T-051 de 2010), no estaba en conocimiento de la Comisión al momento de la emisión del Informe de Admisibilidad N° 150/11. Además, a pesar de los avances informados a la Comisión por el Estado respecto de ciertos cambios jurisprudenciales, no existía, en ese momento, claridad sobre el posible efecto retroactivo de la sentencia C-336 de 2008 ni sobre la forma de acreditar la unión marital de hecho para parejas del mismo sexo. En consecuencia, la Comisión no contaba con elementos de información suficientes que le hubiesen permitido analizar y eventualmente llegar a concluir que el señor Duque aún contaba con recursos que no habían sido agotados ante la instancias internas con la posibilidad de conseguir resultados diferentes a los que ya había planteado en el año 2002. Tampoco se acreditó por parte del Estado que existieran recursos que permitieran el reconocimiento con carácter retroactivo de la pensión solicitada por el señor Duque, esto es a partir del año 2002, cuestión que en todo caso corresponde analizar en el fondo de la presente controversia.

c) Conclusión

43. En virtud de las consideraciones anteriores, este Tribunal considera innecesario separarse del criterio señalado por la Comisión en el Informe de Admisibilidad emitido en el presente caso. Por tanto, la Corte desestima la excepción preliminar.

B. Hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

44. El *Estado* alegó que los representantes de la presunta víctima en ninguna de las etapas del proceso han aportado pruebas que acrediten que por falta de recursos al señor Duque se le suspendió el tratamiento antirretroviral que le ha sido prescrito[36]. La *Comisión* señaló que la determinación de si un hecho alegado por una parte se encuentra probado o no, corresponde al fondo del asunto y no constituye una causal de inadmisibilidad bajo el artículo 47 de la Convención Americana[37]. Los *representantes* agregaron que la excepción presentada no es procedente ya que opera el principio de preclusión procesal, pues en el Informe de Admisibilidad al no hacerse referencia en la caracterización de los hechos que estos eran "manifiestamente infundados", se superó tácitamente la discusión propuesta por el Estado en relación al cumplimiento del artículo 47.c de la Convención, adujeron también que esta excepción no se planteó en el momento procesal respectivo que es la etapa de admisibilidad.

45. La Corte nota que el Estado presentó alegatos en los cuales afirmó que los representantes de la presunta víctima no han aportado pruebas que acrediten que por falta de recursos al señor Duque se le suspendió el tratamiento antirretroviral que le había sido prescrito. Este Tribunal constata que lo alegado por el Estado se encuentra relacionado con

---

[35] *Cfr. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, párr. 25.

[36] De acuerdo con el Estado, la revisión del expediente evidencia la inexistencia de cualquier documento o declaración que demuestre la desafiliación del señor Duque al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social o la negativa al suministro de la atención prescrita por su médico tratante.

[37] La Comisión alegó que no analizaba en la etapa de admisibilidad si existe prueba o no para acreditar los hechos alegados. Unicamente, de ser probado en la etapa de fondo, un hecho puede constituir una violación a la Convención Americana o a otros instrumentos interamericanos aplicables.

la valoración de los medios de prueba para la determinación de hechos que podrían fundamentar una alegada violación al derecho a la integridad personal y al derecho a la vida. En consecuencia, lo alegado por el Estado no constituye una excepción preliminar ni una causal de inadmisibilidad bajo el artículo 47 de la Convención Americana. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte tomará en cuenta los alegatos del Estado para la determinación de los hechos del caso en el acápite correspondiente al fondo.

C. Falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal

C.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes

46. El *Estado* alegó que la acción de tutela constituye un mecanismo judicial adecuado y efectivo para lograr protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida cuando se vean amenazadas a causa de la prestación irregular del servicio médico, por lo que el señor Duque debía agotar dicho recurso frente a los hechos alegados de falta de continuidad en el tratamiento antirretroviral. Además, señaló que si el señor Duque consideraba que se le realizaban cobros que no tenía la posibilidad de sufragar o que se estaba interrumpiendo el tratamiento antirretroviral, contaba con la posibilidad de entablar una acción de tutela, que no se encontraba ligada a la reclamación del derecho pensional en cuestión.

47. La *Comisión* indicó que el Estado colombiano ya contó con la oportunidad de resolver la situación relativa a la salud del señor Duque, pues ese tema fue expresamente planteado mediante la acción de tutela que fue negada en dos instancias y no fue seleccionada por la Corte Constitucional de Colombia para revisión. Por otra parte, la Comisión señaló que la violación principal en el presente caso es la negativa al reconocimiento de los derechos pensionales del señor Angel Duque. Las circunstancias a las que pudo estar expuesto en cuanto a su tratamiento de salud, constituyen hechos conexos a la violación principal y, en tal circunstancia, no es la práctica de los órganos del sistema interamericano, por no atender a parámetros de razonabilidad, exigir el agotamiento de los recursos internos de manera separada y autónoma frente a cada uno de los efectos derivados de una violación principal.

48. Los *representantes* alegaron que la fragmentación hecha por el Estado del derecho a la vida digna y la integridad personal por un lado, y la evaluación de acceso a un recurso efectivo para proteger su derecho a no ser discriminado en el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, no permite vislumbrar que el primero se puso en riesgo por el cambio de circunstancias de la atención derivada de la falta de recursos económicos al negarse la prestación, mientras que la afectación del segundo intrínsecamente se deriva del comportamiento del fondo de pensiones y las autoridades judiciales. Asimismo, los representantes alegaron que la tutela respecto del derecho a la vida digna era irrelevante e ineficaz porque le concedía la continuidad del servicio pero no la calidad diferenciada del régimen contributivo respecto del subsidiado y las posibilidades de una mayor supervivencia.

C.2. Consideraciones de la Corte

49. La Corte reitera que, para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, en el momento procesal oportuno, esto es, durante el procedimiento de

admisibilidad ante la Comisión (*supra* párr. 23). Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos.

50. En el presente caso, el Estado consideró que no fueron agotados los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal, los cuales eran la acción de tutela para lograr protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida cuando se vean amenazadas a causa de la prestación irregular del servicio médico. Por su parte, la Comisión planteó que: a) el Estado colombiano ya contó con la oportunidad de resolver la situación relativa a la salud del señor Duque, pues ese tema fue planteado mediante la acción de tutela que fue negada en dos instancias, y b) la violación principal en el presente caso es la negativa al reconocimiento de los derechos pensionales del señor Angel Duque y que las circunstancias a las que pudo estar expuesto en cuanto a su tratamiento de salud, constituyen hechos conexos a la violación principal.

51. La Corte advierte que la acción de tutela presentada por el señor Duque el 26 de abril de 2002 solicitaba que el juez competente para conocer de esa acción "ordenar[a] al gerente general de COLFONDOS y/o quien corresponda, [que] reconozca y pague la sustitución pensional al señor Ángel Alberto Duque como sustituto de su compañero [J.O.J.G.]. Como consecuencia de lo anterior se garantiza el derecho a la salud del accionante, ya que al acceder a la pensión también tiene derecho a la seguridad social en salud. Lo anterior ya que, conforme lo certifica el médico tratante, si el accionante deja de tomar el tratamiento antirretroviral fallecerá"[38] (*supra* párr. 69).

52. Por su parte, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, que denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, señaló con respecto al derecho a la salud del señor Duque que: "se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el Estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN"[39].

53. En el presente caso no consta como hecho probado que el Estado hubiese negado algún tratamiento de salud a la presunta víctima como un hecho independiente del reconocimiento de una pensión de sobrevivencia, en cuyo caso, dada la diferente naturaleza de las pretensiones, hubiese sido necesario que el señor Duque agotara los recursos internos relacionados con la falta de atención en salud. Por el contrario, los alegatos de los representantes se refieren a los supuestos efectos sobre la integridad personal del señor Duque derivados de la presunta falta de acceso a un régimen de salud de tipo contributivo como consecuencia de que no se le hubiese otorgado la pensión sustitutiva. En ese sentido, los representantes, que no controvierten que el señor Duque podía acceder al régimen de salud de tipo subsidiado, alegan que el mismo no le permitía acceder a un tratamiento equivalente al que tenía en el régimen contributivo, lo que habría puesto en riesgo su vida e integridad.

54. La Corte constata que la violación del derecho a la salud alegada en la demanda de tutela por el señor Duque, estaba en estrecha conexidad con la reclamación del acceso a un régimen de protección específico del derecho a la salud, régimen contributivo al cual, en principio, la presunta víctima supuestamente sólo podría acceder con el reconocimiento de la calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente. Desde esa perspectiva, resulta

[38] Acción de tutela presentada por Germán Humberto Rincón Perfetti en representación del señor Duque del 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 7).

[39] Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

razonable inferir que los recursos internos fueron agotados mediante la presentación de la acción de tutela, al margen de lo alegado por el Estado, en el sentido de que el señor Duque tenía a su disposición recursos judiciales específicos que no fueron agotados en relación con violaciones concretas del derecho a la salud.

55. En consecuencia, este Tribunal encuentra que, por considerar que los representantes vinculan la alegada violación a los derechos a la vida e integridad personal a la imposibilidad del señor Duque de acceder a un régimen contributivo por no ser beneficiario de una pensión sustitutiva, los alegatos de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal se encuentran subsumidos en los alegatos de falta de agotamiento de los recursos internos frente a la posibilidad de acceder a la pensión desarrollados. Por tanto, esta Corte se remite a las consideraciones desarrolladas en los párrafos 23 a 43, y desestima esta excepción preliminar.

V
CONSIDERACIONES PREVIAS

56. Durante el trámite del presente caso, el *Estado* planteó en varias oportunidades que reconocía la existencia de un "hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del período de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo" y "que fueron aplicadas en Colombia". El Estado agregó que "este hecho ilícito internacional que existió en el Estado de Colombia, no activa inmediatamente la exigibilidad de ese hecho ilícito internacional ante [la] Corte". Con respecto al momento del inicio de ese hecho ilícito internacional, el Estado no se refirió a una fecha, aunque comentó que no era "necesario determinar ese momento para efectos de analizar la responsabilidad internacional en el presente caso" y que lo "relevante en este punto es analizar si (a) cesó el hecho ilícito internacional, (b) cuándo cesó el hecho ilícito internacional y (c) qué incidencia tiene esta cesación para el pronunciamiento de la [Corte]".

57. El *Estado* indicó asimismo que "mucho antes que el caso fuera sometido a la […] Corte e incluso antes que fuera proferido el Informe de Admisibilidad por parte de la […] Comisión, el hecho ilícito internacional principal cesó [puesto que] la jurisprudencia de la Corte Constitucional y particularmente la sentencia C-336 de 2008 tuvo la capacidad de modificar las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional". Sobre ese extremo, el Estado arguyó que "el hecho ilícito internacional en este caso se produ[jo] por la vigencia de unas normas, y no por la actuación de los jueces que las aplicaron".

58. Por otra parte, el "Estado reconoce que hubo un efecto que siguió subsistiendo después de la cesación del hecho ilícito [mediante sentencia C-336 de 2008], que consistió en dos cuestiones que no dejó clara la sentencia. La primera, cuales eran [los] efectos en el tiempo de la sentencia y la segunda cuales eran los medios de prueba para probar la unión de parejas del mismo sexo para efectos del pago de la pensión". Añadió, sin embargo, que esos efectos "desaparecieron con la jurisprudencia posterior vinculante de la Corte Constitucional que termino de consolidarse en el año 2010" por cuanto "con la emisión de la sentencia T051 de 2010, se aclararon los puntos previamente mencionados".

59. En suma, el Estado: a) reconoció que se produjo un hecho ilícito internacional continuado, toda vez que la normatividad interna colombiana que estaba en vigor para el año 2002, no permitía el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo. De acuerdo a lo planteado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-336 de 2008, "no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de

sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales"[40]; b) señaló que ese hecho ilícito había cesado con la emisión de la referida sentencia C-336 la cual modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional y reconoció el derecho de una pareja del mismo sexo para acceder a la pensión de sobreviviente bajo las mismas condiciones que los integrantes de una unión heterosexual, y c) afirmó que se había reparado los efectos del hecho ilícito internacional al garantizar un recurso adecuado y efectivo para el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo.

60. Este Tribunal recuerda que el artículo 62 de su Reglamento dispone que "[s]i el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos".

61. En el presente caso, la Corte constata que el reconocimiento de la existencia de un hecho ilícito internacional por parte del Estado no es sinónimo de un reconocimiento de la responsabilidad internacional por la violación de algún derecho de la Convención. Por el contrario, el argumento del Estado es que no es posible declarar la responsabilidad por la violación al derecho a la igualdad ante la ley puesto que la normatividad interna colombiana fue modificada y sus efectos reparados, por lo que el Estado habría subsanado el hecho ilícito internacional, impidiendo de esa forma, de conformidad con el principio de complementariedad, que la Corte reconozca la violación a la Convención.

62. En consecuencia, la Corte concluye que el reconocimiento realizado por el Estado no equivale a un reconocimiento internacional de responsabilidad, en los términos de lo dispuesto en el artículo 62 de su Reglamento, ni tampoco incluye la reparación del hecho ilícito referido. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera que ese alegato del Estado puede producir efectos jurídicos tanto en el marco de la alegada violación del artículo 24 de la Convención Americana y eventuales reparaciones.

VI
PRUEBA

A. Prueba documental, testimonial y pericial

63. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión, los representantes y el Estado, adjuntos a sus escritos principales. Asimismo, el Tribunal recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) por un testigo[41] y seis peritos[42]. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de la presunta víctima Ángel Alberto Duque, el testigo Juan Manuel Trujillo Sánchez, y los peritos René Urueña, Rodrigo Uprimny Yepes y Macarena Sáez.

---

[40] Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1375).

[41] Ricardo Luque Núñez.

[42] Miguel Rueda Sáenz, Fernando Ruiz, Robert Wintemute, Stefano Fabeni, Juan Carlos Upegui y Roberto Saba.

B. Admisión de la prueba

64. El Tribunal admite los documentos presentados en la debida oportunidad procesal por las partes y la Comisión, cuya admisibilidad no fue controvertida ni objetada[43]. Respecto a algunos documentos señalados por medio de enlaces electrónicos, la Corte ha establecido que, si una parte o la Comisión proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal porque es inmediatamente localizable por la Corte, por la otra parte o la Comisión[44]. En este caso, no hubo oposición u observaciones de las partes ni de la Comisión sobre la admisibilidad de tales documentos.

65. Asimismo, la Corte estima pertinente admitir las declaraciones rendidas en audiencia pública y ante fedatario público, en cuanto se ajusten al objeto definido por la Resolución que ordenó recibirlos[45] y al objeto del presente caso.

C. Valoración de la prueba

66. Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 48, 50, 51, 52, 57 del Reglamento, así como en su jurisprudencia constante en materia de prueba y su apreciación, la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión en los momentos procesales oportunos, las declaraciones y dictámenes rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público (*affidavit*) y en la audiencia pública. Para ello se sujeta a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente, teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio y lo alegado en la causa[46].

VII
HECHOS

67. En el presente capítulo se exponen los principales hechos del caso de acuerdo al siguiente orden: a) situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja; b) marco legal del sistema de seguridad social en Colombia; c) acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, y d) jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional de Colombia.

---

[43] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo,* párr. 140, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 33.

[44] *Cfr. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 35.

[45] Los objetos de las declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte de 2 de julio de 2015.

[46] *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37 párr. 76, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 42.

A. *Situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja*

68. Es un hecho no controvertido por el Estado que el señor Ángel Alberto Duque y el señor J.O.J.G convivieron como pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que señor J.O.J.G falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida[47].

69. El 4 de agosto de 1997 el señor Duque ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral con azt-3ct-idv-rtv (800/100mg), el cual no debía suspenderse, ya que esa circunstancia podría implicar un riesgo de muerte[48].

70. El señor J.O.J.G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.)[49]. Ante el fallecimiento del señor J.O.J.G, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque solicitó por medio de un escrito que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero[50]. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió al requerimiento formulado por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia[51]. En particular, COLFONDOS señaló lo siguiente[52]:

> [L]a legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo.

B. *Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia*

71. La Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 estableció el sistema de seguridad social integral, el cual se entiende como "el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida […], para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"[53]. El artículo 10 de esta ley estipula que el objeto del sistema general de pensiones es "[…] garantizar a la población, el

---

47 *Cfr*. Petición presentada por la presunta víctima a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4). Acción de tutela interpuesta por la presunta víctima el 26 de abril (expediente de prueba, folio 7).

48 *Cfr.* Seguro Social, Certificación médica, 17 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 21).

49 *Cfr*. Petición presentada por la presunta víctima a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4).

50 *Cfr*. Petición presentada por la presunta víctima a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4).

51 *Cfr.* Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – COLFONDOS S.A., Officio No. OCI-E-P-1487-02-, 3 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 63).

52 Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – COLFONDOS S.A. Officio No. OCI-E-P-1487-02-, 3 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 63).

53 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, preámbulo (expediente de prueba, folio 1294).

amparo contra las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte [...]"[54] y por otro lado, el artículo 15 del mismo cuerpo legal determina que la afiliación al sistema de pensiones es obligatoria para aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo[55].

72. Asimismo, el artículo 47 de dicha norma, que se encontraba vigente al momento de los hechos, establecía que eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes "[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite"[56]. Por su lado, el artículo 74 que estaba vigente al momento de los hechos señalaba que[57]:

> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que ésta cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido […]

73. Por otra parte, la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990 que regula las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, definía en su artículo 1 la unión marital de hecho en Colombia de la siguiente forma: "[p]ara todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho"[58].

74. En la misma línea, el decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, el cual es reglamentario de la Ley 100 de 1993, establecía en sus artículos 10 y 11[59]:

> Artículo 10. Compañero o Compañera Permanente. Para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años.
>
> Tratándose del pensionado, quien cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.
>
> Artículo 11. Prueba de la calidad de Compañero Permanente. Se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley. En todo caso las entidades administradoras indicarán en sus reglamentos los medios de prueba idóneos para adelantar el procedimiento de reconocimiento respectivo.

75. Con respecto a las afiliaciones a los sistemas de salud, el artículo 157 de la aludida Ley 100 de 1993, existen dos clases de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en

---

[54] Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 10 (expediente de prueba, folio 1300).

[55] *Cfr.* Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 15 vigente al momento de los hechos (expediente de prueba, folio 1320).

[56] Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 47 vigente al momento de los hechos (expediente de prueba, folios 2871 y 2872).

[57] Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 74 vigente al momento de los hechos (expediente de prueba, folios 2879 y 2880).

[58] Congreso de la República de Colombia, Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, Diario Oficial No. 39.615, artículo 1 (expediente de prueba, folio 1368).

[59] Presidente de la República de Colombia, Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, Diario Oficial No. 41.480, artículos 10 y 11 (expediente de prueba, folio 1363).

Salud. Una de ellas es la de los afiliados mediante el régimen contributivo, estando incluidas dentro de esta clase las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago[60]. La otra clase incluye a la población más pobre y vulnerable del país, aquellas personas sin capacidad de pago, afiliados mediante el régimen subsidiado[61]. En esta clase de afiliados, tendrán prioridad "las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago"[62].

76. El artículo 162 de la norma citada establece los servicios de salud que corresponden a cada régimen de afiliación en los siguientes términos[63]:

> Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley.
>
> Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.

C. Acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia

77. El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y se pagara la sustitución de la pensión a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva[64]. Para fundamentar la acción de tutela, se argumentó, entre otras cosas, que efectivamente formaba una pareja con el señor J.O.J.G, que no tenía rentas propias, que vivía con VIH y estaba bajo un tratamiento antirretroviral que no podía suspenderse, que al morir su pareja perdería la afiliación a la entidad prestadora de servicios de salud y que en todo caso, al tener acceso a la pensión de sobreviviente,

---

60 *Cfr.* Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 157(A)(1) (expediente de prueba, folios 2911 y 2912).

61 *Cfr.* Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 157(A)(2) (expediente de prueba, folio 2912).

62 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 157(A)(2) (expediente de prueba, folio 2912).

63 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 162 (expediente de prueba, folio 2914).

64 *Cfr.* Acción de tutela presentada por la presunta víctima el 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folios 6 a 19).

contaría con los servicios de salud que su condición requería[65]. Asimismo, el señor Duque argumentó que al no otorgársele la sustitución de pensión constituía una violación a los derechos a la vida, la igualdad, el derecho a constituir una familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social, la prohibición de tratos degradantes, la libertad de conciencia, la diversidad cultural y la dignidad humana[66].

78. El Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, al sostener lo siguiente[67]:

> […] el accionante, no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisprudencial ha reconocido en este sentido, algún derecho a las parejas de homosexuales, que es un hecho, una realidad de la vida, pero que están a la expectativa que en algún momento el legislador se pronuncie, como lo hizo frente a la materialidad que represent[ó] en alguna época las relaciones maritales de hecho.
>
> [...] El Despacho concluye, entonces, que la acción es improcedente y adicionalmente, puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 03 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante, es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el artículo sexto del Dec. 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial.
>
> Con dicha respuesta negativa de la entidad accionada, de ninguna manera se vislumbra vulneración de alguno de los derechos invocados por el accionante, toda vez que dicha decisión se encuentra más que ajustada a derecho, pues constituye elemental aplicación de normas de orden legal y constitucional y por ende, no reconocer derechos que no ha establecido aún ni el legislador y la primera carta. Por lo mismo, inaplicar las normas mencionadas o acceder al amparo solicitado, implica ir en contra de la constitución y la ley.
>
> En este orden de ideas, se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el Estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN.

79. La resolución anterior fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá en los siguientes términos[68]:

> No s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su

---

65 *Cfr.* Acción de tutela presentada por la presunta víctima el 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folios 7 y 8).

66 *Cfr.* Acción de tutela presentada por la presunta víctima el 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folios 11 a 16).

67 Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

68 Juzgado Doce Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, Sentencia, 19 de julio de 2002 (expediente de prueba, folios 92 y 93).

> fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos.
>
> En este orden de ideas, tuvo razón la entidad de seguridad social cuando emitió concepto negativo a la pretensión pensional del ciudadano promotor de la acción de tutela, pues la pensión de sobrevivientes tiende a proteger la familia y, como se entiende, hasta ahora, en nuestro medio, la familia se forma por la unión de hombre y una mujer únicos potencialmente capaces de conservar la especie, mediante la procreación de los hijos. Así, la unión homosexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, en sí misma, no constituye una familia. Una cosa es la relación íntima que pueda existir entre las parejas del mismo sexo y otra la relación que conforma una familia.

80. El 26 de agosto de 2002 el expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional, pero no fue seleccionado para su estudio y revisión.

D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional

81. A partir del año 2007 la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido jurisprudencialmente a parejas del mismo sexo los beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad. La Corte estableció que la referida Ley 54 de 1990 (que regula lo relativo a la unión marital de hecho) también aplica para las parejas del mismo sexo y que, por tanto, estas parejas gozarán de dicho régimen de protección en la medida en que cumplan los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de dichas uniones maritales[69]. Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura de las parejas del mismo sexo y que, para el efecto, la comprobación de dicha calidad y de la vocación de permanencia de la pareja debía regularse por el mismo mecanismo que aplica a las parejas heterosexuales[70].

82. En el año 2008 la Corte Constitucional de Colombia concluyó a través de la sentencia C-336 que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes[71]. Asimismo, desde el año 2010 ese mismo tribunal Constitucional consideró en varias sentencias que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiera acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no justificaba que pudiese negarse la pensión de sobrevivencia al miembro supérstite y además que no era constitucionalmente válido proveer solo de una vía para acreditar su unión permanente a las parejas del mismo sexo, mientras que las parejas heterosexuales disponían de cinco vías para el efecto y que, por tanto, debían otorgarse los mismos mecanismos en ambos casos[72].

---

69 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007, párrafos 6.2.3.2, 6.2.4 y 6.3 (expediente de prueba, folios 1924 a 1926).

70 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-811 de 3 de octubre de 2007, apartado 6 (expediente de prueba, folios 1990 a 1992).

71 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1411).

72 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-051/10 de 2 de febrero de de 2010, párrafo 6.7 (expediente de prueba, folios 1528 y 1529), y Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-860/11 de 15 de noviembre de 2011 (expediente de prueba, folios 1570 y 1572).

VIII
FONDO

83. En atención a las violaciones de derechos de la Convención alegadas en el presente caso, la Corte realizará el siguiente análisis: 1) el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación; 2) los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, y 3) el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida.

VIII-1
EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

84. La *Comisión* alegó que la denegatoria de la pensión de sobreviviente al señor Duque se habría basado expresa y exclusivamente en que su pareja con J.O.J.G. estaba conformada por personas del mismo sexo, sin que haya existido referencia a otras razones. Además consideró que, aunque los motivos esgrimidas por las autoridades administrativas y judiciales para excluir al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia obedecieron a la necesidad de "proteger la familia" siendo que en el caso colombiano para ese momento, por familia debía entenderse como la constituida por un hombre y mujer, ese razonamiento podría operar tan sólo sobre la base de un "concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana". Agregó que el Estado no demostró un vínculo causal entre el fin de proteger una forma particular de familia y la exclusión al acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobreviviencia.

85. Del mismo modo la Comisión indicó que el Estado no había desvirtuado la presunción de inconvencionalidad de la diferencia de trato y que por el contrario éste reconoció que con anterioridad a la sentencia C-336 de 2008 había una situación de discriminación para las parejas del mismo sexo en cuanto a las posibilidades de acceder a dicha pensión, que además calificó como "ilícito internacional". Finalmente, consideró que el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, consideró que el Estado violó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, contempladas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

86. Los *representantes* señalaron que en abril de 2002 las parejas del mismo sexo no tenían reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes, situación por la cual habría sido negado este beneficio al señor Duque, por lo que *ab initio* existiría una discordancia entre la Convención y el ordenamiento interno colombiano. Argumentaron que los motivos que se adujeron para negarle la pensión de sobrevivencia al señor Duque no soportan ningún juicio de razonabilidad y objetividad, tanto la falta de reconocimiento legal del derecho, como el fin de protección de la familia conformada por un hombre y una mujer. Con respecto al alegato del Estado consistente en sostener que el hecho ilícito internacional había cesado y habría sido reparado con posterioridad, reconocieron que la sentencia C-336 de 2008 "fue un avance significativo en el inició de la superación del hecho de discriminación en los derechos pensionales de los compañeros supérstites de las parejas homosexuales, pero fue

insuficiente y conllevó muchos problemas en su implementación"[73]. Asimismo, respecto de la sentencia T-051 de 2010, soslayaron que esa providencia "solamente atañe a las partes que se involucraron en el caso (efectos *inter comunis*), no a la víctima, aparte que su promulgación no evitó el surgimiento de problemáticas iguales"[74]. Por último arguyeron que aceptando que a partir de la sentencia T-051 de 2010 "pudiera colegirse alguna reparación, automáticamente no se traduce en una sustracción de la competencia y conocimiento de la Corte. Esa acción puede tener efectos en la determinación y monto de las reparaciones pero no se constituye en un impedimento para decidir el asunto puesto en conocimiento del alto tribunal, máxime cuando fue muy posterior tanto a los hechos como al inicio del trámite en el sistema interamericano".

87. Los *representantes* concluyeron que "a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, sus presupuestos no se cumplen ni se sancionan efectivamente en el ordenamiento interno". Por tanto, consideraron que el Estado vulneró el artículo 24 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, porque faltó al deber de adoptar disposiciones en su ordenamiento jurídico interno que evitaran un trato desigual y discriminatorio por la orientación sexual.

88. El *Estado* argumentó que si bien existió un hecho ilícito internacional, el mismo cesó con la sentencia C-336 de 2010 de la Corte Constitucional que lo declaró, y los efectos de ese hecho que habrían subsistido desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo. De acuerdo con el Estado, el hecho ilícito internacional en este caso se produce por la vigencia de unas normas, y no por la actuación de los jueces que las aplicaron, por lo que el hecho ilícito internacional cesó con la modificación de dichas normas. Además, señaló que las obligaciones secundarias subsistentes del Estado, en particular el deber de reparar, serían hoy protegidas por la existencia de recursos internos adecuados y efectivos a lo interior del Estado; y las razones por las cuales estos recursos no se han activado dependen exclusivamente del señor Duque, por lo que no podrían ser trasladadas al Estado y dependería de la presunta víctima activar esos recursos.

B. Consideraciones de la Corte

89. A continuación, la Corte pasa a desarrollar sus consideraciones siguiendo el siguiente orden: a) derecho a la igualdad y a la no discriminación; b) el derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, c) la alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente caso, y d) conclusión.

B.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

90. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando

---

[73] Asimismo, los *representantes* señalaron que "empezando por la propia Corte Constitucional, existen diferencias jurisprudenciales entre el régimen probatorio aplicable y el tiempo de vigencia de la sentencia, lo que, aterrizado a la realidad cotidiana provoca que, aún en la actualidad, se presenten numerosos casos en los que se niega a las parejas del mismo sexo la pensión de sobrevivencia por parte de fondos privados y públicos de pensiones aduciéndose la falta de legislación".

[74] Del mismo modo indicaron que ni siquiera respecto al monto económico de las mesadas dejadas de "percibir se puede colegir que una reclamación pensional fundada en los parámetros de la C-336 de 2008 y su consolidación, según el […] Estado desde la sentencia T-051 de 2010, integralmente concedería los dineros de la prestación dejados de percibir por Ángel Alberto Duque ya que solamente procedería a desembolsársele los últimos tres años anteriores a la presentación de la reclamación porque los demás prescribirían conforme a la regla del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo".

como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[75] y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[76], el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha definido la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"[77].

91. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación[78]. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico[79].

92. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*[80]. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros

---

[75] El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

[76] Véase *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81. Asimismo el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

[77] Véase *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 81. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, párr. 6.

[78] *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55 y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216.

[79] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso *Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 216.

[80] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 103, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 220.

que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias[81].

93. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma[82]. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional[83]. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación[84].

94. Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"[85]. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación[86]. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana[87] en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

95. En el presente caso, los representantes y la Comisión alegaron que el Estado había violado el principio de igualdad y no discriminación por dos motivos: a) por la existencia de normas, a saber el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 y el artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994 (*supra* párrs. 73 y 74), que impedían al señor Duque acceder a la pensión

---

[81] *Cfr*. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 201, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 220. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

[82] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 53, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 214.

[83] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85, *y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr. 214.

[84] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr. 214.

[85] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, párrs. 53 y 54, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 217.

[86] *Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 186, *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 217.

[87] *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209, y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 243.

de sobrevivencia sin discriminación al establecer que únicamente pueden ser considerados como compañeros permanentes, o que pueden conformar las uniones maritales de hecho, las personas de sexo diferente, y b) por la actuación de las autoridades administrativas y judiciales que excluyeron al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia (*supra* párrs. 70, 78 y 79).

96. Con respecto al primer punto, tomando en consideración que la alegada discriminación se refiere a una presunta protección desigual de la ley interna corresponde a este Tribunal analizar ese hecho a la luz del artículo 24 de la Convención Americana. En cuanto al segundo punto, el mismo será analizado en el capítulo correspondiente a las garantías judiciales.

B.2. El derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso

97. Como fuera mencionado, para el mes de abril de 2002, la normatividad colombiana vigente negaba a las parejas del mismo sexo un reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes, lo cual sería constitutivo de una violación del derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la Convención.

98. La Corte recuerda que el Estado mencionó en sus escritos principales y durante la audiencia pública que "reconoce que existió un hecho ilícito internacional continuado durante al menos parte del período de tiempo [en] que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo" el cual también fue declarado mediante la sentencia C-336 de 2008. El Estado agregó que ese hecho ilícito internacional se había configurado por la mera existencia de normas que "no permitían el pago de pensiones a parejas del mismo sexo y que fueron aplicadas en Colombia". En cuanto a los efectos temporales de ese hecho ilícito internacional, el Estado no precisó el momento exacto a partir del cual esas normas debían considerarse discriminatorias, únicamente indicó que lo anterior fue declarado en el año 2008 por la Corte Constitucional de Colombia y que además consideraba que no era "necesario determinar ese momento para efectos de analizar la responsabilidad internacional en el presente caso".

99. Con respecto a lo anterior, este Tribunal toma nota del hecho que el Estado no discute el carácter ilícito y contrario a la Convención Americana de las normas internas que no permitían el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo reconocido por el Estado, corresponde a la Corte determinar si, efectivamente, las disposiciones internas colombianas relativas a las pensiones de sobrevivencia eran discriminatorias y contrarias al derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la Convención Americana al momento de ocurrencia de los hechos del caso, y si fueron aplicadas en el presente caso.

100. A continuación, la Corte pasa a examinar si las referidas normas (los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994) eran discriminatorias a la luz de lo establecido en el artículo 24 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Para llevar a cabo ese análisis, corresponde a este Tribunal determinar: a) si esas normas establecían una diferencia de trato; b) si esa diferencia de trato se refería a categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y c) si esa diferencia de trato revestía un carácter discriminatorio.

B.2.1. La diferencia de trato en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994

101. En primer término la Corte recuerda que el artículo 47 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 establecía al momento de los hechos del caso que eran beneficiarios de

la pensión de sobrevivientes "[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite" y que artículo 74 de la misma ley señalaba que en "caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que ésta cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte […]" (*supra* párr. 74).

102. Asimismo, la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, definía unión marital de hecho como "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho" (*supra* párr. 73). Asimismo, el Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, el cual es reglamentario de la Ley 100 de 1993, establecía en sus artículos 10 y 11 que para los "efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años" (*supra* párr. 74).

103. La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión.

B.2.2. La orientación sexual y las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana

104. La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual[88].

105. En ese sentido, el instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención[89]. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

B.2.3. El alegado carácter discriminatorio de la diferencia de trato establecido en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994

---

88 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 91.

89 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 93.

106. Con respecto a lo anterior, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable[90], es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido[91]. Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva[92].

107. En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad.

108. En lo que respecta al derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha indicado que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda, o tenga por efecto, anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social[93].

109. Asimismo, en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que en "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación[94].

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

---

90 *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 219.

91 *Cfr. Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile,* párr. 200, y E González *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 219.

92 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. L 257. Asimismo, *Mutatis mutandi*, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs.* Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 124, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 228.

93 *Cfr.* Consejo Económico y Social (CESCR), *Observación General Nº 19: el derecho a la seguridad social (artículo 9)*, 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 29.

94 *Cfr.* Consejo Económico y Social (CESCR), *Observación General Nº 20*: *la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),* 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20. párr. 32

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[95].

111. El Comité de Derechos Humanos ha resuelto que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión, y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión, no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas[96].

112. A continuación, el Tribunal se referirá a cierta normatividad y jurisprudencia de algunos de los países de la región que han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo estableciendo que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para hacer realidad los derechos a acceder a una pensión de sobrevivencia.

113. En el caso de la Ciudad de México, está permitida la "sociedad de convivencia" de las parejas del mismo sexo desde el año 2006[97] y el matrimonio desde 2009[98]. Este estatuto otorga varios derechos patrimoniales. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: "[l]a ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[l] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional"[99]. La Suprema Corte señaló que vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales[100].

114. En Uruguay, desde el año 2007, existe una ley sobre la Unión Concubinaria que se aplica a las parejas del mismo sexo que incluye a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia a las personas que hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual[101]. Por su parte, Uruguay autoriza el matrimonio de las parejas del mismo sexo desde el 2013[102].

---

95 *Cfr. Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, March 2007. Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.

96 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, caso *Edward Young v. Australia,* Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), párr. 10.4 "The State party provides no arguments on how this distinction between same-sex partners, who are excluded from pension benefits under law, and unmarried heterosexual partners, who are granted such benefits, is reasonable and objective, and no evidence which would point to the existence of factors justifying such a distinction has been advanced. In this context, the Committee finds that the State party has violated article 26 of the Covenant by denying the author a pension on the basis of his sex or sexual orientation".

97 *Cfr.* México, DF, Asamblea legislativa del Distrito Federal, Ley de sociedad de convivencia para el Districto Federal, 16 de noviembre de 2006.

98 *Cfr.* México, DF, Código civil para el Distrito Federal, modificado por la ley de 29 de diciembre de 2009.

99 México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015.

100 *Cfr.* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015.

101 *Cfr.* Uruguay, Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Ley N. 18.246, "Unión Concubinaria", 27 de Diciembre de 2007, Artículo 14.- Agregase al artículo 25 de la Ley Nº 16.713, de 3 de setiembre de 1995, el siguiente literal: Las concubinas y los concubinos, entendiéndose por tales las personas que,

115. En el caso de Argentina, la ciudad de Buenos Aires autoriza la unión civil de las parejas del mismo sexo desde el 2002[103]. La Ley 1004 precisa que, en cuanto al ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios, "los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges"[104]. A nivel nacional, el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal desde el 2010[105]. La ley precisa que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"[106]. Además, desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo[107]. En 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo a partir de la muerte de su pareja[108].

116. En Brasil, el 10 de diciembre de 2010, un decreto ejecutivo reconoció el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de su pareja[109]. Además, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció las parejas de mismo sexo y les garantizó los mismos derechos que los de las parejas heterosexuales[110]. Asimismo, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia declaró que no es posible negar el matrimonio o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo sobre la base del principio de no discriminación[111].

117. Del mismo modo, en Chile, a partir de octubre de 2015, los convivientes civiles de mismo sexo tienen los mismos derechos en materia de pensión que las parejas heterosexuales[112].

118. Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha realizado el análisis de los principios y tradiciones que deben ser discutidos para demostrar que la protección del derecho a casarse aplica con igual fuerza para las parejas del mismo sexo. En

---

hasta el momento de configuración de la causal, hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual y que no resultare alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del Código Civil".

[102] *Cfr.* Ley Nº 19.075, aprobada por el Parlamento el 10 de abril 2013 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 3 de mayo 2013.

[103] *Cfr.* Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Ley N. 1004, 12 diciembre de 2002

[104] Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Ley N. 1004, 12 diciembre de 2002, artículo 4.

[105] *Cfr.* Argentina. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, ley 26.618, "matrimonio civil", sancionada el 15 de Julio de 2010, promulgada el 21 de Julio de 2010.

[106] Argentina. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, ley 26.618, "matrimonio civil", sancionada el 15 de Julio de 2010, promulgada el 21 de Julio de 2010, artículo 172.

[107] *Cfr.* Director ejecutivo de la administración nacional de la seguridad social, Resolución 671/2008, 19 de agosto de 2008.

[108] *Cfr.* Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de Junio de 2011.

[109] *Cfr.* Brasil, Superintendência Nacional De Previdência Complementar, Portaria Nº 941, 9 de diciembre de 2010.

[110] *Cfr.* Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, 5 de mayo de 2011.

[111] *Cfr.* Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 175, 14 de mayo de 2013.

[112] Chile, Ministerio Secretaria General De Gobierno, Ley No. 20.830, Del acuerdo de Unión civil y de los convivientes civiles, promulgada el 13 de abril de 2015 y publicada el 21 de abril de 2015. "Artículo 1°.- El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil. Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26".

ese sentido, la Corte Suprema ha determinado que si bien los Estados dentro del territorio estadounidense son, en general, libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas, a lo largo de la historia se ha agregado al matrimonio una lista en expansión de derechos gubernamentales, beneficios y responsabilidades. Estos aspectos incluyen: impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas, acceso al hospital, autoridad para tomar decisiones médicas, derechos de adopción, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, normas de apoyo y de visita[113].

119. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha indicado que la posibilidad de obtener la porción conyugal no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden vivir en pareja, en la medida en que la finalidad de esta figura consiste en equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común[114].

120. La Corte Constitucional señaló en la sentencia C-336 de 2008 sobre pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo que "el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana"[115].

121. Con respecto a las pensiones de sobrevivientes indicó que "corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante […]. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él". La Corte concluyó que "[a] la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas, que en ejercicio de sus derechos al

---

113 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. No. 14–556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

114 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-238 de 22 de marzo de 2012.

115 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1398).

libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género"[116].

122. En el mismo sentido, señaló que "no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales".

123. Del mismo modo, este Tribunal ha indicado que "la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana"[117].

124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

125. Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta del COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (*supra* párr. 79).

126. A continuación corresponde determinar si ese hecho ilícito internacional fue ulteriormente subsanado, al haber sido dejado sin efecto y reparado, en cuyo caso, no sería necesario reconocer la responsabilidad internacional del Estado.

B.3. La alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente caso

127. La Corte expresó que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos "consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren" y que "si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte". Además este Tribunal también indicó que "cuando una cuestión ha sido resuelta

[116] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1375 y 1376).

[117] *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 92.

definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su 'aprobación' o 'confirmación'"[118].

128. Asimismo, este Tribunal señaló que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos"[119]. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa[120].

129. En el presente caso, el Estado alegó que el hecho ilícito internacional (*supra* párr. 56) había cesado y había sido subsanado o reparado. Para ello, indicó que la sentencia C-336 de 2008 y la sentencia T-051 así como las subsiguientes, habían modificado la normatividad interna colombiana que ahora permite que se paguen pensiones a parejas del mismo sexo, por lo que en la actualidad el señor Duque contaría con un recurso adecuado y efectivo para solicitar la pensión de sobrevivencia (*supra* párr. 57).

130. Con respecto a lo anterior, la Corte constata que, efectivamente, las partes y la Comisión indicaron que la Corte Constitucional de Colombia modificó la legislación interna colombiana en el sentido de permitir el acceso a las pensiones de sobrevivencia para parejas del mismo sexo. Sin embargo, el Tribunal nota también que se alega que aún subsisten controversias con respecto a) a los requisitos para acreditar la calidad de compañero permanente y b) a los efectos retroactivos del cambio normativo.

131. En relación con el primer punto, la Corte constata que: a) la sentencia C-336 de 2008 estableció que la unión de hecho entre parejas del mismo sexo podía ser acreditada a través de una la declaración conjunta ante notario público de los interesados, y que b) la sentencia T-051 de 2010 estipuló que las reformas implementadas por la sentencia C-336 de 2008, en el sentido de reconocer que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobrevivencia en las mismas condiciones que una pareja heterosexual, resultaba también aplicable a los casos en que el deceso del causante se registró de manera previa a su emisión, aún cuando se hubiera realizado una reclamación previa a dicha fecha. Adicionalmente estableció que la unión permanente entre personas del mismo sexo, podía

---

[118] *Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33, y *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 136.

[119] *Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66, y *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, parr. 159.

[120] *Cfr. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú*, párr. 137. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú,* párr. 159.

ser acreditada a través de medios probatorios distintos a la declaración conjunta ante notario público de los interesados.

132. En consecuencia, el Estado indicó que siguiendo ese precedente, a partir del año 2010, el señor Duque se encontraba en condiciones de presentar una solicitud de pensión de sobrevivencia ante COLFONDOS en condiciones de igualdad con respecto a un cónyuge supérstite de una pareja heterosexual. Al respecto, COLFONDOS envió dos comunicaciones al señor Duque en los años 2014 y 2015, en las cuales le solicitó que remitiera la documentación necesaria "para realizar el reconocimiento pensional"[121].

133. La Corte destaca el significativo avance jurisprudencial realizado por el Estado de Colombia por medio de su Corte Constitucional desde el año 2008. Específicamente, en cuanto a los efectos retroactivos del cambio normativo, consta que: a) la sentencia C-336 de 2008 no señaló expresamente efectos retroactivos, y b) la sentencia T-051 del 2010 aclaró que la sentencia C-336 tiene efectos retroactivos, lo cual fue confirmado por otras sentencias de la Corte Constitucional de Colombia tales como la sentencia T-860 de 2011. Este desarrollo jurisprudencial constituye un adelanto importante en procura de hacer cesar el trato discriminatorio que resultaba contrario a los derechos convencionales.

134. Sin embargo, también consta que el Código Sustantivo del Trabajo prevé en su artículo 488 que "[l]as acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto", por lo cual el dinero que le podría corresponder a la prestación dejada de percibir por Ángel Alberto Duque en caso de que le fuera concedida la pensión de sobrevivencia únicamente abarcaría los últimos tres años anteriores a la presentación de la reclamación porque los demás prescribirían conforme a la regla del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

135. Por otra parte, la Corte constata que el Estado puso en duda que la pensión que podría haber reclamado el señor Duque tuviera como consecuencia la aplicación del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo impidiendo al señor Duque la percepción de sus pensiones no cobradas desde el año 2002. En ese sentido, se refirió a lo indicado por el testigo propuesto por el Estado, el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, el cual indicó "que la negación en [la] carta dada el 3 de abril de 2002 por COLFONDOS interrumpió o desanimó o desmotivó o cualquiera de estos términos al señor […] Duque para continuar con los pasos que el mismo estaba preguntando en su comunicación del 19 de marzo. Nosotros, bajo esa tesis, podríamos decir que si bien no fue una solicitud formal en los términos de la ley, si hubo una intención directa y expresa del señor […] Duque de interrumpir la prescripción de las mesadas y de reclamar su derecho"[122]. Sin embargo, el mismo Estado agregó que esa "decisión no corresponde únicamente al fondo de pensiones, pues se requiere de la intervención de la aseguradora, no se cuentan con elementos que permitan deducir que dicha entidad se negará a cubrir el riesgo previsional".

136. Con respecto a lo anterior, la Corte constata que, de acuerdo a lo alegado por el mismo Estado, no existe plena certeza en cuanto al hecho de que ese sería el criterio que seguiría la aseguradora, por lo cual, aun asumiendo que a partir del año 2010, el señor Duque se encontraba en condiciones de presentar una solicitud de pensión de sobrevivencia ante COLFONDOS en condiciones de igualdad con respecto a un cónyuge supérstite de una pareja heterosexual como lo afirma el Estado, no es posible saber plenamente si ese

[121] *Cfr.* Comunicaciones remitidas por COLFONDOS al doctor German Rincón Perfetti, el 7 de octubre de 2014 y el 26 de enero de 2015 (expediente de fondo, folios 2418 y ss.).

[122] Declaración del señor Testigo, Juan Manuel Trujillo durante la audiencia pública en el presente caso.

recurso sería efectivo para restituir al señor Duque, en caso de ser aprobada, la integralidad de las pensiones dejadas de percibir desde el año 2002, debido a la discriminación de la cual fue objeto.

137. De ese modo, la Corte constata que, de acuerdo a lo alegado por el Estado, el hecho ilícito internacional habría sido totalmente reparado con la emisión de la sentencia T-051 de 2010, fecha en la cual se habrían modificado la reglas para acreditar la condición de uniones de hecho (*supra* párr.82). Sin embargo, aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que éste fue objeto del trato diferente en el año 2002. En ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria.

B.4. Conclusión

138. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Angel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana.

139. En lo que respecta a la alegada violación al artículo 2 de la Convención, la Corte considera que atendiendo la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia en lo que respecta al reconocimiento y la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no cuenta con elementos para concluir que exista una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En vista de lo anterior, la Corte concluye que el Estado no es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento.

VIII-2.
LOS DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

140. La *Comisión* indicó que el objeto de la tutela interpuesta por el señor Duque era cuestionar la validez de la exclusión de parejas del mismo sexo del derecho a la pensión de sobrevivencia. Sin embargo, los jueces de tutela "declinaron su obligación de analizar los cuestionamientos planteados y otorgaron a la tutela un alcance limitado que resulta contrario a la Convención y a la propia jurisprudencia constitucional citada por el Estado". La Comisión consideró que en virtud de la remisión a los procesos ordinarios y la supuesta falta de tratamiento de las cuestiones formuladas, el señor Duque no habría contado con un recurso judicial efectivo para cuestionar la razonabilidad y proporcionalidad de la disposición que lo excluía como beneficiario de la pensión de sobrevivencia de su compañero.

141. Asimismo, señaló que los méritos de la acción de tutela - justificación, razonabilidad y proporcionalidad de las disposiciones cuestionadas - "no fueron debidamente analizados por las instancias judiciales sino que se rechazaron en base a una interpretación dogmática y formalista de la normativa vigente". Consideró que "los procesos judiciales perpetuaron

con sus decisiones los prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo, al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la "conservación de la especie y la procreación de los hijos". Concluyó que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención.

142. Los *representantes* señalaron que las acciones de reclamación promovidas por el señor Duque ante las autoridades públicas indican que éstas no le garantizaron el acceso a un debido proceso, ya que en primer término "reafirmaron la falta de legitimidad de las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes", y en segundo término "aduj[eron] que no era procedente para la reclamación de prestaciones sociales como la solicitada, agregándose que su finalidad era encaminada al resguardo de la familia conformada por un hombre y una mujer". Los representantes concluyeron que el señor Duque "no tenía ninguna posibilidad de contar con un recurso efectivo que tratara adecuadamente la razón de la exclusión y el tratamiento diferenciado a su petición por su condición sexual".

143. El *Estado* argumentó que no habría incurrido en responsabilidad internacional como consecuencia de las sentencias que decidieron la tutela interpuesta por la presunta víctima en el año 2002, ya que no habrían existido elementos en el derecho internacional que las exigieran ejercer un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales para fallar de manera favorable las pretensiones de la presunta víctima.

144. El *Estado* señaló que los jueces que emitieron las decisiones judiciales estaban aplicando las normas que se encontraban vigentes en Colombia al momento de interponerse el recurso de tutela; tomando en consideración que para la época en que fue fallada la tutela, ni la ley ni la jurisprudencia vigente permitían a los jueces apartarse de la interpretación vigente, según la cual no existía derecho a la pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Además, el Estado alegó que para el momento de las decisiones de primera y segunda instancia adoptadas por los jueces en Colombia respecto del caso del señor Duque, no se había desarrollado una interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos vinculantes para Colombia que permitiera el reconocimiento de derechos pensionales a parejas del mismo sexo.

B. Consideraciones de la Corte

145. La Corte ha considerado que el Estado tiene la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, conforme al artículo 25 de la Convención Americana, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal establecidas en el artículo 8.1 de la Convención, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención en el artículo 1.1 de la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción[123].

146. A continuación, la Corte realizará las consideraciones referentes a las alegadas violaciones a las garantías judiciales y la protección judicial, para ello analizará: 1) la alegada violación al artículo 25 de la Convención por la alegada inexistencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente, y 2) la alegada

[123] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 91, y *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301, párr. 258.

violación al artículo 8.1 de la Convención por la alegada aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales.

B.1. La existencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente

147. En lo que respecta al artículo 25.1 de la Convención, este Tribunal ha indicado que el mismo establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales[124]. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas[125].

148. La Corte también ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo[126], es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley[127]. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente[128]. De igual manera, un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas[129].

149. Asimismo, la Corte ha determinado que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios[130]. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales[131].

---

124 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 91, y *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 219.

125 *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237, y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 02 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 123.

126 *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24, y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

127 *Cfr. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 182, y *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 136.

128 *Cfr. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 117, y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

129 *Cfr. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 96, y y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

130 *Cfr.* Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 24, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 247.

131 *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 314.

150. En el presente caso, la Corte recuerda que el 19 de marzo de 2002 el señor Duque solicitó a COLFONDOS que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para recibir la pensión de sobrevivencia de su compañero J.O.J.G. (*supra* párr. 70). Posteriormente, el 3 de abril de 2002 COLFONDOS respondió al requerimiento formulado por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia (*supra* párr. 70). El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa de COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que en 48 horas se reconociera y se pagara la sustitución pensional a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva.

151. El 5 de junio de 2002 el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida y sostuvo que: "la acción es improcedente […] puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 3 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante, es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el artículo sexto del Decreto. 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial" (*supra* párr. 78).

152. La resolución de la tutela fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, que señaló lo siguiente: "[n]o s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos" (*supra* párr. 79).

153. En atención a lo anterior, la Corte analizará a continuación: i) si la tutela y la apelación fueron recursos efectivos en el presente caso, y ii) si es posible determinar que para el momento de los hechos no existían en Colombia recursos efectivos para solicitar la pensión de sobreviviente.

154. Respecto a la efectividad de la tutela y la apelación, la Corte recuerda que ha sido determinado que debido a la alegada urgencia derivada de la situación de salud del señor Duque, la acción de tutela era un recurso idóneo (*supra* párr. 32). No obstante lo anterior, la Corte nota que, al resolver la solicitud del señor Duque, las resoluciones de tutela y apelación manifestaron expresamente que de acuerdo al ordenamiento legal no era posible reconocer la pensión de sobreviviente por vía de tutela; indicándole que los recursos que podía interponer para solicitar la pensión era acudir a la vía contenciosa administrativa y, en su caso, a la interposición de los recursos de reposición o apelación en contra de la disposición emitida por COLFONDOS.

155. La Corte considera que no cuenta con elementos que le permitan concluir que la acción de tutela y la apelación interpuestas por la presunta víctima no fueron recursos efectivos, únicamente porque no tuvieron la conclusión jurídica que deseaba el señor Duque. Los jueces determinaron que la tutela no era el recurso adecuado para solicitar la pensión, considerando que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual y sólo desplaza los medios ordinarios en ciertos eventos, por ejemplo cuando el demandante acredita una situación de urgencia o la posibilidad de un perjuicio irremediable, situación en la que se determinó que no se encontraba el señor Duque. No obstante lo anterior, los jueces informaron al señor Duque de los recursos que si serían adecuados e idóneos para

solicitar la pensión[132]. La Corte recuerda que la obligación del Estado de conducir los procesos con apego a la garantía de protección judicial consiste en una obligación que es de medio o comportamiento y que no es incumplida por el solo hecho de que el proceso no produzca un resultado satisfactorio o no se arribe a la conclusión pretendida por la presunta víctima[133]. Asimismo, la Corte considera que no cuenta con elementos para determinar la inexistencia de una voluntad estatal de brindar protección jurídica al señor Duque, tomando en consideración que las resoluciones de primera y segunda instancia se resolvieron conforme a la normativa vigente, señalando las vías adecuadas para solicitar la pensión de sobrevivencia.

156. Por otro lado, para el análisis de la alegada inexistencia de recursos efectivos en Colombia es necesario considerar la existencia de las otras vías a las que hicieron alusión las sentencias de tutela y que no fueron interpuestas por la presunta víctima. En ese sentido, corresponde recordar que los jueces de tutela estimaron que el señor Duque no estaba en una situación de urgencia que le impidiera acudir a los medios ordinarios para solicitar la pensión de sobreviviente y que por ese motivo decidieron que la tutela no era el mecanismo idóneo para su reclamación siendo que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual y en esa medida sólo desplaza los medios ordinarios en ciertos eventos, como por ejemplo cuando el demandante acredita una situación de urgencia o la posibilidad de un perjuicio irremediable.

157. Derivado de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no cuenta con elementos que le permitan concluir que en Colombia no existía un recurso idóneo o efectivo para solicitar el pago de la pensión de sobreviviente, dado que no es posible realizar un análisis en abstracto acerca de la idoneidad o efectividad de los recursos que eran posibles en la vía contenciosa administrativa y la reposición o apelación en contra de la disposición emitida por COLFONDOS, toda vez que estos recursos no fueron interpuestos.

158. Por tanto, este Tribunal estima que no es posible concluir la inexistencia de recursos efectivos en Colombia derivado únicamente de que la tutela y la apelación no le concedieron la pensión que reclamaba el señor Duque, sin que hayan sido interpuestos los otros recursos que le fueron señalados como idóneos en las resoluciones de tutela y apelación. La Corte concluye que no existen elementos que demuestren que las actuaciones de las autoridades judiciales implicaron una afectación en la protección judicial del señor Ángel Alberto Duque. Por consiguiente, la Corte estima que el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25.1 de la Convención.

---

[132] Al respecto, al resolver la tutela el Juzgado Décimo Civil de Bogotá le indicó al señor Duque que su inconformidad podía resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, por la vía contenciosa administrativa y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada por COLFONDOS el 3 de abril de 2002. Además, se indicó al señor Duque que si su intención era obtener algún tipo de seguridad social en salud, podía acudir a las instituciones de salud pública del Estado que existían para proteger a aquellas personas sin ningún recurso económico, como era el caso del programa ofrecido por el SISBEN. Esta información fue reiterada por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá al resolver la apelación de la tutela.

[133] *Cfr. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 122, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 237.

B.2. La alegada violación al artículo 8.1 de la Convención por la supuesta aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales

159. El artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine[134] y bajo el procedimiento dispuesto para ello.

160. Ha sido alegado que la acción de tutela y la apelación no fueron debidamente analizados por las instancias judiciales sino que se rechazaron con base en una interpretación dogmática y formalista de la normativa vigente; además se ha señalado que estos procesos judiciales perpetuaron con sus decisiones los prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo, al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la conservación de la especie y la procreación de los hijos.

161. Al respecto, el Estado alegó que los jueces aplicaron la normativa vigente al momento de los hechos, sin que existiera en ese momento jurisprudencia nacional o internacional que estableciera la obligación de reconocer pensiones de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo.

162. La Corte reitera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso, debiéndose garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio[135]. Este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática[136]. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia[137]. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta[138], sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho[139].

163. La Corte reitera que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario[140]. Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado

---

134 *Cfr. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 158, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 243.

135 *Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 171, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr. 304.

136 *Cfr.* Caso Herrera *Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 171, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr 304.

137 *Cfr. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 146, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr 304.

138 Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.

139 *Cfr. Caso Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 233.

140 En similar sentido, en la jurisprudencia europea, ver T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (No. 73797/01), sentencia de 27 de enero de 2004, párr. 119 ("In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary"), citando T.E.D.H., *Caso Hauschildt Vs. Dinamarca*, (No. 10486/83), sentencia de 24 de mayo de 1989, párr. 47.

caso[141]. En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales[142].

164. En el presente caso, la Corte advierte que la resolución de la tutela y de la apelación presentaron argumentos respecto a la procedencia legal del otorgamiento de las pensiones a personas del mismo sexo, basándose en la normativa colombiana vigente al momento de los hechos. La Corte considera que de la lectura integral de las resoluciones de tutela y de apelación no se desprende que la fundamentación de las mismas haya tomado en consideración como principal y factor determinante la orientación sexual del señor Duque o se haya basado de forma preponderante en un estereotipo en su contra debido a su orientación sexual. Por el contrario, consta que los órganos judiciales se remitieron de forma principal a lo establecido en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 (*supra* párrs. 73 y 74) para concluir que al señor Duque no le correspondía acceder a la pensión de sobrevivencia. Por otra parte, las resoluciones de tutela y apelación establecieron que la vía de la tutela no era la idónea y señalaron los recursos en la vía ordinaria que debían interponerse, sin que se pueda concluir que el sentido de los fallos tuvo como base principal creencias estereotipadas de los jueces.

165. La Corte resalta que una violación del artículo 8.1 de la Convención por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales[143]. En el presente caso, el Tribunal considera que no es posible concluir que las autoridades hayan actuado esencialmente y de forma principal con fundamento en otros aspectos más allá de lo expresamente establecido en leyes colombianas. Además, la Corte no cuenta con elementos que le permitan considerar que las autoridades judiciales actuaron con ausencia de imparcialidad o conforme a prejuicios o estereotipos relacionados con la orientación sexual del señor Duque que habrían influenciado de manera central y decisiva su decisión.

166. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado no es responsable por la violación de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención.

---

[141] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, No. 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 118 ("a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case").

[142] *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, , No. 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 119 ("As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal"). Ver asimismo, T.E.D.H., *Caso Bellizzi Vs. Malta*, No. 46575/09, 21 de junio de 2011, párr. 52; y *Caso De Cubber Vs. Bélgica*, No. 9186/80, 26 de octubre de 1996, párr. 25. Además, el Tribunal Europeo señaló que la imparcialidad subjetiva de un juez puede determinarse, según las circunstancias concretas del caso, con base en el comportamiento del juez durante el procedimiento, el contenido, los argumentos y el lenguaje utilizados en la decisión, o los motivos para llevar a cabo la investigación, que indiquen una falta de distancia profesional frente a la decisión. *Cfr*. T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, No. 73797/01, G.C., 15 de diciembre de 2005, párrs. 130 a 133.

[143] *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 190.

VIII-3
EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

167. La *Comisión* recordó que en su Informe de Admisibilidad determinó que, en el presente caso, el análisis del derecho a la integridad personal tenía un carácter subsidiario y dependía de la conclusión a la que se arribara respecto al mérito de los alegatos formulados en relación con los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana. Consideró que los efectos de: i) la exclusión al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia de su compañero permanente fallecido, en virtud de una disposición discriminatoria basada en su orientación sexual; ii) la búsqueda de protección no encontrada y la ausencia de una respuesta desprejuiciada y eficaz por parte del sistema judicial, y iii) el sufrimiento frente a la falta de previsibilidad en cuanto a la regularidad y provisión del tratamiento médico requerido, afectaron el derecho a la integridad personal del señor Duque. La Comisión señaló en su Informe de Fondo que ya había concluido en el Informe de Admisibilidad que la información presentada no caracterizaba una posible violación del derecho consagrado en el artículo 4 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma.

168. Los *representantes* señalaron que al denegar al señor Duque su derecho a la pensión de sobrevivencia y a las demás prestaciones sociales asociadas, y en particular en garantías de acceso a la atención en salud, y dada su condición de persona "con diagnóstico de infección por VIH" con tratamiento antirretroviral, "tratamiento que no debe suspenderse, salvo dictamen médico, ya que esta circunstancia podría acarrear la muerte", el Estado vulneró el derecho del señor Duque al respeto a su integridad física, psíquica y moral. Además, los *representantes* alegaron que además de causarse un perjuicio moral intrínseco por el trato discriminatorio a que se vio sometido por su orientación sexual, la integridad física del señor Duque estuvo literalmente en peligro de muerte por la falta de recursos económicos que le garantizaran el tratamiento adecuado por su condición de paciente VIH positivo. Asimismo, resaltaron que el derecho a la integridad personal se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la preservación de la salud, consagrado en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

169. Por otra parte, los *representantes* destacaron la estrecha vinculación entre el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, psíquica y moral y el derecho a la preservación de la salud, consagrado en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por tanto, señalaron que "la negativa de la pensión de sobrevivencia a Angel Alberto Duque desembocó en que por varios períodos de tiempo estuvo sin la protección que le permitiera atender su grave situación de salud física y emocional como persona con diagnóstico de VIH", lo cual "implicó que el Estado […] irrespetara el derecho a unas condiciones de vida digna de Ángel Alberto Duque, socavando su dignidad, ya de por si vulnerada con el acto de discriminación, y llevándolo a una situación límite atentatoria de su propia existencia terrenal", lo cual permite sostener que se vulneró el artículo 4.1 de la Convención en perjuicio del señor Duque.

170. El *Estado* argumentó que cuenta con un marco legal e institucional que cumple con los estándares de garantía del derecho a la salud del sistema interamericano, en especial con relación a la población portadora del VIH-SIDA. Además, señaló que no existe prueba alguna en el expediente que acredite que le fue negado el acceso al tratamiento del VIH al señor Duque o que los servicios médicos fueron de alguna manera interrumpidos. El Estado alegó que existe certeza de que el señor Duque estuvo afiliado al sistema de seguridad social en salud de manera ininterrumpida, y por tanto tendría acceso a los servicios

derivados de dicha afiliación. Asimismo, el *Estado* manifestó que los representantes han afirmado que el señor Duque tiene resuelta su situación de acceso a los servicios de salud que su condición de portador del VIH merecen, y que en cualquier caso, si el señor Duque no hubiera contado con los recursos económicos para realizar aportes en el régimen contributivo, habría podido acceder a los servicios de salud en el régimen subsidiado que presta servicios de igual calidad para enfermedades "catastróficas", como lo es el VIH.

B. Consideraciones de la Corte

171. A continuación la Corte analizará algunos estándares respecto al derecho a la integridad personal, con relación al derecho a la salud de las personas con VIH. Posteriormente, la Corte analizará los alegatos respecto a la alegada violación de los derechos a la integridad personal y la vida del señor Ángel Alberto Duque.

B.1. Estándares relativos al derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH

172. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a […] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos […para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social"[144]. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1997 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público[145]. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas[146].

---

[144] El artículo 26 de la Convención Americana (Pacto de San José) refiere al desarrollo progresivo "de los derechos que se derivan de las normas económicas [y] sociales […], contendidas en la Carta de la [OEA] […] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Contenido en dicha referencia se encuentra el derecho a la salud. Respecto a las obligaciones de los Estado en relación con Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto". Asimismo, indicó que "[e]ntre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observ[ó], por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos". *Cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 2 y 5.

[145] Dicho artículo establece que: "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; [y] b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado".

[146] *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 172, y OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de

173. El Protocolo de San Salvador establece que entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben impulsar "la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas"; "la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole", y "la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables"[147]. Obligaciones similares establece el artículo 12(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este marco de obligaciones se insertan diversos deberes en relación con el acceso a medicamentos. De acuerdo con la Observación General N° 14, el derecho al más alto nivel posible de salud genera algunas obligaciones mínimas, que incluyen "[f]acilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS"[148].

174. El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud[149]. En particular, el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos han emitido resoluciones que reconocen que "el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"[150].

2011, párrs. 66 y 67. En este documento se establece que: "El Protocolo hace referencia a la satisfacción de derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo y continuo de un sistema de cobertura para toda la población del país […] además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas". Asimismo, dentro de los indicadores referidos se incluyen: "Existencia de instancias administrativas para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la salud. Competencias de los Ministerios o de las Superintendencias para recibir quejas de los usuarios del sistema de salud. Políticas de capacitación de jueces y abogados en materia de derecho a la salud". En este mismo sentido, *cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Véase también OEA, Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012, AG/doc.5242/12 rev. 2.

147 Artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador.

148 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr.163, y Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 43(d).

149 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 164, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre 'El acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental' (11 de junio de 2013) UN Doc A/HRC/23/L.10/Rev.l párr. 2; Asamblea General de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Paul Hunt ' (13 de septiembre de 2006) UN Doc A/61/338 párr. 40, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, relativo al acceso a los medicamentos' (1 de mayo de 2013) UN Doc A/HRC/23/42 párr. 3.

150 *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 164, y, por ejemplo, Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 'Acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo', Resoluciones 2001/33, 2002/32, 2004/26 y 2005/23. De forma similar se ha pronunciado el Consejo de Derechos Humanos respecto al VIH/SIDA. *Cfr.* Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)' (13 de abril de 2011) UN Doc A/HRC/RES/16/28, párr. 1. Por otra parte, el Tribunal Constitucional del Perú, en el marco del reconocimiento de las personas con VIH como sujetos de especial protección, ha señalado que su vida "depende de las acciones concretas que emprenda el Estado de la mano con la comunidad y el núcleo familiar, tanto en materia de salud como en lo que concierne al acceso al tratamiento antirretroviral de gran actividad, como en otros aspectos ligados a la prevención, a la atención integral de calidad, a la seguridad social y a la pensión". *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de agosto de 2011, expediente número 0479-2009-PA/TC, párr. 29.

175. Al respecto, la Corte considera que las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante "OACNUDH") y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (en adelante "ONUSIDA") constituyen una referencia autorizada para aclarar algunas obligaciones internacionales del Estado en esta materia. La Sexta Directriz, revisada en 2002, señala que:

> Los Estados deberían adoptar medidas de políticas que regulen los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que haya suficientes medidas y servicios de prevención, adecuada información para la prevención y atención de los casos de VIH y medicación inocua y eficaz a precios asequibles. Los Estados deberían tomar también las medidas necesarias para asegurar a todas las personas, sobre una base sostenida e igualitaria, el suministro de y la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH/SIDA, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas. […][151].

176. Esta Sexta Directriz ha sido interpretada por la OACNUDH y ONUSIDA en el sentido de que una respuesta eficaz al VIH requiere un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo:

> La prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo son elementos que se refuerzan mutuamente y una secuencia continua para una respuesta eficaz al VIH. Deben integrase en un enfoque amplio y es necesaria una respuesta polifacética. El tratamiento, atención y apoyo integrales incluyen fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos; pruebas diagnósticas y otras tecnologías relacionadas para la atención del VIH y el SIDA, de las infecciones oportunistas y de otras enfermedades; buena alimentación y apoyo social, espiritual y psicológico, así como atención familiar, comunitaria y domiciliaria. Las tecnologías de prevención del VIH abarcan los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril, fármacos antirretrovíricos (por ej., para revenir la transmisión materno infantil o como profilaxis pos exposición) y, una vez desarrollados, microbicidas y vacunas seguros y eficaces. El acceso universal, basado en los principios de los derechos humanos, requiere que todos estos bienes, servicios e información no sólo estén disponibles y sean aceptables y de buena calidad, sino también que estén al alcance físico de todos y sean asequibles para todos[152].

177. La Corte constata que estos estándares resaltan que el acceso a los fármacos antirretrovíricos es sólo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con el VIH. En este sentido estas personas requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Una respuesta limitada al acceso a fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos no cumple con las obligaciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo derivadas del derecho al más alto nivel posible de salud[153].

---

[151] *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 195, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, sexta directriz.

[152] *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 196, y OACNUDH y ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, comentario a la sexta directriz, párr. 26.

[153] Las Directrices también señalan que "Los Estados también deberían asegurar el acceso al tratamiento y medicamentos adecuados, dentro de su política general de salud pública, de modo que las personas que viven con el VIH puedan vivir lo máximo y satisfactoriamente posible. Las personas que viven con el VIH también deberían tener acceso a ensayos clínicos y a poder elegir libremente entre todos los medicamentos y terapias disponibles, incluso las terapias alternativas". OACNUDH y ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, párr. 145. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, respecto a la protección del derecho a la salud de las personas con VIH/SIDA ha manifestado que "con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios". También ha sostenido que "este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación". Cfr.

178. En Colombia fue expedida la Ley 972 de 2005 ("Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/SIDA"), en cuyo artículo 1° se establece que la atención integral estatal y la lucha contra la enfermedad será una prioridad para […] Colombia y que el Estado, así como el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizarán "el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos"[154].

179. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que el derecho fundamental a la salud de los portadores de VIH/SIDA está protegido en los ámbitos internos e internacional, siempre con el objetivo de que el tratamiento que se requiere no sólo sea integral sino también continuo y oportuno[155]. Además, la jurisprudencia constitucional de Colombia ha resaltado el especial tratamiento que se debe procurar a quienes padecen de esta enfermedad, en razón a su gravedad y carácter progresivo, observando la existencia de determinados ámbitos de protección, a saber: "(i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre IPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean"[156].

180. También, la Corte Constitucional ha establecido que cuando un enfermo de VIH/SIDA requiere un tratamiento o procedimiento fundamental para garantizar su existencia en condiciones dignas, ya sea que se encuentre o no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, encontrándose la persona afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud o vinculada, su derecho a la salud se considera fundamental y es amparado a través de la acción de tutela[157].

181. Además, en la normativa colombiana se ha establecido que las personas con diagnósticos de patologías catastróficas como el VIH, se encuentran exentas de copagos y cuotas moderadoras en el Plan Obligatorio de Salud, según el Acuerdo 260 de 2004, artículo 7, que establece que "[s]ervicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: […] Enfermedades catastróficas y de alto costo"[158].

---

sentencia T-843 de la Corte Constitucional de Colombia de 2 de septiembre de 2004. Ver también, Peritaje de Paul Hunt 6 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folios 3706 a 3734).

154 Congreso de la República de Colombia, Ley 972 de 2005, 15 de julio de 2005, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, Diario Official 45.970, en lo relativo a las multas "Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida" (expediente de prueba, folio 2793).

155 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-228 de 18 de abril de 2013.

156 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-027 de 25 de enero de 2013.

157 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-579 de 27 de Julio de 2011.

158 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 000260 "Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, 4 de febrero de 2004 (expediente de prueba, folios 2798 y ss.).

B.2. Análisis del caso concreto

182. En su Informe de Fondo la Comisión estableció que no contaba con información suficiente sobre la continuidad, calidad y condiciones de prestación del servicio médico al señor Duque después de la muerte de J.O.J.G. No obstante lo anterior, la Comisión concluyó que había quedado establecido que el señor Duque "se había visto afectado por múltiples factores de vulnerabilidad derivados de su orientación sexual, situación de enfermedad y situación económica".

183. Los argumentos de los representantes respecto a la alegada violación de los derechos a la vida e integridad personal del señor Duque se encuentran relacionados con: 1) el alegado daño en su integridad moral por las resoluciones de COLFONDOS y de los jueces de tutela y apelación, quienes lo habrían estigmatizado por su condición de homosexual, 2) la alegada falta de atención médica al señor Duque y las consecuencias en su salud derivadas de la misma; 3) la alegada diferencia de la atención médica en el régimen contributivo y el régimen subsidiado en Colombia y los efectos negativos de esta diferencia en la salud del señor Duque. Los representantes alegaron que la violación se encuentra directamente vinculada con la falta de atención médica del señor Duque, derivada de su falta de recursos económicos para cubrir el tratamiento adecuado para él. De acuerdo con los representantes, esta situación provocó una fuerte carga emocional para el señor Duque, que debió buscar los recursos para obtener su tratamiento.

184. En lo referente al alegado daño en la integridad moral del señor Duque por las resoluciones de COLFONDOS y de los jueces de tutela y apelación, los representantes señalaron que la discriminación sufrida por el señor Duque y la necesidad de conseguir sus medicamentos generaron en el señor Duque una "tremenda carga emocional" que afectó su integridad personal. Al respecto, la Corte observa que no fue aportada ninguna prueba de un daño en la integridad psicológica o moral del señor Duque derivada de las resoluciones emitidas por COLFONDOS y los tribunales internos.

185. Respecto a la alegada falta de atención médica y los efectos de ésta para el señor Duque, la Corte nota que de acuerdo con el oficio remitido por el Ministerio de Salud el 9 de febrero de 2015, desde 1995 hasta la actualidad se le han "compensado" al señor Duque "todo los períodos de manera ininterrumpida en materia de salud", estando afiliado a "[l]a Nueva EPS S.A." y el "Instituto de Seguros Sociales E.P.S." desde el año 1995 hasta la actualidad. Asimismo, de acuerdo con el oficio remitido por el Ministerio de Salud de 25 de marzo de 2015, el señor Ángel Alberto Duque "no evidencia interrupciones en su afiliación desde mayo de 1985 hasta la fecha"[159]. Estos oficios no fueron controvertidos por los representantes.

186. Por otro lado, la Corte constata, además, que en la resolución de la tutela, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá informó al señor Duque que si su intención era obtener algún tipo de seguridad social en salud, podía acudir a las instituciones de salud públicas que existían para proteger aquellas personas sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el "SISBEN" (Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales).

187. La Corte resalta que no fueron aportados informes médicos, análisis o pruebas de algún tipo que demostraran que el señor Duque haya sufrido una afectación en su salud o que el Estado haya dejado de proveerle asistencia médica. Sin embargo, de haber sido necesario, el señor Duque habría podido recurrir al régimen subsidiado para recibir mediante éste la atención médica que requería.

[159] Oficio remitido por el Ministerio de Salud de 25 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folio 2808).

188. Respecto de la diferencia entre los regímenes contributivo y subsidiado en Colombia, los representantes indicaron que "las diferencias eran notorias, y todavía lo siguen siendo, respecto a la calidad y continuidad en la prestación del servicio […] para el 2002 existían diferencias en el precio de las UPC, que es el valor reconocido a pagar a las Empresas Promotoras de Salud que cubren los servicios de salud […] se encuentra un motivo de diferenciación, por lo menos material, en el abordaje d[el VIH] entre los regímenes".

189. En ese sentido, el Estado expuso el marco jurídico vigente en Colombia que "garantiza que se provean todos los medicamentos, tratamientos y servicios necesarios, para la atención de las personas con VIH"[160].

---

160 El Estado señaló algunas disposiciones, tales como: a) Decreto 559 de febrero de 1991: Este decreto determinó respecto a la atención a los infectados por el VIH y los enfermos de SIDA, que esta debía darse de acuerdo con el criterio médico y con sujeción a las normas técnico - administrativas expedidas por el Ministerio de Salud, y debía prestarse en el servicio ambulatorio, hospitalario, domiciliario o comunitario; b) Acuerdo 8 de 1994: Se reconoce a las personas afiliadas bajo el régimen contributivo el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, bajo la denominación de tratamiento de alto costo, de enfermedades ruinosas o catastróficas. En este acuerdo se hace mención expresa al tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; c) Resolución 526 de 5 de agosto de 1994 por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Este manual fue expedido con miras a unificar criterios en la prestación de servicios de salud dentro de la Seguridad Social en Salud, como garantía de acceso, calidad y eficiencia. Bajo esta disposición se incluyeron en el Plan Obligatorio de Salud tratamientos para enfermedades ruinosas o catastróficas, entre los que se incluyó el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; d) Decreto 1543 de 1997 que actualiza el Decreto 559 de 1991: Determinó la obligatoriedad en la atención a las personas infectadas con el virus del VIH y la garantía de la atención en salud que incluyó los medicamentos para controlar la infección. De igual manera, el Decreto hace énfasis en los deberes de las IPS y las personas del equipo de salud para garantizar la atención integral a las personas que viven con el virus, la cual debe ser brindada en condiciones de respeto a la dignidad y sin discriminación alguna; e) el Acuerdo 72 de 1997: Se incluyó por primera vez el tratamiento con medicamentos antirretrovirales para las personas que se encontraban afiliadas tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, para las atenciones de alto costo, de forma que independientemente de la capacidad de pago de la persona, las atenciones en VIH/SIDA tanto en el régimen contributivo, como en el régimen subsidiado estaban cubiertas; f) en el Acuerdo 228 de 2002: Actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, en el que se determinó que las EPS y las IPS que contaran con programas especiales para el manejo del VIH/SIDA, debían incluir el listado mínimo de principios activos con las características específicas para el respectivo programa; g) en el Acuerdo 260 de 2004: Estableció que las personas que tuviesen diagnósticos de patologías catastróficas como el VIH, estaban exentas de copagos y cuotas moderadoras en el POS; h) en el Acuerdo 306 de 2005: Actualizó el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado y contributivo, y se ampliaron las prestaciones y las tecnologías en salud para el tratamiento del VIH/SIDA. Allí se incluyeron: atención ambulatoria y hospitalaria de la complejidad necesaria, los insumos y materiales requeridos, el suministro de medicamentos antirretrovirales e inhibidores de proteasa establecidos en el Manual de Medicamentos vigente del Sistema, la Carga Viral para VIH/SIDA y todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial del caso confirmado, así como los de complementación diagnóstica y de control; i) Ley 972 de 2005 Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas especialmente el VIH/Sida. Declaró la atención integral estatal en contra del virus como de interés y prioridad estatal. Establece que el Estado debe garantizar el suministro de medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas. Se incluyen además disposiciones que obligan a los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud a garantizar y no negar la asistencia médica, hospitalaria y de laboratorio a los pacientes infectados por el VIH; j) Acuerdos 336 y 368 de 2007: Realizaron la inclusión en el POS de los antirretrovirales Lopinavir + Ritonavir en tabletas; k) Decreto 19 de 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública. Estableció que las EPS tienen la obligación de crear los procedimientos de suministro de medicamentos cubiertos por el POS a sus afiliados, en el que se asegure su entrega completa e inmediata; l) Resolución 1604 de 2013 "Por la cual se reglamenta el artículo 131 del Decreto 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones": Dispone que en los casos que las EPS no puedan efectuar la entrega completa de los medicamentos, estas deben realizar la entrega en un lapso no mayor a 48 horas, para lo cual deberán contar con un mecanismo excepcional de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, coordinando con el afiliado, si así lo desea, de su entrega en su residencia o lugar de trabajo. Además, crea el Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control de la entrega de medicamentos que tiene como finalidad servir de herramienta de información a las autoridades en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control frente al mecanismo de entrega, que para el caso de los medicamentos antirretrovirales recae en la Superintendencia Nacional de Salud y las Direcciones Departamentales de Salud; m) Resolución 5521 de 2014: Actualiza el POS e incluye el suministro de preservativos en servicios de planificación familiar; y n) Ley Estatutaria de 2 de febrero de 2015 "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la

190. Por su parte, el peritaje rendido por el señor Ricardo Luque señaló, entre otros aspectos, que: i) a través del Sistema de Seguridad Social en Salud se garantiza el acceso universal a la atención integral en VIH/SIDA independientemente del régimen de afiliación al sistema, la capacidad de pago o de las particularidades poblacionales que caracteriza a los grupos más afectados; ii) el Estado colombiano desde 1997 unificó y homologó las atenciones del régimen subsidiado con el régimen contributivo para las acciones de alto costo, incluyendo la infección por VIH/SIDA, de forma que tanto en un régimen como en el otro e independientemente de la capacidad de pago de la persona, se tiene acceso al mismo paquete de servicios incluyendo los medicamentos antirretrovirales; y iii) la UPC ("Unidad de Pago por Capitación") tiene un valor diferencial entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, pero esto no afecta la cobertura en la prestación del servicio para las enfermedades de alto costo.

191. Como consecuencia de lo expuesto, la Corte considera que no cuenta con elementos que le permitan concluir que en el caso concreto del señor Duque el régimen subsidiario le hubiera brindado una protección de menor calidad que el régimen contributivo.

192. Por tanto, la Corte concluye que el Estado no es responsable de la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

IX
REPARACIONES
(Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)

193. A continuación, este Tribunal analizará la pertinencia de otorgar medidas de reparación por la violación declarada en la presente Sentencia y determinar cuáles serían esas medidas. Sin perjuicio de ello, corresponde reiterar que Colombia ha logrado grandes avances en el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo, que la jurisprudencia emitida por su Corte Constitucional reconoce "que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes"[161], así como la voluntad de las distintas instituciones estatales y otras de avanzar en esa dirección.

194. Con base en lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención[162], la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente[163] y que esa disposición "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado"[164]. Además, este Tribunal

---

salud y se dictan otras disposiciones": Crea un marco legal e institucional para garantizar el derecho fundamental a la salud con fundamento en los principios de universalidad, calidad y eficiencia.

161 *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1411).

162 El artículo 63.1 de la Convención Americana establece: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

163 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 254.

164 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas,* párr. 25*, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 254.

ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho[165].

195. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron[166]. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados[167].

196. En consecuencia, y sin perjuicio de cualquier forma de reparación que se acuerde posteriormente entre el Estado y la víctima, el Tribunal procederá a disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados. Para ello, tomará en cuenta las pretensiones de la Comisión y de los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar[168].

A. Parte Lesionada

197. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por tanto, esta Corte considera como parte lesionada a Ángel Alberto Duque, quien en su carácter de víctima de las violaciones declaradas en esta Sentencia, será considerado beneficiario de las reparaciones que la Corte ordene.

B. Medida de Restitución

198. Los *representantes* solicitaron a la Corte que se ordene al Estado requerir al fondo privado de pensiones COLFONDOS para que tramite, en un término no mayor a cuatro meses, la pensión de sobrevivencia a la que tiene derecho Ángel Alberto Duque y empezar a sufragársela mensualmente. La *Comisión* indicó que la reparación al señor Duque debe incluir la concesión de una pensión de sobrevivencia y una justa compensación. El *Estado* no presentó alegatos con respecto a esta medida de reparación.

199. En relación con lo anterior, el Tribunal constata, en primer término, que el Estado fue encontrado responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención, en perjuicio del señor Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana (*supra* párr. 138). En consecuencia, el Estado debe garantizar al señor Duque, una vez que presente la solicitud de reconocimiento de la

---

165 *Cfr. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 254.

166 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 26, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 255.

167 *Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 294, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 255.

168 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párrs. 25 a 27, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 256.

pensión de sobreviviencia, que esta será tramitada de forma prioritaria, en un plazo de tres meses. Del mismo modo, esta Corte establece que en caso de otorgársele la pensión al señor Duque, la misma deberá comprender la suma equivalente a todos los pagos, incluyendo los intereses correspondientes de conformidad con la normatividad interna colombiana, que no se percibieron desde que el señor Duque presentó la solicitud de información a COLFONDOS el 3 de abril de 2002.

200. Sobre esto último, el Tribunal constata que el Estado se refirió al testimonio del señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, en el cual declaró que "que la negación en [la] carta dada el 3 de abril de 2002 por COLFONDOS interrumpió o desanimó o desmotivó o cualquiera de estos términos al señor […] Duque para continuar con los pasos que el mismo estaba preguntando en su comunicación del 19 de marzo. Nosotros, bajo esa tesis, podríamos decir que si bien no fue una solicitud formal en los términos de la ley, si hubo una intención directa y expresa del señor […] Duque de interrumpir la prescripción de las mesadas y de reclamar su derecho".

C. Medidas de Satisfacción

201. El Tribunal determinará medidas que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, así como medidas de alcance o repercusión pública[169]. La jurisprudencia internacional, y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación[170].

202. Los *representantes* solicitaron que la Corte ordene "la publicación, en forma legible, por una sola vez en el Diario Oficial de las partes relevantes de la sentencia, incluyendo los nombres de cada capítulo y el apartado respectivo–sin las notas al pie de página-, así como la parte resolutiva de la presente Sentencia, y en otro diario de amplia circulación nacional del resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte. La medida deberá efectuarse en el plazo de 6 meses posteriores a la fecha de notificación de la Sentencia". Así, como "la publicación en forma inmediata del texto íntegro en el sitio web oficial de la Presidencia de la República, en el del Ministerio de Relaciones Exteriores y en el del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social". El *Estado* indicó que en caso de que se emita sentencia en su contra solicita a la Corte que, conforme a lo establecido en su propia jurisprudencia, estime que el fallo, en sí mismo, y su publicación, constituyen una medida de satisfacción y una garantía de no repetición. La *Comisión* no se pronunció sobre esta solicitud de forma particular.

203. La *Corte* estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos[171], que el Estado, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, realice las siguientes publicaciones: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, el cual deberá ser publicado en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional de Colombia, y b) la presente Sentencia en su integridad, disponible, por un periodo de al menos un año, en un sitio web oficial del Estado.

---

169 *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 268.

170 *Cfr. Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 35, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 268.

171 *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 79, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 271.

D. Otras medidas de reparación solicitadas

204. Como medidas de no repetición, los *representantes* solicitaron: a) la promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia de las que son acreedoras las parejas heterosexuales; b) una política pública de capacitación a funcionarios de fondos de pensiones públicos y privados, así como integrantes de la rama judicial, para la erradicación de cualquier forma de discriminación por razones de identidad y orientación sexual, y c) que se ordene al Estado colombiano la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y pedido de disculpas a Ángel Alberto Duque, por haber sufrido discriminación por razón de su identidad sexual y por la respuesta negativa recibida en parte de autoridades administrativas y judiciales, ante su solicitud de pensión de sobrevivencia por el hecho de ser homosexual.

205. El *Estado* argumentó, en relación con la primera solicitud: a) que no se requiere la promulgación de una ley para reconocer la igualdad de derechos patrimoniales ya que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tuvo la virtualidad de integrar la opción sexual al ordenamiento colombiano y que hoy existiría plena certeza sobre dicho reconocimiento, y en cuanto a la segunda solicitud: b) que la medida solicitada por los representantes se basaría en (i) la supuesta falencia práctica en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional y (ii) la supuesta discriminación en la que hubieran incurrido los jueces de tutela en el año 2002. Alega que del primero no habrían presentado prueba y respecto del segundo, indicó que en el año 2002 los jueces no habrían estado obligados a acceder a las pretensiones del señor Duque. Con respecto a la solicitud de acto público de reconocimiento de responsabilidad, el *Estado* señaló que al ser la publicación y difusión de la sentencia una medida de satisfacción y una garantía de no repetición, el acto público de reconocimiento de responsabilidad no resulta necesario, y la Corte debe abstenerse de ordenarlo.

206. Como medidas para garantizar la no repetición de los hechos como los del presente caso, la *Comisión* solicitó a la Corte: a) adoptar las medidas necesarias para que todas las decisiones jurisprudenciales que tuvieron lugar en Colombia con posterioridad a los hechos del presente caso, que reconocieron el derecho de pensión de sobrevivencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo y que determinaron que los casos previos a dichos pronunciamientos también se encontraban alcanzados por ellos, sean debidamente acatadas y cumplidas; b) adoptar todas las medidas necesarias para que quienes se desempeñan en la provisión de servicios de seguridad social, sea en el ámbito público o en el privado, reciban la debida capacitación para dar trámite a las solicitudes de personas que integraron o integran parejas del mismo sexo, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno; y c) adoptar las medidas estatales que sean necesarias para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en cuanto al acceso a servicios de seguridad social, en particular, que se les permita presentar los mismos medios de prueba que a las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.

207. En relación con la solicitud de medida relacionada con una reforma legislativa, en el presente caso la Corte no encontró que el Estado fuera responsable por una violación a la obligación de adecuar el derecho interno ni tampoco por una violación al derecho a la igualdad ante la ley de una norma actualmente vigente. Tampoco la Corte concluyó que existiera una violación al derecho a la protección judicial por la inexistencia de los recursos para solicitar una pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo. En consecuencia, no corresponde otorgar esa medida de reparación por cuanto no existe un nexo entre la reparación solicitada por los representantes y lo declarado por la Corte en esta Sentencia.

208. En lo que se refiere a la solicitud de la medida de capacitación, en el presente caso, la Corte no ha establecido que los funcionarios de los fondos de pensiones públicos y privados no estuviesen aplicando el cambio de normatividad operado mediante la sentencia

C-336 de 2008. Tampoco la Corte concluyó que en el presente caso se hubiese violado el derecho a las garantías judiciales por la falta al deber de respeto o de garantía por parte de los jueces que conocieron de la tutela. En consecuencia, la Corte no considera procedente otorgar la medida de reparación solicitada.

209. Con respecto a las demás medidas de reparación solicitadas, este Tribunal considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en la misma resultan suficientes y adecuadas.

E. Medida de rehabilitación

210. Como medida de rehabilitación, los *representantes* indicaron que por causa del perjuicio psicológico y moral sufrido por el señor Duque, tanto por el trato discriminatorio de que fue objeto, así como por el desasosiego y la intranquilidad vivida al no poder asegurarse el tratamiento médico indispensable para su condición de paciente VIH positivo, por lo que solicitaron que la Corte ordene al Estado proveer al señor Duque, de forma gratuita y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento médico y psicológico necesario que sea proporcionado por profesionales competentes y que incluya indispensablemente la provisión de medicamentos antirretroviral es que requiere la víctima por su enfermedad.

211. En cuanto a esta medida, el *Estado* reiteró "que la presunta víctima tiene acceso al Sistema General de Seguridad Social, lo cual incluye medicamentos, así como atención médica y sicológica". Asimismo señaló que "en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se le debe brindar al paciente portador de VIH/SIDA toda la asistencia necesaria para que afronte en debida forma la patología que padece. Esto incluye todos los tratamientos prescritos por el médico tratante, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Dichos servicios, en caso de ser necesarios, podrán ser prestados de manera gratuita". En conclusión, alega el Estado que el señor Duque puede acceder a la asistencia médica y psicología que requiere, incluso sin costo alguno si acredita las condiciones para ello, por intermedio del SGSSS y por tanto la medida en cuestión no resulta indispensable y debe ser desestimada por la Corte.

212. En el presente caso, la Corte no declaró que el Estado era responsable por una violación al derecho a la vida o al derecho a la integridad del señor Duque. En consecuencia, no corresponde otorgar la medida de reparación solicitada. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte recuerda según fue constatado, que el señor Duque tiene derecho a acceder a un régimen salud de tipo contributivo o subsidiado que le proporcione el tratamiento médico indispensable para su condición de paciente VIH positivo (*supra* párrs. 172 a 181).

F. Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

F.1. Daño material

213. En relación al daño material, los *representantes* señalaron que Ángel Alberto Duque elevó la solicitud de pensión de sobrevivencia que le correspondía por el fallecimiento de su compañero JOJG el 19 de marzo de 2002 ante COLFONDOS, la cual le fue negada. En consecuencia, desde esa fecha, Ángel Alberto Duque habría sufrido un menoscabo económico por la falta de ingresos provenientes de la prestación social a la que tenía derecho. Indicaron que se anexó un dictamen pericial y conforme a este solicitaron a la Corte ordenar el pago de seiscientos ochenta y cinco millones de pesos colombianos ($COP 685.000.000) equivalentes a doscientos ochenta y cuatro mil setecientos cuatro dólares americanos ($US 284.704) concerniente al dinero dejado de percibir por la víctima por causa de no poder disfrutar la pensión de sobrevivencia. Asimismo, solicitan conminar al Estado a requerir a COLFONDOS para que tramite, en un término no mayor a cuatro meses,

la pensión de sobrevivencia a la que tiene derecho Ángel Alberto Duque y empezar a sufragársela mensualmente.

214. El Estado consideró "que el daño material en este caso se repara mediante el otorgamiento de la pensión de sobreviviente", además reitera que la medida de reparación bajo análisis puede ser cumplida sin necesidad de una orden de la Corte y que el Estado y el fondo privado de pensiones les han manifestado a los representantes de la víctima la posibilidad que tienen de presentar los documentos para que se inicien las gestiones necesarias para el reconocimiento del derecho pensional en cuestión, a lo cual habrá lugar si se acreditan los requisitos generales necesarios para ello, ya que al tratarse de elementos que corresponden al ámbito personal del Señor Ángel Alberto Duque, no pueden ser obtenidos de oficio por el fondo privado de pensiones. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado indicó que la suma solicitada por los Representantes por concepto de daño material, no ha sido sustentada en forma alguna durante el trámite internacional y señalan que el dictamen pericial no fue aportado como anexo.

215. La *Comisión* se refirió al daño material e inmaterial de manera conjunta. Solicitó que se repare adecuadamente al señor Duque por las alegadas violaciones, contemplando los daños materiales e inmateriales, y que dicha reparación incluya como mínimo la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Además, que el Estado provea el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento requeridos por ser una persona que vive con VIH.

216. La *Corte* ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo[172]. Este Tribunal ha establecido que el daño material abarca "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso"[173].

217. En el presente caso, la Corte ha encontrado al Estado responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley por la existencia de una norma discriminatoria que le fue aplicada al señor Duque (*supra* párr. 138). En ese sentido, el Tribunal concluyó que el señor Duque no tuvo acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación a la posibilidad de reclamar una pensión de sobrevivencia. Por otra parte, los representantes no han probado la existencia de un daño emergente en el presente caso. En consecuencia, no corresponde otorgar esta medida de reparación puesto que se trata de un daño incierto o eventual, siendo además que el lucro cesante que podría ser declarado a nivel interno, sería indemnizado con el reconocimiento retroactivo de la pensión.

F.2. Daño inmaterial

218. En cuanto al daño inmaterial, los *representantes* solicitan a la Corte la suma de USD 80.000, en virtud de los hechos que debió soportar el señor Duque y los cuales minaron su vida e integridad personal, tales como: (i) el trato discriminatorio en la negativa de concederle la pensión de sobreviviente por razón de su orientación sexual; y (ii) la angustia profunda de poder seguir viviendo por no contar con recursos económicos para asegurar la continuidad sin interrupciones del tratamiento médico que tenía como consecuencia de su condición de paciente VIH positivo. Señalan que "ambas circunstancias […], ocasionaron una profunda aflicción y un sentimiento de abatimiento de Ángel Alberto Duque".

---

172 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 314.

173 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, párr. 43, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 314.

219. El *Estado* indicó que los representantes pretenden fundar la presunta aflicción sufrida por el señor Duque en la supuesta incertidumbre sobre la continuidad en la prestación del servicio médico requerido, sin que hayan aportado prueba alguna que acredite la suspensión del tratamiento antirretroviral. Adicionalmente, la atención necesaria para los pacientes con VIH, no está condicionada al reconocimiento del derecho pensional en cuestión, o a la capacidad económica del usuario. Por tanto, la mayoría de los hechos señalados por los representantes como indicadores del prejuicio moral presuntamente causado al señor Duque, no se encontrarían probados. Los alegatos de la *Comisión* sobre la presente medida fueron expuestos en el punto anterior, conjuntamente con el daño material.

220. La *Corte* ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[174]. La Corte ha indicado que "dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad"[175].

221. Al respecto, la Corte advierte que en el presente caso se concluyó que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Angel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana. Lo anterior propició que el señor Duque se viera privado por un período de más de trece años de los ingresos económicos que habrían contribuido de forma importante a mejorar sus condiciones de existencia, más aún cuando le había sido diagnosticada una enfermedad "ruinosa o catastrófica" como es el caso del VIH. En atención al sufrimiento y daño de orden inmaterial que dicha violación causó a la víctima, la Corte estima pertinente fijar en equidad, por concepto de daño inmaterial una indemnización equivalente a USD 10.000.

G. Costas y gastos

222. Los *representantes* alegaron que la Comisión Colombiana de Juristas ha afrontado una serie de gastos vinculados con la realización de su labor como representante de la víctima, los cuales incluyen viajes, pago de hoteles, gastos de comunicaciones, fotocopias, papelería y envíos, gastos correspondientes al tiempo de trabajo jurídico dedicado a la atención específica del caso y a la investigación, la recopilación y presentación de pruebas y preparación de escritos, refiriéndose a un total de USD 40.275. Asimismo, señalaron que el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti ha representado a la víctima desde hace doce años, y que "no cuenta con los recibos y el soporte documental de los gastos en que incurrió tanto en el trámite del caso a nivel interno, como en el sistema interamericano" por lo que solicitan a la "[…] Corte que fije en equidad como pago para este profesional por concepto de gastos y costas" el monto de USD 15.000. Por último, los representantes se refirieron a los gastos futuros, indicando que los gastos señalados anteriormente "no incluyen aquellos en que incurran la [presunta] víctima y sus representantes en lo que resta del trámite del caso

---

[174] *Cfr. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*, párr. 84, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 320.

[175] *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 244 y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 412.

ante la […] Corte[176]. Por tanto, solicitan a la "[…] Corte que, en la etapa procesal correspondiente, [les] otorgue la oportunidad de presentar cifras y comprobantes actualizados sobre los gastos en los que se incurrirá durante el desarrollo del proceso contencioso internacional". La *Comisión* no se refirió a las costas y gastos.

223. El *Estado* alegó que "la acreditación de las erogaciones realizada por la representación de la víctima constituye un requisito indispensable para que la […] Corte pueda proceder al reconocimiento de los montos solicitados a título de gastos y costas". El Estado señaló que dicho presupuesto no se verifica en relación con la suma solicitada por el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti, y por tanto solicita que la misma sea desestimada.

224. La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia[177], las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable[178].

225. Este Tribunal ha señalado que "las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte"[179]. Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos[180].

226. En el presente caso, la Corte constata que la prueba aportada por los representantes se refiere únicamente a gastos de viaje y tiquetes aéreos a Washington D.C. No obstante no se realizó ninguna audiencia ante la Comisión en relación con este caso, por lo cual dichos gastos no se encuentran debidamente justificados[181]. Adicionalmente, la Corte nota que los

---

[176] Indicaron que estos gastos futuros comprenden, entre otros, los desplazamientos y gastos adicionales de testigos y peritos a la eventual audiencia ante la Corte; el traslado de los representantes a la misma; los gastos que demande la obtención de prueba futura; y los demás en que se pueda incurrir para la adecuada representación de las víctimas ante la Honorable Corte".

[177] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas,* párr. 42, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 301.

[178] *Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 301.

[179] *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 275 y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 302.

[180] *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 277, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 302.

[181] *Cfr.* Comisión Colombiana de Juristas, Carpeta de gastos de la Comisión Colombiana de Juristas, Anexo a la demanda de reparación Caso Angel Alberto Duque, (Expediente de prueba, folios 1795 a 1846).

representantes no aportaron prueba de gastos relacionados con el procedimiento del caso ante la Corte y la audiencia celebrada el 25 de agosto de 2015 en Tegucigalpa, Honduras durante el 53° Período Extraordinario de Sesiones. Asimismo, los representantes no aportaron prueba sobre los gastos incurridos por parte del abogado Germán Humberto Rincón Perfetti durante el litigio a nivel nacional. Por tanto, la Corte no cuenta con respaldo probatorio para determinar los gastos realizados.

227. En consecuencia, la Corte decide fijar un total de USD$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), por las labores realizadas en el litigio del caso a nivel nacional e internacional, lo cual el Estado debe pagar a los representantes dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia. La Corte considera que, en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer que el Estado reembolse a la víctima o sus representantes los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal.

H. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas

228. Los representantes de la víctima solicitaron el apoyo del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte para cubrir gastos del litigio ante la Corte. Mediante la Resolución de 5 de mayo de 2015, se declaró procedente la solicitud interpuesta por los representantes y se autorizó otorgar la asistencia económica necesaria para la presentación de un máximo de tres declaraciones, ya sea en audiencia o por *affidavit*.

229. En el presente caso, el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas se utilizó para cubrir los gastos correspondientes a los boletos aéreos para la víctima Ángel Alberto Duque y para el perito Rodrigo Uprimny Yepes desde la ciudad de Bogotá, Colombia, hacia la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, donde se realizó la audiencia pública del presente caso, el día 25 de agosto de 2015. Asimismo, se realizaron las erogaciones correspondientes para cubrir los gastos de hospedaje y alimentación tanto de la víctima como del perito, en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, durante los días 24 y 25 de agosto de 2015. Adicionalmente, se entregó a ambos el monto correspondiente por concepto de gastos terminales[182].

230. El 26 de octubre de 2015 le fue remitido al Estado un informe de erogaciones según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el funcionamiento del referido Fondo. El Estado no presentó observaciones al informe de erogaciones las cuales ascendieron a la suma de US$ 2.509,34 (dos mil quinientos nueve dólares y treinta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) por los gastos incurridos. Este monto deberá ser reintegrado por el Estado a la Corte Interamericana en el plazo de noventa días, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.

I. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

231. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño inmaterial, así como el reintegro de las costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a la persona indicada en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos.

232. En caso de que el beneficiario fallezca antes de que le sean entregada la indemnización respectiva esta se efectuará directamente a sus derecho habientes, conforme al derecho interno aplicable.

---

[182] Expediente de fondo, folios 4124 a 4141.

233. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

234. Si por causas atribuibles al beneficiario de la indemnización o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera colombiana solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria del Estado. Si no se reclama la indemnización correspondiente, una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

235. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daño inmaterial, y como reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a las personas indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

236. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en la República de Colombia.

X
PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

Por cuatro votos a favor y dos en contra,

1. Desestimar las dos excepciones preliminares relativas a la alegada falta de agotamiento de los recursos, en los términos de los párrafos 23 a 43 y 49 a 55 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra

2. Desestimar la excepción preliminar relativa a los hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en los términos de los párrafos 44 y 45 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

DECLARA,

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

3. El Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 89 a 138 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

4. El Estado no es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento, en los términos del párrafo 139 de la presente Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro jueces a favor y dos en contra, que

5. El Estado no es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 145 a 166 de la presente Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

6. El Estado no es responsable por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 171 a 192 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Y DISPONE,

Por cuatro votos a favor y dos en contra que:

7. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

8. El Estado debe realizar en el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones indicadas en el párrafo 203 de la Sentencia, en los términos dispuestos en la misma. Esta publicación debe mantenerse en una página *web* oficial al menos por un año.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

9. El Estado debe garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia, en los términos de los párrafos 199 y 200 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

10. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, las cantidades fijadas en los párrafos 221 y 227 de esta Sentencia por concepto de indemnización por daño inmaterial, así como por el reintegro de costas y gastos.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por unanimidad, que:

11. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 230 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que:

12. El Estado debe rendir al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

Por unanimidad, que:

13. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 26 de febrero de 2016.

Los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi hicieron conocer a la Corte sus votos disidentes, los cuales acompañan esta Sentencia.

Roberto F. Caldas
Presidente

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Roberto F. Caldas
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO DISIDENTE DEL JUEZ MANUEL E. VENTURA ROBLES,

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO DUQUE VS. COLOMBIA

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2016

(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

Lo que el suscrito Juez pretende al emitir un voto disidente en el presente Caso DUQUE vs. COLOMBIA, al acoger la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, es dejar muy en claro que en futuros casos similares, la posición de la Comisión debe ser de no someterlo a consideración de la Corte, o sometido, la Corte debe acoger la excepción preliminar y el caso debe terminar en su tramitación.

Si se estudia la jurisprudencia de la Corte desde sus inicios, los Estados demandados siempre, con muy contadas excepciones, han interpuesto la excepción de no agotamiento de los recursos internos, la cual el Tribunal generalmente rechaza con fundamento en la casuística o hechos de la tramitación del caso, casuística que con el paso del tiempo ha permitido generalizar la doctrina de la Corte al respecto, la cual casi siempre se aplica. Pero como tal, la casuística varía de un caso a otro.

Y esta es la circunstancia actual en el presente caso, en que los hechos del mismo llevaron al suscrito Juez al convencimiento de que la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos debía ser acogida y terminar con la tramitación del caso. Es, pues, una posición en un caso concreto, que debería convertirse en norma para la Corte al aplicar el principio de la complementariedad de la jurisdicción internacional de los derechos Humanos.

Para asumir esta posición no es necesario entrar en los detalles de la tramitación del caso, lo cual ya hace la sentencia prolijamente y el Juez Vío Grossi en su voto parcialmente disidente. Basta con aplicar el Principio de Complementariedad que es transversal a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su Preámbulo denomina coadyuvante o complementaria.

¿Y cómo no se iba aplicar este principio y acoger la excepción preliminar si el Estado, a través de sentencia del Tribunal Constitucional modificó la jurisprudencia interna y abrió las puertas a la reparación por los hechos acontecidos, reclamación que desde entonces pudo hacer efectiva la víctima?

¿Qué más podía haber hecho el Estado para subsanar la violación y abrir la puerta a la indemnización compensatoria y a otros aspectos de la reparación integral, especialmente la continuidad de la atención médica?

Si la víctima no quiso establecer el reclamo pero si continuar con el juicio, fue responsabilidad de ella, pero la de la Corte y la Comisión era no acoger el caso, ya que la jurisdicción interamericana de protección de los derechos humanos tiene límites establecidos por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En primer lugar la complementariedad de la misma. O sea, dicha jurisdicción no fue establecida para que todos los casos fueran sometidos a ella, ni para que las supuestas víctimas ganaran todos los casos en cualquier circunstancia. La casuística del caso es fundamental para que se acoja o se rechace el caso por la Corte.

Estas breves reflexiones, por lo demás fundamentales, me parecen de suma importancia al redactar mi último voto disidente después de doce años de ejercer como Juez y sobre un punto medular reiteradamente alegado por los Estados: el no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

Manuel E. Ventura Robles.
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO DUQUE VS. COLOMBIA
SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2015
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

INTRODUCCIÓN.

Se emite el presente voto parcialmente disidente[1] a la Sentencia del epígrafe (en adelante "la Sentencia"), en atención a que, por las razones netamente jurídicas internacionales que se expondrán más adelante, no se comparte el Resolutivo Nº 3 de la misma, en el que se señala que "*(e)l Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 89 a 137 de esta Sentencia*".

Se expresa tal disentimiento teniendo siempre en cuenta de que la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte") es impartir Justicia en materia de Derechos Humanos a través de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención")[2] y, en general, del Derecho Internacional y no al margen de aquella ni de éste. Por otra parte, atendido el carácter autónomo de la Corte el ejercicio de su misión conlleva el especial imperativo de resguardar, con particular esmero y celo, los límites de su actuar determinados por la Convención y, en general, por el Derecho Internacional. En tal perspectiva, dicha función implica no solo el respeto, entre otros, de los principios de

---

[1] Art. 66.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual*";

Art. 24.3 del Estatuto de la Corte: "*Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente*", y

Art. 65.2 del Reglamento de la Corte: "*Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias*."

Cada vez que se haga referencia a "art." se entenderá que es un artículo de la Convención.

[2] Art.62.3: *"La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial."*

imparcialidad y de seguridad jurídica que deben inspirar a todo sistema jurisdiccional, sino que, fundamentalmente, constituye la más completa garantía de efectiva vigencia de los derechos humanos y, en el evento de que hayan sido vulnerados, de su pronto restablecimiento.

En atención a lo anterior, se emite el presente voto haciendo abstracción de las opciones personales y consideraciones extrajurídicas acerca de lo que la Convención y, en general, el Derecho Internacional deberían ordenar respecto de la materia en cuestión y con el propósito, además, de contribuir a una mejor comprensión del alcance de lo indicado en la Sentencia y al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte.

Es procedente dejar constancia de que, aunque se discrepa también de algunos de los fundamentos, más no de la decisión, por los que se han desestimado las excepciones preliminares relativas al previo agotamiento de los recursos internos interpuestas por Colombia (en adelante "el Estado"), se ha optado por no hacer referencia a ello en este voto[3], atendida la relevancia de lo decidido, en lo esencial, en la Sentencia.

Ahora bien, se disiente de lo resuelto en el presente caso dado que, en primer término, las pretensiones formuladas en la causa fueron plenamente satisfechas en forma previa a la Sentencia (*objeto litigioso),* en atención, en segundo término, de que no existía la obligación jurídica internacional invocada para fallar como se ha hecho *(causa petendi)* y, en razón de que, final y consecuentemente, no podría haber habido discriminación.

I. Las pretensiones han sido satisfechas (Carencia de *objeto litigioso).*

En el presente caso se formularon, en lo que atañe a la materia a que se refiere el Resolutivo Nº 3 de la Sentencia, dos pretensiones por parte de la víctima: i) que se le permitiera solicitar y acceder a la pensión de sobrevivencia de su pareja del mismo sexo, y ii) que la normativa colombiana reconociera el derecho de las parejas compuestas por personas del mismo sexo para acceder a pensiones de sobrevivencia.

En cuanto a la primera pretensión, procede hacer presente que fue por ello que la víctima alegó en autos que había agotado los recursos internos en lo que

[3] La posición al respecto ha sido manifestada en *Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Velásquez Paiz y Otros Vs Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Comunidad Campesina Santa Bárbara Vs. Perú, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual* Disidente del *Juez Eduardo Vio Grossi,* Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú***,** Sentencia de 30 de junio de 2015 (Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), y Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Díaz Peña Vs. Venezuela, Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).*

dice relación con la negativa a que se concediera dicha pensión, pero no que lo había hecho respecto de las leyes que, por disponer que el citado beneficio lo era solo para las parejas de distinto sexo, estimaba como discriminatorias. En otras palabras, no agotó los recursos internos en contra de dichos cuerpos normativos, puesto que lo que se pretendía y alegaba en el sede interna o nacional era únicamente el acceso al referido beneficio y no que se declararan las leyes que lo impedían como contrarias a la Convención.[4]

Pues bien, es menester tener presente sobre este particular que, como lo consigna la Sentencia, la Corte Constitucional del Estado, por resoluciones de 2007, de 2008 y de 2010, reconoció el derecho a solicitar la indicada pensión.[5] Es importante reiterar que, derivado de esa jurisprudencia, desde el año 2007 es posible solicitar en el Estado la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo. No obstante, en el presente caso, ella no ha sido solicitada mediante medio alguno, sin que se haya hecho valer alguna razón para no formularse.

De manera, entonces, que la obligación de naturaleza nacional de otorgar la aludida pensión, ha sido reconocida por actos jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Estado.

Al respecto, conviene llamar la atención acerca de lo establecido por la jurisprudencia constante de la Corte en el sentido de que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.[6] Esto se asienta en el principio de la coadyuvancia y de la complementariedad que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "*coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*".

Consecuentemente, es por tal motivo que la Sentencia no pudo disponer, como lo mandata el artículo 63.1 de la Convención, "*que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados*", dado que ello ya había acontecido. En tal sentido, no lo pudo hacer puesto que ya se había logrado el objeto y fin perseguidos con la intervención de la jurisdicción interamericana, a saber, el más pronto y efectivo restablecimiento del derecho humano conculcado.

---

[4] Párrs. 27 a 31. Cada vez que se haga referencia a "párr." se entenderá que a párrafo de la Sentencia.

[5] Párrs. 81 y 82.

[6] *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142, y *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 137.

En lo concerniente a la segunda pretensión, es pertinente recordar que fue solo en el petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión") y que dio origen al presente caso, que, por primera vez, se invocaron las normas de derecho interno del Estado que, a ese entonces, se estimaban contrarias a la Convención.[7] Por eso, los representantes de la víctima solicitaron en la presente causa, como medida de reparación, "*la promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia a las que son acreedoras las parejas heterosexuales.*"[8]

Empero, sobre este particular es indispensable tener en consideración que, ya en el 2010, esto es, antes de que la Comisión emitiera su informe de admisibilidad, lo que ocurrió el 2 de noviembre de 2011, y con mucha mayor antelación a que ella sometiera el caso ante la Corte, lo que aconteció el 21 de octubre de 2014, el *efecto útil* perseguido con la intervención de la jurisdicción interamericana ya se había alcanzado plenamente, por lo que era innecesaria que ella continuara

Es tal vez por ello que, ante la recién aludida petición de los representantes de la víctima, la Sentencia, luego de considerar lo resuelto por la Corte Constitucional del Estado a que se ha hecho mención precedentemente, concluye que éste "*no es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención Americana en relación con 24 y 1.1 del mismo instrumento*"[9], por lo que no accede a lo requerido.[10]

Entonces, teniendo en cuenta el principio de la coadyuvancia y el de la complementariedad del Sistema Interamericano y habida cuenta que las pretensiones planteadas en la petición, a saber, la de que se reconociera el derecho de la víctima de solicitar el otorgamiento de la mencionada pensión de sobrevivencia y la de cambiar la legislación relativa a la materia considerada contraria a la Convención, han sido plenamente satisfechas por el Estado con anterioridad a la presente causa, se puede concluir en que lo que correspondía en ésta era que la Sentencia reconociera que no persistía *objeto litigioso*" sobre el que se debía decidir.

II. Inexistencia de obligación jurídica internacional invocada (Ausencia de *causa petendi).*

Es quizás por lo indicado que la Sentencia reduce lo que estima ilícito internacional a lo estipulado en la legislación interna del Estado y aplicable al caso, vigente al 2002[11] y, lo que resulta más inexplicable aún, a una mera

---

[7] Párrs. 2. a) y 95.

[8] Párr. 204.

[9] Párr. 139..

[10] Párr.139 y Resolutivo 4.

[11] "*la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las*

eventualidad, a saber, que la referida pensión, si se le pagare a la víctima, no sería retroactiva.[12]

En base a lo expuesto, la Sentencia finaliza declarando, en su Resolutivo Nª 3, la violación del artículo 24 en relación al artículo 1.1, ambos de la Convención[13] y disponiendo que se le garantice a la víctima un recurso efectivo para solicitar las tantas veces citada pensión.[14]

Calificando, en consecuencia, como hecho ilícito internacional la negativa dada en el año 2002 a la tantas veces mencionada solicitud de información acerca del otorgamiento de la pensión de sobrevivencia, la Sentencia reduce temporalmente el objeto litigioso al período que va desde el año 2002, que es el de la citada solicitud, al año 2007 y/o el año 2009, incluyendo asimismo, por ende, el año 2005, en el que se hizo la petición que dio origen a esta causa ante la Comisión y, además, se reitera, lo sustenta en una mera eventualidad o hecho futuro e incierto.

Ahora bien, contrariamente a lo que se establece en la Sentencia, tal legislación no era el *objeto litigioso* del caso, sino más bien la *causa petendi* del mismo. Tal conclusión se deriva de la circunstancia de que, si bien lo que se reclama ante la Corte es el derecho a solicitar tal pensión, tal requerimiento se plantea sobre la base de que la legislación nacional que impide su otorgamiento, es contraria al Derecho Internacional y, en particular, a la Convención.

Pues bien, al respecto cabe indicar que, a la época en cuestión, no existía la obligación jurídica internacional de otorgar una pensión de supervivencia a la persona que tenía una unión de hecho con la fallecida del mismo sexo, puesto que no se reconocía, en el ámbito internacional, tales uniones, por lo que no era procedente invocarlas como sustento del *objeto litigioso* o de la pretensión del derecho de solicitar la pensión en comento. Efectivamente, no se encuentra una sola fuente de Derecho Internacional que le impusiera al Estado, al momento de los hechos, la obligación de reconocerle el derecho de pensiones de sobrevivencia a parejas compuestas por personas del mismo sexo.

---

pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana" (Párr)124 y *"que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitían el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional."* Párr. 125

[12] Párr. 137 Al respecto señala que "*aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que éste fue objeto del trato diferente en el año 2002*", añadiendo que *"(e)n ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria.*

[13] Resolutivo 3.

[14] Resolutivo 9.

Lo señalado se colige nítidamente de las reglas establecidas en los artículos 31[15] y 32[16] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[17], aplicables a la Convención en tanto tratado que es, lo que no se debe olvidar.

Efectivamente, no existe antecedente alguno que permita sostener que los Estados Partes de la Convención consintieron de" *buena fe*"[18] en 1969, fecha de la suscripción de esta última, que sus disposiciones se aplicarían a las citadas uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Por el contrario, se puede sostener que no tuvieron la intención alguna de regularlas internacionalmente.

Lo anterior, en virtud de que, en esos tiempos y como consta en la Sentencia, no solo no existía tratado o norma de derecho internacional alguna que aludiera a dichas uniones de hecho, sino que incluso éstas solo han sido reconocidas en solo cinco Estados Partes de la Convención con posterioridad al año 2002.[19] A tal dato habría que añadir que el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha permitido únicamente en cuatro Estados Partes de la

---

[15] *Regla general de interpretación.*

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

[16] "*Medios de interpretación complementarios.*

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

[17] En adelante, la Convención de Viena.

[18] Art.31.1 de la Convención de Viena.

[19] Párrs. 112 a 117.

Convención y en épocas muy recientes.[20] De modo, entonces, que, incluso en la actualidad, dieciséis Estados Partes de la Convención no contemplan en sus legislaciones uniones de hecho o civiles entre personas del mismo sexo.

Cabe añadir que tampoco la Sentencia hace alusión al "*contexto*" de los términos de la Convención[21] de los que podría desprenderse que sus Estados Partes entendieron que ella incluía a las mencionadas uniones. Y ello en mérito de que no hay en el texto de la Convención ni en su preámbulo y anexos, así como tampoco en ningún "*acuerdo*" o "*instrumento*" o "*práctica*"[22] posterior concerniente a la celebración de la Convención o a la interpretación de ésta, que exprese la interpretación evolutiva de la misma, en orden a que sus Estados Partes hayan entendido que la Convención las regula o contempla.

En ese orden de ideas, la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas.

Por otra parte, no se invoca en la Sentencia ninguna *"norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"*[23] que permita sustentar que las citadas uniones se encuentran contempladas o reguladas por el Derecho Internacional.

Por tales razones, no parece aceptable que la Sentencia recurra a algunas legislaciones internas de los Estados Partes de la Convención, como lo ha hecho, para sostener que *"algunos de los países de la región […] han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo […]"*[24]. Más exacto hubiese sido que señalara que, conforme a la información aludida precedentemente, la gran mayoría de los Estados Partes de la Convención no contemplan, en sus respectivas legislaciones, a las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo.

Lo que, en cambio, la Sentencia hace es invocar actos de entidades estaduales y no de Estados, como son Ciudad de México[25] y Ciudad de Buenos Aires[26], por lo tanto, no sujetos del Derecho Internacional.

---

[20] *Idem.*

[21] Art.31, 1 y 2 de la Convención de Viena.

[22] Art.31.2 y 3 de la Convención de Viena.

[23] Art.31.3, c) de la Convención de Viena.

[24] Párr. 112

[25] Párr. 113

También hace mención a resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas también posteriores a la referida petición, y que, más que interpretar una norma de la Convención, formulan aspiraciones y lo hacen respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[27], derechos éstos que, de acuerdo al artículo 26 de la Convención[28], no se encuentran entre los consagrados por ella[29].

Asimismo, la Sentencia hace referencia, para sustentar su decisión, la legislación de los Estados Unidos de América, en circunstancia que dicho Estado no es parte de Convención.[30]

Incluso la Sentencia llega a evocar los Principios de Yogyakarta, que no solo fueron adoptados con posterioridad a la presentación de la petición de autos, sino que lo fueron por un grupo conformado por 29 personas naturales. De modo que a lo más, tal documento podría ser considerado bien como una, no la única ni la más relevante, de las expresiones de la doctrina bien como una pretensión, proposición o sugerencia y, por tanto, no como norma de Derecho Internacional y ni siquiera como interpretativa de la Convención.[31]

Y, por otra parte, cuando alude a la situación de Estados Partes de la Convención, como son los casos de Uruguay[32], Argentina[33] y Brasil[34], parece asimilar las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo con el matrimonio entre las mismas, en circunstancias que son dos instituciones distintas y consideradas por las legislaciones de los Estados Partes de la Convención de manera diferente.

Lo expuesto precedente tiene en cuenta, asimismo, que el reconocimiento hecho por el Estado en orden a la existencia del hecho ilícito consistente en la legislación vigente en el 2002, por una parte, no es vinculante para la Corte[35] y

---

[26] Párr. 115

[27] Párr. 108.

[28] Art. 26: "*Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*."

[29] Arts. 31, 76 y 77, ya cit.

[30] Párr.118.

[31] Párr.110.

[32] Párr. 114

[33] Párr. 115

[34] Párr. 116

[35] Art. 62 del Reglamento de la Corte: "*Reconocimiento. Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte,*

por la otra, que fue planteado en vista de argumentar que ya había cesado el hecho ilícito internacional.[36]

Lo que es de toda evidencia, entonces, es que, al menos a la época del hecho que habría generado responsabilidad internacional del Estado, el concepto de unión de hecho o civil y sus consecuencias, entre ellas lo pertinente a la pensión de sobrevivencia, no era asunto regulado por el Derecho Internacional aplicable al caso de autos, en particular por la Convención, y, que más bien era, consecuentemente, asunto de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados o, si se prefiere, asunto que quedaba en el margen de apreciación de que gozan los Estados para aplicar normas convencionales internacionales.[37] Se debe tener presente, a este respecto, que la jurisdicción doméstica, interna o exclusiva del Estado está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquél. De allí se desprende, entonces, que el Derecho Internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula, bajo el imperio del Derecho Nacional o Interno.

Con lo expuesto, por ende, no se está afirmando que las citadas uniones no puedan o no deban ser abordadas en el futuro por el Derecho Internacional. Lo que se sostiene es que, para que sean materia de Derecho Internacional, deben ser contemplados por alguna fuente de Derecho Internacional, esto es, un tratado, la costumbre o los principios generales de derecho aplicables a los Estados Partes de la Convención y, eventualmente, respecto del Estado de que se trate, por un acto jurídico unilateral del mismo, todo lo cual no acontece en el caso de autos en lo referente al período 2002 a 2007 y/o 2009.

A mayor abundamiento, cabe recordar que la Convención solo contempló algunos derechos humanos, disponiendo en su artículo 31, denominado "*Reconocimiento de Otros Derechos",* que *"(p)odrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76[38] y 77"*[39]. Y es evidente que el derecho a contraer o convenir unión

---

oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos."

[36] Párrs.59 y 61.

[37] Párrs.58 y 62, *OC-4/84, 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.*

[38] **"***1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención. 2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación."*

de hecho o civil entre personas del mismo sexo, no estaba previsto en la Convención ni en ninguna norma de Derecho Internacional vigente para el Estado a la época del hecho que habría dado origen a la alegada en responsabilidad internacional

Sobre este particular, procede afirmar que evidentemente la Convención y su evolución recoge el consenso cultural existente en esa época entre sus Estados Partes, no incluyendo, por ende, en sus disposiciones instituciones que, si bien podrían ser consideradas como legítimas en otras culturas, no resultaban aceptables en la sociedad interamericana. Es lo que ocurre con las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo. En 1969 no existía consenso sobre la aceptación de esa institución y tampoco lo existía al momento en que ocurrieron los hechos del presente caso. A lo más, dicha aceptación no era más que una aspiración.

Por lo tanto, el eventual control de convencionalidad que, en el presente caso, podrían haber hecho o que hicieron los órganos internos del Estado al aplicar las leyes que no permitía otorgar una pensión a la pareja sobreviviente del fallecido de su mismo sexo, no podría haber arrojado sino que lo dispuesto en ellas no comprometía la responsabilidad internacional del Estado.

En otras palabras, lo que se sustenta en este voto se hace sobre el supuesto de que a quién le compete el ejercicio de la función normativa en el ámbito correspondiente a la Convención, especialmente en relación a asuntos de alto contenido ético y moral y que se consideran conforman la base de la sociedad, en los que, por ende, se involucran legítimas concepciones ideológicas, morales, religiosas y aún éticas, es a sus Estados Partes[40] y no a la Corte, ejercicio que, además y dado el actual escenario institucional interamericano, de darse, sería más democrático y suministraría mayor legitimidad a la norma que eventualmente se adopte.

De todo lo indicado se concluye, por tanto, que, al momento de la presentación de la petición inicial de autos, no existía la obligación internacional de reconocer la unión civil o de hecho entre personas del mismo sexo, por lo que el acto del Estado por el que desestimó la pretensión de la presunta víctima de obtener la pensión de sobrevivencia por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo, no constituyó un hecho ilícito internacional.

En suma, tampoco existió en autos *causa petendi*.

---

[39] "*1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. 2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo*."

[40] Arts.31, 76 y 77, ya citados.

III. Ausencia de Discriminación.

Como ya se indicó, la Sentencia señala que lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 y del Decreto 1889, de 1994, que solo reconocían las parejas de hecho entre personas de distinto sexo y que, por ende, *"no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación"*.[41]

Más, no existiendo hecho ilícito internacional al momento en que se le negó a la víctima la posibilidad de solicitar la aludida pensión de sobrevivencia, obviamente no podría haber tenido lugar tampoco una discriminación.

Pero, además y a mayor abundamiento, cabe tener presente que no toda distinción es discriminación.

Efectivamente, incluso el concepto que el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha dado sobre la discriminación y que la Corte hace suya, [42] conduce a esa conclusión. Según tal concepto, una distinción, exclusión, restricción, preferencia o diferencia de trato que se establezca será discriminación siempre y cuando ello tenga "*por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*". *Ergo*, si no tiene dicho objeto o resultado, no constituirá discriminación y será, por ende, permitida. De esa forma, pues, admite que hay una diferencia entre discriminación y distinción.

Al respecto, es de subrayar que el citado concepto de discriminación corresponde a lo que en el Diccionario de la Real Academia Española se entiende por él, vale decir, "*seleccionar excluyendo*" y "*dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc*." Es en definitiva, por ende, la desigualdad en el trato por los motivos indicados lo que caracteriza a la discriminación.

Ahora bien, siendo ello así, resulta que la discriminación tiene lugar en los casos, como el que nos ocupa, en que, a iguales, se les considera de manera diferente.

De allí, por lo tanto, que la discriminación solo se concibe si, a personas que se encuentran en una misma o igual condición o situación jurídica, se les trata de manera distinta, afectando, así, el ejercicio o goce de sus derechos humanos. En tal orden de ideas se podría decir, por ejemplo, que si a niños o mujeres se les concediera un trato diferente de los que se le dan, respectivamente, a otros

---

[41] Párr. 125

[42] "*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*". Párr.90.

niños[43] u otras mujeres[44], afectando el reconocimiento o goce de sus derechos humanos, habría discriminación.

Lo anterior implica, entonces, que puede haber diferencias en la situación de las personas en relación a sus derechos humanos.

La jurisprudencia de la Corte se ha inclinado por la misma perspectiva. Así, ha *afirmado "que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"*[45]**,** *por lo que "no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana."*[46]

Ahora bien, la Sentencia, sobre la base de lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia, afirma "que *es posible concluir que la finalidad social de la Ley 54 de 1990 era la protección de la mujer y de la familia"* y que si bien *"entiende que las finalidades de la ley podrían considerarse como legítimas"*[47]*,* estima, no obstante, *"que no existe una justificación objetiva y razonable que permita colegir que la restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia a través de una diferenciación basada en la orientación sexual pueda ser necesaria para la protección de la familia"*[48].

Pero, la Sentencia, parece no solo olvidar su recién citada jurisprudencia y no considerar lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Convención, en cuanto a que "(*l)a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*", sino que lo que en realidad parece hacer es jurídicamente igualar o asimilar la situación de la unión de hecho o civil entre personas del mismo sexo con la del matrimonio, lo que, ciertamente, no corresponde conforme al estado actual del ordenamiento jurídico interamericano y a una correcta interpretación de la Convención.

---

[43] Art. 19 de la Convención: "*Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."*

[44] Art. 4.5 de la Convención: "*No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez*."

[45] OC-4/84 *cit*. párr. 56.

[46] *Idem*, párr. 57.

[47] Párr. 108.

[48] Párr.128.

En efecto, es indiscutible, es de toda evidencia que el matrimonio y la unión civil o de hecho son dos realidades distintas, con características diferenciadas y regulaciones nacionales diferentes en los Estados en contemplan a estas últimas. Tanto es así que, como ya se indicó, en algunos Estados Partes de la Convención se ha consagrado la institución de la unión civil o de hecho coexistiendo con el matrimonio e incluso, en alguno de esos Estados, mientras el matrimonio es previsto únicamente entre personas del mismo sexo, la unión civil o de hecho lo es también entre personas de distinto sexo.

En síntesis, tratándose de dos instituciones distintas, matrimonio y unión civil y, además, siendo solo la primera contemplada en la Convención, no resulta procedente invocar, en el caso de autos, la discriminación, dado que la situación jurídica en que se encontraba la presunta víctima no era igual a la de uno de los contrayentes del matrimonio.

Es por lo señalado, que se podría afirmar que lo resuelto en la Sentencia podría conducir a la conclusión, entre otras, de que todos los Estados Partes de la Convención que no hayan reconocido en sus legislaciones internas o nacionales la unión de hecho o civiles entre personas del mismo sexo, que son, como se señaló precedentemente, la gran mayoría, estarían incurriendo en un hecho ilícito internacional, lo que no parecería ser procedente.

Finalmente, una acotación adicional al efecto. Lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención[49] y, por ende, lo pertinente a la mencionada obligación de no discriminar, impregna a todos los derechos humanos consagrados en ella, de modo que tal disposición no debería ser interpretada y aplicada aisladamente, sino que en íntima vinculación con tales derechos.[50] La obligación de no discriminar no tiene, entonces, existencia autónoma o independiente de dichos derechos. De modo que lo que procede, cuando se interpreta, es determinar el sentido y alcance de la norma correspondiente, entendiendo que ella refleja a lo que los Estados Partes de buena fe convinieron al respecto y que, en ese marco, procuraron establecer una distinción más no una discriminación.

CONCLUSIÓN.

Del mérito de autos consta que las pretensiones de los solicitantes se satisficieron plenamente por parte del Estado con bastante antelación al sometimiento del caso ante la Corte. Igualmente, es evidente que, al momento en que, en el ámbito nacional, se le negó a la presunta víctima la posibilidad de solicitar la pensión de sobrevivencia, no existía obligación jurídica internacional de reconocer las uniones de hecho entre personas de distinto sexo y, consecuentemente, de obtener tal pensión en base a dicha unión.

---

[49] "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*."

[50] Párr. 93 y Opinión Consultiva OC-4/84, cit. párr. 53.

Finalmente, también es indiscutible que, por lo tanto, no pudo haber discriminación, menos aún con relación a una institución diferente, cual es el matrimonio.

Visto lo anterior, no se comprende, en consecuencia, la razón por la que este caso fue sometido por la Comisión a la decisión de la Corte, ni menos aún los motivos por los que ésta resolvió como lo hizo.

Eduardo Vio Grossi
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Sentencia 28957/95

CASO CHRISTINE GOODWIN CONTRA REINO UNIDO

Artículos 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (Derecho a casarse y a fundar una familia) y 13 (Derecho a un recurso efectivo)

Sentencia de 11 de julio de 2002

Mediante sentencia dictada en Estrasburgo el 11 de julio de 2002 en el caso *Christine Goodwin contra Reino Unido,* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara, por unanimidad:

que se ha producido una *infracción del artículo 8* (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos ;

que se ha producido una *infracción del artículo 12* (derecho a casarse y a fundar una familia);

que no se plantea ninguna cuestión clara desde el punto de vista del artículo 14 (prohibición de la discriminación);

que no se ha producido *infracción del artículo 13* (derecho a un recurso efectivo).

Dictamina por unanimidad que el reconocimiento de las infracciones constituye en sí una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral sufrido por la demandante y le concede 39.000 euros por gastos y costas.

1. HECHOS

La demandante, Christine Goodwin, nacional británica, nacida en 1937, es una transexual operada que ha cambiado del sexo masculino al femenino.

La demandante declara haber tenido problemas y haber sido víctima de acoso sexual en su trabajo durante y después del cambio de sexo. Recientemente, encontró dificultades en lo que respecta a sus cotizaciones de la Seguridad Social: puesto que continúa siendo un hombre a efectos legales, debe continuar abonando sus cotizaciones hasta que cumpla sesenta y cinco años. Si se hubiese reconocido su identidad sexual femenina, habría dejado de adeudar estas cotizaciones en abril de 1997, a la edad de sesenta años. Para evitar preguntas por parte de su patrón con respecto a esta anomalía, tuvo que firmar un acuerdo específico, en virtud del cual continuó pagando directamente ella misma sus cotizaciones. Igualmente, alega que el hecho de haber conservado el mismo número de seguro nacional ha permitido que su patrón se diera cuenta de que había trabajado para él como hombre en el pasado bajo otra identidad, lo que le ha supuesto una fuente de molestias y humillaciones.

2. PROCEDIMIENTO Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL

La demanda se presentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el 5 de junio de 1995 y se declaró su admisibilidad el 1 de diciembre de 1997. Se trasladó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 1 de noviembre de 1998 . El 11 de septiembre de 2001, una sala del

Tribunal (sección tercera) decidió inhibirse en favor de la Gran Sala. El 20 de marzo de 2002 tuvo lugar la vista.

La sentencia fue dictada por la Gran Sala, compuesta por los diecisiete jueces siguientes: Luzius Wildhaber (suizo), *presidente;* Jean-Paul Costa (francés), Nicolas Bratza (británico), Elisabeth Palm (sueca), Lucius Caflisch (suizo), Riza Türmem (turco), Françoise Tulkens (belga), Karel Jungwiert (checo), Marc Fischbach (luxemburgués), Volodymyr Butkevych (ucraniano), Nina Vajic (croata), John Hedigan (irlandés), Hanne Sophie Greve (noruega), András Baka (húngaro), Kristaq Traja (albanés), Mindia Ugrekhelidze (georgiano), Antonella Mularoni (sanmarinés), *jueces;* así como por Paul Mahoney, *secretario.*

1. RESUMEN DE LA SENTENCIA

I. Quejas

La demandante se queja de la falta de reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual y del estatuto jurídico de los transexuales en el Reino Unido. Denuncia, concretamente, el trato que se le dispensa en el ámbito laboral, de la seguridad social y de las pensiones, así como la imposibilidad de casarse. Invoca los artículos 8, 12, 13 y 14 del Convenio.

II. Decisión del Tribunal

1. *Artículo 8 del Convenio*

La demandante se sometió a una operación de cambio de sexo a cargo del Servicio Nacional de Salud y lleva una vida social de mujer, pero continúa sieando un hombre en el plano jurídico. Esta situación repercute en su vida, ya que el sexo reviste una importancia jurídica, por ejemplo, para las pensiones, la edad de jubilación, etc. En este caso, se puede producir un grave atentado contra la vida privada, ya que un conflicto entre la realidad social y el Derecho coloca a la persona transexual en una situación anormal que le provoca sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad. El Tribunal destaca que no se ha producido ningún descubrimiento de importancia con respecto a las causas de la transexualidad, pero estima más significativo el hecho de que se reconozca ampliamente, a escala internacional, que la transexualidad constituye una situación médica que justifica un tratamiento. El Tribunal no está convencido de que la imposibilidad para las personas transexuales de adquirir todas las características biológicas del nuevo sexo revista una importancia decisiva. Existen elementos claros e incontestables que muestran una tendencia internacional continuada, no solamente hacia una aceptación social mayor de los transexuales, sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados. Considerando los elementos de que dispone, el Tribunal no confirma que pueda haber un riesgo real de perjuicio para terceros por la modificación del sistema de registro de nacimiento como consecuencia de un reconocimiento del cambio de sexo y destaca que el Gobierno está estudiando en la actualidad propuestas de reforma del sistema de registro, tendentes a posibilitar de forma permanente la modificación de los datos sobre el estado civil.

Tras confirmar que las dificultades y anomalías de la situación de la demandante como transexual operada no llegan al grado de injerencia cotidiana que sufría la demandante en el caso B. contra Francia (sentencia de 25 de marzo de 1992), el Tribunal subraya que la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. En concreto, el ámbito del artículo 8 del Convenio, donde la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías de esta disposición, la esfera personal de cada

individuo está protegida , comprendiendo el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano. En el siglo XXI, el derecho de los transexuales a gozar plenamente -al igual que sus conciudadanos- del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral no se puede considerar una cuestión controvertida que requiera tiempo para que se lleguen a comprender más claramente los problemas en juego. Esta apreciación encuentra su confirmación a escala internacional en el informe del grupo de trabajo interministerial sobre los transexuales y en la sentencia dictada por el Tribunal de apelación británico en el caso *Bellinger v. Bellinger* [*England and Wales Court of Appeal (Civil Division),* 2001, núm. 1140].

El Tribunal no subestima la importante repercusión que tendrá inevitablemente un cambio fundamental del sistema, no sólo para el registro de nacimiento, sino también en campos como el acceso a los registros, el Derecho de familia, la filiación, la sucesión, la seguridad social o los seguros. Sin embargo, las propuestas del grupo de trabajo interministerial muestran que estos problemas no son, ni con mucho, insuperables. De hecho, no se ha demostrado que una modificación de la condición de los transexuales pueda conllevar dificultades concretas o notables o que atente contra el interés público. En cuanto a las otras consecuencias eventuales, el Tribunal considera que se puede exigir razonablemente de la sociedad que acepte ciertos inconvenientes con el fin de permitir a las personas que vivan con dignidad y se las respete según la identidad sexual que hayan escogido a costa de grandes sufrimientos. El Tribunal ha reiterado desde 1986, y últimamente en 1998, la importancia de examinar de forma permanente la necesidad de adoptar medidas jurídicas adecuadas, teniendo en cuenta la evolución de la ciencia y de la sociedad, pero el Estado demandado no ha hecho nada realmente. Considerando lo precedente, el Tribunal estima que el Estado demandado ya no puede invocar su margen de apreciación en la materia, excepto en lo concerniente a los medios que deben aplicarse para asegurar el reconocimiento del derecho protegido por el Convenio. El Tribunal concluye que la noción de justo equilibrio inherente al Convenio hace que, en lo sucesivo, la balanza se incline inequívocamente en favor de la demandante. Por tanto, ha existido una vulneración del derecho de la interesada a su vida privada, con infracción del artículo 8 .

2. *Artículo 12 del Convenio*

Ciertamente, el artículo 12 contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a casarse, pero el Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que se deba determinar el sexo según criterios puramente biológicos. Tras la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha transformado profundamente por la evolución de la sociedad, y los avances de la medicina y la ciencia han supuesto cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado más arriba, en el ámbito del artículo 8, que la falta de concordancia de los factores biológicos en un transexual operado ya no puede constituir un motivo suficiente para justificar la negación a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado. Se han de tener en cuenta otros factores: el reconocimiento por parte de la comunidad médica y las autoridades sanitarias de los Estados firmantes del estado médico de confusión de la identidad sexual, la oferta de tratamientos -comprendidas las intervenciones quirúrgicas- que, supuestamente, permiten a la persona en cuestión aproximarse lo más posible al sexo al cual siente pertenecer y la adopción por ésta del papel social de su nuevo sexo.

El derecho a que se respete la vida privada garantizado por el artículo 8 no engloba, sin embargo, el conjunto de preguntas que se plantean en el campo del artículo 12, que menciona expresamente las condiciones impuestas por las leyes nacionales. Por tanto, el Tribunal ha estudiado si el hecho de que el Derecho nacional mantenga, a efectos del matrimonio, el sexo registrado en el nacimiento constituye en este caso una limitación que atente contra el fondo

mismo del derecho al matrimonio. A este respecto, estima que es artificial afirmar que las personas que se hayan sometido a una intervención de cambio de sexo no se ven privadas del derecho al matrimonio, ya que, conforme a la ley, les resulta posible casarse con una persona del sexo opuesto al suyo anterior. En este caso, la demandante lleva una vida de mujer y desea únicamente casarse con un hombre. Ahora bien, no tiene la posibilidad de hacerlo. Puede, por tanto, quejarse de un atentado contra el fondo mismo de su derecho al matrimonio. Aunque el número de países que autorizan el matrimonio de transexuales bajo su nueva identidad sexual sea inferior al de Estados que reconocen la propia conversión sexual, el Tribunal no está convencido de que pueda confirmar la tesis según la cual los Estados firmantes deben tener la potestad absoluta de regular la cuestión en el marco de su margen de apreciación. Esto llevaría a concluir que el abanico de opciones abiertas a un Estado firmante puede llegar a prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio. Aunque corresponde al Estado firmante la determinación, en especial, de las condiciones que debe cumplir una persona transexual que reivindique el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que su conversión sexual se ha realizado correctamente y las formalidades aplicables a su futuro matrimonio (por ejemplo, la información que se debe facilitar a los futuros cónyuges), el Tribunal no encuentra razón alguna que justifique que los transexuales se vean privados en cualquier circunstancia del derecho al matrimonio. Concluye así que se ha infringido el artículo 12.

3. Artículo 14 del Convenio

El Tribunal considera que en la base de los motivos enumerados por la demandante respecto del artículo 14 del Convenio se encuentra la falta de reconocimiento jurídico del cambio de sexo de una persona transexual operada. Estas cuestiones se han estudiado desde el punto de vista del artículo 8, cuya infracción se ha confirmado. En estas condiciones, el Tribunal considera que no se plantea ninguna cuestión evidente con respecto al artículo 14 y no formula ninguna conclusión separada sobre este motivo.

4. Artículo 13 del Convenio

Según la jurisprudencia de los órganos del Convenio, no se puede interpretar que el artículo 13 exija un recurso contra el estado del Derecho interno porque, de lo contrario, el Tribunal obligaría a los Estados firmantes a que incorporasen el Convenio. En consecuencia, los motivos de la demandante chocan con este principio, en tanto que se queja de la ausencia de cualquier recurso antes del 2 de octubre de 2000, fecha de entrada en vigor de la Ley de 1998 sobre derechos humanos. Después de esta fecha, la interesada habría podido acudir a los tribunales internos, que disponían de una gama de posibilidades para corregir la situación. Por lo tanto, el Tribunal no constata ninguna infracción del artículo 13.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LA LIBERTAD - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE: MBJ DE LA ESPERANZA (SECTOR SANTA VERONICA MZ 17 LT2),
Juez:RAMIREZ SANCHEZ Felix Enrique FAU 20477550429 soft
Fecha: 10/08/2023 12:06:06,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: LA LIBERTAD / LA ESPERANZA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LA LIBERTAD - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE: MBJ DE LA ESPERANZA (SECTOR SANTA VERONICA MZ 17 LT2),
Secretario:GUEVARA LINARES ERWIN LEWIS /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 10/08/2023 12:07:25,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: LA

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
MODULO BÁSICO DE JUSTICIA DE LA ESPERANZA
JUZGADO CIVIL DE LA ESPERANZA

EXPEDIENTE : 02018-2022-0-1618-JR-CI-01.
DEMANDANTE: xxxx (CRISSEL A.S.S.)
DEMANDADO : RENIEC Y OTROS
MATERIA : CAMBIO DE SEXO Y RECONOCIMENTO DE SU CONDICIÓN DE MUJER
JUEZ : FÉLIX ENRIQUE RAMIREZ SÁNCHEZ
SECRETARIO : ERWIS LEWIS GUEVARA LINARES

SENTENCIA No. - 2023

Este órgano jurisdiccional, siguiendo los lineamientos vinculantes delimitados por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 24/17 y por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 6040-2015-PA/TC, procede a garantiza los derechos fundamentales de la accionante a su identidad sexual (y por ende al género autopercibido), al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, en su condición de mujer transexual; consecuentemente dispone la rectificación de los datos registrales en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, tanto de su sexo: de masculino a femenino, y de su prenombre: de G.J. a Crissel A., así privilegia la autonomía personal que ostenta la accionante para definir su propia identidad sexual y género.
Por otro lado, reconoce la situación de vulnerabilidad procesal en la que se encuentra la parte actora, en tanto, pertenece a la comunidad LGTBI+, por lo que a efecto de compensar dicha asimetría, procede aplicar al caso concreto la "*suplencia de queja deficiente*" para incluir una pretensión implícita y accesoria, y a partir de ello, se dispone también la rectificación de dichos datos personales en el registro físico y/o virtual de la Universidad Nacional de Trujillo, el Instituto Superior Tecnológico No Estatal "San Luis" y otros, donde la actora cursó estudios superiores; decisión que asegura la identidad "plena" de la accionante, la cual es transversal al ejercicio de otros derechos fundamentales como son a la educación, al trabajo, entre otros.
Finalmente se precisa que la presente sentencia va más allá de amparar un pedido de cambios de datos personales, y es más bien, un pronunciamiento de reconocimiento pleno de los derechos antes mencionado, en tal sentido, una vez firme que sea, esta tendrá efectos "positivos" en todos los ámbitos de la vida de "Crissel A.", y es que todas las entidades públicas o privadas, funcionario público o persona natural deberá reconocer "sin limitación alguna su derecho a ser considerada como mujer", prohibiendo imponer en lo futuro limitaciones irrazonables o discriminar o estigmatizarla porque en algún momento se le considero hombre en sus datos registrales

RESOLUCIÓN NÚMERO OCHO.
La Esperanza, cuatro de agosto //
Del año dos mil veintitrés --

I. ASUNTO:

Determinar la fundabilidad o no de las pretensiones requeridas por el demandante G.J. S.S., las cuales pasamos a precisar:

1.1.- Solicita la declaración judicial de cambio de sexo de masculino a ***femenino*** en sus documentos de identificación personal como son: su partida de nacimiento, su documento nacional de identidad; ello en ejercicio del derecho a la identidad sexual.

1.2.- Solicita se disponga el cambio de prenombres en sus documentos de identidad como son la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad, de G.J. a "***Crissel A.***"; ello en el ejercicio del derecho a la identidad sexual.

II.- ANTECEDENTES:

2.1. ESCRITO DE DEMANDA.

Con fecha 4 de junio del 2022, la parte recurrente interpone demanda en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de su sexo: de masculino a femenino, y la modificación de sus prenombres de G.J. a "Crissel A.", en sus documentos de identificación legal (partida de nacimiento y documento nacional de identidad).

Sostiene que nació el 3 de marzo de 1993, en el distrito y provincia de Tumbes, quedando inscrito en el Registro de Nacimientos de la Municipalidad de Tumbes con el nombre de G.J.S.S, ello acorde con la realidad anatómica y de corporalidad específica al momento de nacer: "masculino". Sin embargo, menciona que siempre se ha identificado plenamente como una mujer, desarrollando actividades y actitudes compatibles con el sexo femenino, y a la vez expresa rechazo a la identidad de género impuesta desde la niñez y que se encuentra consignada en el registro personal, tal es así que experimento animosidad al tener que desempeñar roles tradicionales asignados al sexo masculino, por lo que se sintió siempre discriminada.

Agrega que ha venido realizando una serie de modificaciones en su fisonomía, a fin de concordar su apariencia física a la de su identidad psicológica autopercibida, como es el de "sentirse mujer"; así, afirma que dejo de lado la apariencia masculina y, más bien, asumió la de una mujer; y conjuntamente a ese proceso de transición acogió como nombre la de "Crissel A.", prenombre con la cual es reconocida socialmente. También relata que durante la etapa universitaria, se vio frustrada y discriminada, ello debido a que las autoridades lo nombraban con su nombre masculino, es más, también refiere que consignan dicho prenombre en sus diplomas de bachiller y constancias de estudios, situación que la disuade de seguir estudios de especialidad y postgrado, pues resulta –según expresa- humillante, en tanto el registro de los mismos no coincidiría con su identidad real y, es más, reafirma que esta discordancia repercute en su vida cotidiana, como es la profesional y laboral, situación que vulnera plenamente los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, entre otros.

Finalmente, afirma la accionante que la asignación legal del sexo que se fijó unilateralmente al nacer (masculino), como del prenombres de G.J., reflejados en sus documentos de identidad, han originado que durante toda su existencia viva maltratos, dificultades y discriminaciones, en tanto física, psicológica y socialmente es considerada una mujer; situación que convierte su existencia en una sistemática vulneración estructural de sus derechos, razón por la cual acude a este órgano jurisdiccional en busca de tutela jurisdiccional diferenciada y solicita la rectificación judicial de datos a través de presente proceso, en tanto, la identidad formal y legal debe reflejar su identidad vivida y no solo la biológica, debiendo para tal efecto consignarse en sus documentos de identidad: su sexo femenino y su nombre Crissel A..

2.2.- CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La Procuradora Pública del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC contesta la demanda, mediante escrito de fecha 30 de setiembre del 2022, oponiéndose a la solicitud requerida por la accionante sobre cambio de nombre y sexo en sus documentos de identidad; pretendiendo que se desestime la demanda incoada.

Argumenta dicha institución que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC registra los datos que identifican a las personas naturales - incluyendo imágenes-, los cuales permiten emitir el documento nacional de identidad. A la vez, indica que la pretensión del cambio de sexo y nombre de la accionante en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad es inviable legalmente debido a que la normatividad vigente prohíbe expresamente cualquier modificación de la identidad inscrito primigeniamente en Registros, y ello se debe a que la finalidad de salvaguardar los principios que rigen el sistema registral de identidad, como es el permitir que la sociedad conozca los elementos básicos que identifica a toda persona.

Por otro lado, se afirma que el sistema normativo vigente no acoge la figura de género como una situación relacionada a la autopercepción con un sexo determinado, tan solo permite la diferencia biológica de varón y mujer, ello bajo la percepción binaria que nos rige, por lo que el pedido del accionante de cambiar el sexo y su nombre alegando una categoría legal inexistente constituye un absurdo jurídico, debiendo rechazarse la demanda incoada. Recalca así, que ha sido el propio Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 00139-2013-PA/TC San Martín, que ha señalado que el cambio de sexo no puede ser decidido en sede judicial, sino que ello es competencia exclusiva y excluyente del legislador, además de hacer referencia al carácter no vinculante de la opinión consultiva emitida sobre la materia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, alega dicha procuraduría que la pretensión de cambio de sexo de una persona transexual no armoniza con los intereses de la familia y la sociedad, ya que el permitir el cambio de sexo, implicaría que dicha persona podría contraer matrimonio, adoptar niños, lo cual no está permitido, además de afectar al matrimonio si dicha persona estaría casada, por lo que debería operar la disolución del mismo, lo cual no es aceptable, debiendo desestimar la pretensión incoada.

2.3.- DECURSO PROCESAL.

(i). - Con fecha 4 de junio del 2022, don G.J.S.S interpone una demanda de cambio de sexo y nombre [folios 12 a 24], siendo modificada por escrito de fecha 36 de setiembre del 2022 [folios 28 a 36]

(ii). - Por su parte el órgano jurisdiccional admite la demanda mediante resolución número uno, de fecha 15 de julio de 2022, disponiendo correr traslado de esta al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y Ministerio Público; y, a la vez, señaló la fecha para la audiencia única [folios 25 y 26]

(iii). - El Procurador Público del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil absolvió la demanda mediante escrito de contestación, de fecha 30 de setiembre del 2022, a

través de la cual solicita tácitamente que se desestime las pretensiones de la demandante, fundamentándose en los términos que se indican en dicho escrito.

(iv). - Con fecha 24 de octubre del 2022, se realizó la audiencia única, acto procesal que se llevó a cabo conforme el acta de su propósito, donde se saneo el proceso, fijo puntos controvertidos constitucionalmente y donde las partes y abogados expusieron su teoría del caso. Asimismo, se dispuso pruebas de oficio, la que se actuó en la misma audiencia, siendo el estado el de emitir la sentencia correspondiente.

III.- CUESTIÓN PREVÍA: LA NECESIDAD DE OTORGAR TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DIFERENCIADA EN EL PRESENTE PROCESO

A.- LA VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES EN EL PROCESO CIVIL

3.1. Como cuestión previa, debemos señalar que la parte accionante alega ser una persona que tiene una identidad de género distinta al estándar legal y a la percepción binaria que se tiene socialmente del sexo (como son el hombre/masculino y mujer/femenina), calificándose como una persona ***"transexual***", ello debido a que percibe y expresa socialmente un género distinto al corporal/somático y legal que ostenta, evidenciando una insatisfacción y rechazo con el dato legal de su sexo en sus documentos de identificación, como es el masculino y que pretende ser aceptado legalmente con el género elegido libre y autónomamente, que es el femenino.

3.2.- Se precisa, que el sistema interamericano de derechos humanos, como nuestro sistema constitucional reconocen a las personas transgénero [llamada también trans] como parte de la comunidad LGTBI"[1], colectivo social que es considerado a la vez "grupo ***vulnerable",*** debido a la situación de discriminación histórica e irracional que viven sus miembros por parte de la sociedad e incluso del mismo Estado (violencia estructural), llevados por el menosprecio y estereotipos generalizado en razón de su orientación e identidad sexual[2] . Ello trae como consecuencia, la limitación en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales como es el acceso a la salud, a la educación, al empleo, a la justicia, a la participación política, al reconocimiento de su identidad, entre otros, ello debido a las desventajas en la que se encuentran respecto de todos y todas las personas existentes; situación que impide que dichas personas realicen sus planes de vida con plena autonomía y respeto de su voluntad y dignidad como personas humanas.

---

[1] La Opinión Consultiva OC-24/17 emitido por la Corte IDH, define la denominación LGBTI como las siglas que identifica a la comunidad conformada por "lesbiana, gay, bisexual, trans o transgénero o intersex, y que se utiliza "***para describirá los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculino y femenino***". Aclara la Corte que, sobre esta sigla en particular, debe tenerse en cuenta que dicha "***terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personase asexuales, Queers, Trasvestis, Transexuales, entre otras***".

[2] En términos precisos, la "vulnerabilidad" constituye aquella situación de desventaja y exclusión (discriminación) en la que se encuentran ciertos grupos de personas por una razón o condición objetiva como pueden ser factores físicos, personales (edad, orientación sexual, sexo, discapacidad, etc.), económicos -sociales (migrantes, pobreza), culturales y/o políticos en relación a las demás personas, causando de esta manera limitaciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales e incluso de acceso a la justicia que está encargada justamente de garantizar sus derechos fundamentales

3.3.- Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[3], la Corte Interamericana de Derechos Humanos[4], la Defensoría del Pueblo del Perú[5] y el propio Tribunal Constitucional peruano[6], hacen referencia a la situación histórica de discriminación y vulnerabilidad en la que se encuentra las personas trans, lo que ha devenido en una constante negación de sus derechos fundamentales, situación asimétrica que exige se les brinde una tutela diferenciada como mecanismo de compensación para el ejercicio al acceso a la justicia y lograr la efectividad de sus derechos fundamentales. Ello supone saltar las barreras burocráticas impuestas por la ausencia normativas o por la presencia de normas contrarias al sistema convencional y/o constitucional e, incluso, por la existencia de estereotipos y estigmas en torno a su orientación sexual y/o identidad de género por parte de los mismos jueces y juezas al momento de analizar el caso concreto.

3.4.- En tal sentido, el sistema convencional y constitucional considera a los miembros de la comunidad LGTBI [entre los que se encuentran los transexuales] como una "***categoría sospechosa***" protegida, en tanto, son considerados parte del grupo social que han sido históricamente discriminados, reconociendo su situación de vulnerabilidad y desventaja[7]; por ende, reconocen que son merecedores de recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. Y es que dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en

---

[3] Ver el "***Informe sobre violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América" (2015) y el Informe sobre los Avances y Desafíos hacía el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas (2018),*** donde dan cuenta que si bien existe ciertas mejoras en relación al reconocimiento de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad LGTBI, hay retrocesos debido a la presencia de sectores anti derechos LGTBI que incluso se encuentran en el seno de los poderes del Estado que se traducen en medidas contrarias a los derechos de las personas LGTBI, siendo esta situación insuficiente para lograr una protección completa de los derechos de estas personas en la región y clama la urgencia de que los Estados actúen con la debida diligencia para lograr el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de las personas LGTBI. Por otro lado, tenemos los instrumentos elaborados por ***Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA)*** de la OEA denominados "***Panorama del Reconocimiento Legal de la Identidad de Género en las Américas***" (2020) y "***Lineamientos para la implementación de la Opinión Consultiva No. 24 en el marco del reconocimiento legal de la identidad de género***" (2020) donde concluye la presencia de violencia contra dicha comunidad en todos los ámbitos de su desarrollo a nivel latinoamericano

[4] Ver sentencia recaída en los casos ***Atala Riffo y niñas vs Chile (2012), Azul Rojas Marín y otras vs Perú (2020)***, ***Vicky Hernández y otras vs Honduras (2021)*** y la ***Opinión Consultiva 24/2017 "Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo"*** donde se da cuenta que las personas LGTBI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural y oficial, estigmatización y diversas formas de violencia y violación a sus derechos fundamentales debido a su orientación sexual o identidad de género, situación que los pone en un riego mayor en el ámbito familiar y comunitario, razón por la que instan a los Estados adoptar las medidas necesarias para evitar violaciones a los derechos humanos por su orientación sexual e identidad de género.

[5] Ver el ***Informe Defensorial No 175 "Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú"***, (aprobada mediante Resolución Defensorial No. 010-2016/DP de fecha 29.08.2016) y ***Informe de Adjuntía No 007-2018-DP/ADHPD*** denominada: ***"A dos años del Informe Defensorial No. 175. Estado Actual de los Derechos de las Personas LGBTI" (2018),*** en donde hace referencia que en el Perú las personas de la comunidad LGTBI afronta problemas en el ejercicio de sus derechos fundamentales a causa de los prejuicios, estereotipos y estigma en torno a su orientación sexual y/o identidad de género, y existen problemas para hacer efectivo sus derechos fundamentales, siendo uno de los grandes problemas la omisión legislativa sobre una ley de identidad de género que disponga un procedimiento administrativo ante Reniec para que las personas trans puedan cambiar su nombre y/o sexo en sus documentos de identidad, como también hay ausencia de una Ley que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo

[6] Ver STC N° 06040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero Saldarriaga), fundamento 14 STC 2868-2001-AA/TC (Caso José A. Álvarez Rojas), STC 2273-2005-PA/TC (Caso Karen Mañuca), STC 0926-2007-PA/TC (Caso CFAD), STC 023-2013-AI/TC (Caso Defensoría del Pueblo), entre otros

[7] Las reglas 3, 4 y 20 de las 100 Reglas de Brasilia actualizada (2018), considera a una persona o grupo de persona que tenga una orientación sexual distinta al impuesto socialmente, como personas en condición de vulnerabilidad

alguno de estos criterios expresamente vedados estará afecta a una presunción de inconstitucionalidad, la cual solo podrá ser desvirtuada, a través de una justificación estricta, objetiva y razonable de dicha diferenciación por parte del presunto agresor[8].

3.5.- Según lo dicho podemos afirmar que existe una correlación sustancial entre los grupos vulnerables considerados como categoría sospechosa y el deber de protección; en tanto, existe la obligación de todo órgano estatal [incluido el jurisdiccional] de garantizar los derechos sustantivos y procesales a toda persona y en especial a las personas en condición de vulnerabilidad, para lo cual debe partir por reconocer la situación de desventajas y desigualdad material y procesal en las que se encuentran, y a partir de ello aplicar figuras e instituciones jurídica que permitan compensar dicha desigualdad material o procesal, para lograr de esta manera efectivizar los derechos fundamentales de dichas personas.

3.6.- En resumidas cuentas "la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en situación de vulnerabilidad (incluido las personas trans)" se manifiestan tanto en el ámbito de las relaciones sustantivas, como también en los procesos judiciales [incluidos los de corte privatista como son los procesos civiles], al encontrarse también en dicho escenario en situación de desventajas respecto a las demás personas que actúan en el proceso mismo, lo que no les permite ejercer plenamente sus derechos de corte procesal. Así, en el marco de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, es que se reconoce el concepto de vulnerabilidad como una categoría jurídico-convencional presente en todos los procesos judiciales, indistintamente de su naturaleza [incluidos los civiles], y sobre la cual el proceso mismo, no puede ni debe ignorarlo, ni ser ajeno o indiferente a ellos.

3.7.- En el proceso civil existe un principio general y básico en su estructura denominado principio de igualdad procesal, que pregona –al menos formalmente- que todas las partes son iguales ante el juez o jueza civil; sin embargo, dicho principio procesal debe interpretarse –hoy en día- en clave constitucional, en tanto, exige que los jueces y juezas deban otorgar un trato igualitario a las partes que se encuentra en las mismas condiciones de paridad e igualdad, y otorgar un trato diferenciado, razonable y particularizado cuando exista una desigualdad o asimetría entre las partes, donde una de ellas se encuentra en desventaja respecto a la otra (vulnerabilidad procesal), compensando así dicha desigualdad existente. Es en este último supuesto, que se exige que los jueces y juezas civiles otorguen una tutela jurisdiccional "diferenciada", basada justamente en la situación de desventaja y de vulnerabilidad en la que se encuentra una de las partes y así compensar la desigualdad procesal y material existente. La profesora Diana Ramírez Carvajal explica dicha obligación afirmando lo siguiente:

> ***"El Juez valida su decisión con la observancia y vigencia del principio de igualdad, en el sentido de que debe dar un tratamiento igualitario a***

[8]En otras palabras, la categoría sospechosa constituye aquel criterio sobre los cuales no pueden efectuarse distinciones entre los individuos; es decir, en tanto se presume su inconstitucionalidad por existir un alto grado de probabilidad de discriminación injusta sobre su base, debido a considerarse históricamente un grupo vulnerable. La categoría sospechosa reconoce una presunción legal de tipo convencional: que todo acto diferenciado a una persona en situación de vulnerabilidad, se considera inconstitucionalidad y discriminatorio, salvo prueba en contrario por parte del presunto promotor de dicha diferenciación; pero también reconoce la existencia de la carga de la prueba dinámica en este tipo de supuestos.

todas las personas que se encuentren dentro de una misma situación fáctica y jurídica."[9]

3.8. Es en esa lógica, que el proceso civil no debe, ni puede, dejar de reconocer que en cierto supuesto fácticos [que se dan de manera excepcional] hay personas que se encuentran -desde el punto de vista sustancial y procesal- en desventajas respecto a la otra parte debido a su condición de vulnerabilidad; situación que obliga a los jueces y juezas civiles a garantizar los derechos procesales de todos y todas las partes involucradas, incluidas las personas que se encuentra en condición de desventaja o situación de asimetría procesal. En así, que los jueces y juezas civiles deben, en calidad de directores del proceso, compensar dicha desigualdad procesal, reduciendo o eliminando aquellos obstáculos y deficiencias de naturaleza procesal que impidan brindar una tutela efectiva, la que debe materializarse a través de una sentencia no solo válida formalmente, sino sustancialmente justa; así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el caso "Furlán y Familiares vs Argentina" al señalar que toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales, cuyo cumplimiento por parte del Estado son necesarios para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.[10]

3.9.- Así, el juez o jueza civil debe aplicar medidas procesales necesarias y razonables para compensar las desigualdades y asimetrías procesales; para ello debe verificar dos presupuestos que deben darse en forma conjunta: (i) Que, alguna de las partes que intervienen en el proceso civil se encuentren en situación de vulnerabilidad, y (ii) Que, la pretensión a debatir en dicho proceso tenga que ver, directa o indirectamente, con el ejercicio de sus derechos fundamentales. Entre aquellas medidas procesales existentes y compensatorias, tenemos el denominado "***ajuste del procedimiento***", figura procesal que tiene fuente convencional, el cual es considerado como una regla de conducta positiva que debe desplegar el Juez durante todo proceso judicial, donde se ***discuten directa o indirectamente derechos fundamentales de personas vulnerables como son las mujeres, niños, niñas, adolescentes, adulto mayor, las personas con una orientación sexual distinta (LGTBI), entre otros, y que se materializa: reinterpretando, modificando y adaptando (flexibilizando) las normas procesales existente de manera razonable, para garantizar una verdadera tutela procesal efectiva y protección de los derechos*** [11]**.**

---

[9] Ver RAMIREZ CARVAJAL, Diana; "El proceso como juicio. Una necesaria evolución – Breves Reflexiones" en AA.VV. "***Libro del XLIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal Jairo Parra Quijano***" Edit. por la Universidad Libre y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Colombia; 2022; pág. 25

[10] Nuestra Corte Suprema ha reconocido la necesidad de que la justicia civil realice un trato diferenciado y compensatorio cuando en el proceso civil intervienen grupos vulnerables, así por ejemplo, tenemos la regla vinculante duodécima del X Pleno Casatorio Civil (Casación 1242-2017-Lima Este) donde señalan: "***En los procesos que se discutan derechos de personas en condición de vulnerabilidad por razones de edad, género, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, victimas, migrantes, personas en extrema pobreza, privados de la libertad u otros, el juez podrá disponer la actuación de pruebas de oficio cuando advierta en el proceso limitaciones u obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos les reconoce***".

[11] El ajuste del procedimiento, como principio procesal convencional ha sido incorporado de manera expresa en el proceso civil en el artículo 119-A , a través del Decreto Legislativo 1384 y si bien hace referencia dicha norma, a que debe aplicarse para las personas con discapacidad que participen en este proceso de corte privatista, también es cierto que bajo una interpretación conforme y finalista, dicho principio procesal es aplicable para todas las personas que se encuentren en condición de vulnerabilidad procesal

3.10.- En este punto, resulta necesario concluir que el proceso civil peruano se encuentra en un proceso total de transformación y cambios, donde se viene imponiendo nuevas perspectivas [nuevos paradigmas] de ver el proceso civil, como un proceso más humano, ello debido al fenómeno de constitucionalización y convencionalización que padece todas las ramas del derecho y el proceso civil no es la excepción, la cual permea todas las instituciones del proceso mismo, las adecua, reconfigura, así como replantea sus contenidos, flexibilizando las mismas, e incluso, hasta introduce nuevas instituciones de manera jurisprudencial por ser un impositivo del sistema interamericano de derechos humanos, ello en el marco de control constitucional y de aseguramiento de las garantías mínimas procesales, que exige a la justicia civil tener una visión más holística del conflicto, entendiendo al proceso como un instrumento real de justicia.

3.11. Por otro lado, no debemos olvidar que las personas que cuentan con una orientación sexual distinta a la impuesta socialmente (LGTBI) son personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y tienen derecho a un proceso justo [incluido el proceso civil]; máxime, cuando las pretensiones que se discuten en dichos procesos, tienen que ver directa o indirectamente con el goce de sus derechos fundamentales. Los Principios de Yagyakarta [que recoge los principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género] reconoce el derecho al acceso a la justicia civil de este grupo vulnerable y a la vez, dispone el trato diferenciado razonable y válido que deben realizar los jueces y juezas civiles cuando se trata de la comunidad LGTBI, así se aprecia de la lectura del artículo l 8.a. de dichos principios, la cual señala:

> ***"Los Estados Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de prohibir y eliminar el trato prejuicioso basado en la orientación sexual o la identidad de género en todas las etapas del proceso judicial, en procedimientos civiles y penales y en todo procedimiento judicial y administrativo que determine los derechos y las obligaciones, y asegurarán que no se impugne la credibilidad o el carácter de ninguna persona en su calidad de parte, testigo/a, defensor/a o tomador/a de decisiones en base a su orientación sexual o identidad de género"*** (el subrayado es nuestro)**.**

B.- LA APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE LA SUPLENCIA DE QUEJA EN EL PRESENTE DE CASO COMO MEDIDA PARA GARANTIZAR EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA DE LA ACCIONANTE (MUJER TRANSEXUAL)

3.12.- Por otro lado, se aprecia de autos que la parte accionante alega ser una persona que tiene una identidad de género distinta al estándar legal y socialmente aceptado por la mayoría, calificándose como una persona ***"transexual***", ello debido a que percibe y expresa socialmente un género distinto al corporal/somático y legal que ostenta, tal es así, que se auto percibe como mujer trans; situación que lo incluye dentro del colectivo denominado LGTBI, consecuentemente se considera que se encuentra en situación de vulnerabilidad, tanto sustantiva, como procesal (asimetría procesal), siendo calificado una categoría sospechosa, por tanto es sujeto de protección.

3.13.- Ahora bien, se observa de la lectura del escrito de demanda que la parte accionante solicita tutela jurisdiccional efectiva, pretendiendo la adecuación de la documentación legal que lo identifica –entiéndase partida de nacimiento y documento nacional de identidad- de acuerdo a su identidad de género que ostenta (femenino), por lo que solicita el cambio de sus prenombres y el sexo; y es más, se visualiza que dicha pretensión tiene relación **directa** con el ejercicio de los derechos fundamentales a la identidad, a no ser discriminado y al libre desarrollo de la personalidad. Es justamente dicho contexto de vulnerabilidad, el que obliga a este órgano jurisdiccional realizar las acciones procesales necesarias a efectos de garantizar -en todo momento- el derecho al acceso a la justicia civil y otorgarle así una sentencia no solo válida formalmente, sino justa.

3.14.- Así, de la revisión de lo actuado en el presente proceso se advierte, específicamente del escrito de demanda (folios 12 al 24), que la defensa técnica (abogado) al elaborar dicho escrito, indicó como pretensiones los siguientes:

> **"1). - Primera pretensión principal. -** Se disponga el cambio de sexo de masculino a femenino, a fin de que en lo sucesivo la titular registral este registrada con dicho sexo femenino.
>
> **2).- Segunda pretensión principal. -** Se disponga el cambio de mi prenombre, a fin de que en adelante sea "Crissel A." y no "G.J.".
>
> **3).- Pretensión accesoria. -** Se oficie a RENIEC para que:
>
> > **3.1.-** En mi partida de nacimiento, haga la anotación que mi nombre es Crissel A. S.S.
> > **3.2.-** En mi documento nacional de identidad No. 70482275, se cambie mi nombre por el de Crissel A. S.S y se cambie el sexo de masculino por el de femenino".

De dicha lectura, se deduce claramente que la pretensión de la parte accionante, desde un punto de vista formal, es la modificación de los datos registrales relativos al prenombre y sexo en sus documentos de identidad (partida de nacimiento y documento nacional de identidad), pero desde el punto de vista sustancial, dicha pretensión versa sobre el reconocimiento de su derecho fundamental a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad, en tanto, requiere que la identidad legal que ostenta se encuentre acorde con la identidad plena y autopercibida por parte de ésta.

3.15.- Pese a lo señalado, también se advierte del escrito de demanda (punto tercero de la fundamentación de hecho) que la parte accionante hizo referencia que se vio afectada en su vida universitaria y profesional, debido a que durante dicha etapa estudiantil se le llamaba con su nombre que aparecen en su documentos de identidad, el cual está relacionado con el sexo biológico que ostentaba al nacer, situación que provocó actos de discriminación, lo que la ha disuadido de seguir estudios de la especialidad y de postgrado; es más, resalta el hecho que al expedir la universidad su diploma de bachiller y certificado de estudios en el caso del Instituto, estas figuran con su nombre

masculino, situación que la afecta en los distintos aspectos de su vida, como es la esfera profesional y laboral ya que no le permite desarrollarse profesionalmente y tener acceso al trabajo, situación que intensificaría la vulneración sistemática de sus derechos civiles y constitucionales.

3.16.- Esta preocupación referida al proyecto de vida profesional y al trabajo por parte de la recurrente, es nuevamente expuesta oralmente por la recurrente en la audiencia única, donde expreso que dentro de sus proyectos de vida está el de realizar estudios superiores de especialización y postgrado, para lograr mejores expectativas laborales, pero dicho proyecto se ve limitado por el nombre registral consignado en los grados y títulos a expedir que no coincide con su género autopercibido y con el que asumió socialmente, situación que conculca sus derechos fundamentales a la dignidad humana **(Min.00:9:10 a 00:9:59).** Es más, agrega dicha accionante, ciertos pasajes frustrantes de su vida que reflejan dichas dificultades vividas, los cuales reproducimos a continuación:

> **"(...) ahora, la sociedad me ve como una mujer, estoy sumamente reconocida, pero mi dificultad viene cuando quiero postular a un puesto de trabajo como profesional o cuando me voy a presentar ante una entidad privada (…)." (Min: 00:22:54 a 00:23:09).**

3.17.- De lo anterior se concluye que existe un interés manifiesto por la parte accionante, que no solo de lograr la corrección de datos como el prenombre y sexo de la documentación principal, como es la partida de nacimiento y documento nacional de identidad, sino también la lograr la corrección de dichos datos en los registros y documentación referidos a sus estudios universitarios y superiores (estudios técnicos), en tanto, ello permitirá desarrollarse plenamente, tanto en el ámbito profesional, como laboral. Ello quedo plenamente precisado en la audiencia única, donde el Juez de la causa, pregunta a la demandante: ***¿Usted pretende cambiar sus datos de su título, grado?,*** respondiendo lo siguiente:

> ***"Exactamente, lo más principal es eso, yo conversé con mi universidad, porque ellos me preguntaron ¿qué pasó? y ¿por qué este cambio?, … les decía que era yo, les explicaba, cuando terminé mi carrera, ellos me dijeron vas a sacar tu bachiller, sí, porque yo necesito crecer como profesional, pero realmente con el nombre de hombre no me permite, (…)" (Min. 00:26:18 a 00:27:01).***

3.18.- En conclusión: en el presente caso existe un error "formal", promovido por la deficiente defensa técnica del abogado de la parte demandante al haber omitido incluir formalmente en el petitorio de la demanda, y en calidad de pretensión accesoria: ***la corrección de los datos personales de la accionante (nombre y sexo) en toda la documentación existentes, tanto en la Universidad Nacional de Trujillo (Facultad de Ciencias Sociales), en el Instituto Tecnológico Superior No Estatal y toda dependencia pública, en donde haya cursado estudios superiores.*** Empero, dicha pretensión es implícita y accesoria del pedido principal, ***tal es así, que es una consecuencia natural de la pretensión principal***, ya que, si se modifica los datos del prenombre y sexo en la documentación y registro principal de RENIEC, es claro que debe corregirse en toda documentación existente del accionante, por lo tanto, dicha

pretensión tácita debe ser incluido en el presente proceso, en la medida que permitirá conjuntamente con las demás pretensiones garantizar de manera plena y completa los derechos de la accionante a la identidad plena, libre desarrollo de la personalidad y al trabajo, derechos que se pretenden proteger con la pretensión principal.

3.19.- La omisión procesal advertida se debió a la vulnerabilidad procesal (asimetría) en la que se encuentra la parte accionante por su condición de mujer transgénero a nivel procesal, debido a la falta de especialización por parte de los abogados en temas constitucionales-civiles referidos a este grupo vulnerable, y es más dicha desventaja y asimetría procesal se intensifica debido a que la parte demandada es el Estado, quién cuenta con los recursos tecnológicos, logísticos y de profesionalidad (abogados especialistas en la materia). Esta situación concreta y asimétrica, exige compensar dicha desigualdad procesal, ello en aras de garantizar el derecho a la tutela procesal efectiva y acceso a la justicia, para ello, el/a juez/a civil, en cumplimiento estricto de la regla 33 de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad actualizada al 2018[12], y del principio convencional del "ajuste del procedimiento", aplicará al caso concreto la figura procesal de la "suplencia de queja deficiente" para corregir dicho error y omisión en el petitorio, integrante dicha pretensión accesoria implícita, garantizando así, una sentencia de fondo, no solo válida formalmente, sino justa.

3.20.- La "suplencia de queja deficiente" es una herramienta procesal que se aplica en todo proceso judicial [indistintamente de su naturaleza], el cual exige al juez y jueza realizar ***correcciones para rectificar el error o integrar la omisión en que incurre la parte demandante al momento del planteamiento de sus pretensiones o del cumplimiento de requisitos formales, situación que permite brindar una tutela diferenciada a las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad [entre los que se encuentra las personas transexuales] y que participan del proceso mismo, rompiendo así los formalismos existentes y garantizando una sentencia debidamente motivada y acorde a derecho.***

3.21.- Refuerza la tesis descrita anteriormente, lo vertido por la jurisprudencia comparada, como la planteada por la Suprema Corte de la Nación de México en la sentencia recaída en el amparo directo en Revisión 921/2019, al señalar:

> **"***Por tanto, la referida figura se erige como una institución de capital importancia en un país en el que existe grandes desigualdades cuya repercusión en el derecho de acceso a la justicia es innegable, pues mediante la suplencia de queja es posible impedir la denegación de justicia meramente técnico-jurídicas, asegurándose un tratamiento equitativo en el proceso, y evitando que, con el acto reclamado prevalezca violaciones de derechos humanos o a las garantías previstas para su protección, en detrimento de la legalidad y la justicia*".

[12] **Regla 33 de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**. - "Se revisará las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulte conducente a tal fin"

3.22.- Sin embargo, se debe aclarar que dicho principio de suplencia de queja deficiente, solo se aplicará en el proceso civil de manera ***excepciona***l, cuando el demandante pertenezca a un grupo vulnerable y la discusión de la pretensión civil verse directa o indirectamente sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales.

3.23.- Teniendo en cuenta lo dicho, este órgano jurisdiccional procede excepcionalmente, en el presente caso, y en aplicación estricta al principio de suplencia de queja, a corregir el error detectado en la pretensión invocada por la accionante en el presente proceso, incorporando e integrando la pretensión natural, implícita y accesoria, como es:

> ***"La corrección de los datos personales (nombre y sexo) en toda la documentación existentes en la Universidad Nacional de Trujillo (Facultad d Ciencias Sociales), en el Instituto Tecnológico Superior No Estatal y toda dependencia pública, donde la parte accionante ha realizado sus estudios superiores y donde se encuentra registrada su historial estudiantil".***

3.24.- Entonces es válido, desde el punto de vista convencional, que este órgano jurisdiccional haya procedido a integrar formalmente al presente proceso dicha pretensión accesoria [vía suplencia de queja deficiente], y es que aquello fue delimitado por la accionante en la etapa postulatoria al exponerlo como hechos relevantes en su demanda y, además, por haberse respetado el derecho de defensa del demandado, quién se pronunció sobre los mismos. Es más, el Juez de la causa lo precisó como ***punto controvertido en la audiencia única, a través la expedición de la resolución oficiosa número cinco (Ver min. 00:40: 10 a 00:41:15)***[13], la cual no fue cuestionada vía recurso impugnatorio por ninguna de las partes, dándose así, una validación tácita por parte de ellos.

IV.- DETERMINACIÓN DE LA CONTROVERSÍA CIVIL

4.1.- A efectos de resolver las pretensiones interpuestas por G.J.S.S sobre cambio registrales de prenombre sexo y otros, es preciso determinar que el ***thema decidendum*** a resolver por este Juzgado, donde se ha incluido la pretensión implícita incorporada vía suplencia de queja deficiente; siendo los siguientes:

(i).- Determinar si el estado de inconformidad por parte de la accionante en cuanto al sexo biológico con el psicológico, fisiológico y social que ejerce y siente, constituye o no, un motivo justificado para el cambio del prenombre de G.J. a Crissel A. y de sexo masculino a femenino.

(ii).- Determinar si este órgano jurisdiccional debe o no, disponer el cambio de prenombre y datos de sexo de la parte accionante, tanto en su partida de nacimiento, como en su documento nacional de identidad.

---

[13] ***Resolución número cinco:*** (…) Se Resuelve:" a). - Determinar si procede o no, que las entidades públicas o privadas referidos a los estudios supriores de la parte accionante deban reconocer la modificación de los prenombres y sexo como tal, como parte de su identidad sexual que alega tener"

(iii).- Determinar si debe o no disponerse la corrección de los datos personales (nombre y sexo) en toda la documentación y registro existentes en la Universidad Nacional de Trujillo (Facultad de Ciencias Sociales), en el Instituto Tecnológico Superior No Estatal y toda dependencia pública donde se encuentre registrado los estudios superiores realizados por la parte actora.

Es así que, a efectos de poder dilucidar los referidos puntos controvertidos, es necesario desarrollar algunos puntos y determinar criterios referidos a ellos.

V.- LA OBLIGATORIEDAD DE LOS JUECES ORDINARIOS DE APLICAR LAS NORMAS E INTERPRETACIONES EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

5.1.- Nuestro sistema jurídico se rige bajo el marco del principio de supremacía constitucional, el cual reconoce la fuerza normativa y vinculante que tiene la Constitución sobre el ordenamiento jurídico vigente por su carácter de norma supra legal y, es más, es considerada como parámetro del ejercicio del poder ya sea que provenga del propio Estado como de los particulares, quienes no pueden desvincularse respecto a su contenido. Es así que la Constitución gira alrededor de la preferencia y privilegio que tiene la defensa de los derechos fundamentales, los cuales se basan en la defensa de la dignidad del ser humano, siendo prioridad del Estado y de la sociedad garantizar la plena vigencia de los mismos, ya que tienen rango constitucional.

5.2.- Por otro lado, los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado Peruano, como las interpretaciones emitidas por los organismos jurisdiccionales internacionales de protección a los mismos, son parte del derecho interno, la cual tienen nivel constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 55 de la Constitución[14], la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución[15], artículo VIII del TP del Nuevo Código Procesal Constitucional[16], así como el artículo 27 de la Convención de Viena (una especie de Constitución de los Tratados)[17]. Es más, el nivel constitucional de dichos tratados ha sido ratificado por el propio Tribunal Constitucional Peruano, en las sentencias contenidas en los Expedientes N° 47-2004 –AI/TC y 0025-2005-AI/TC, la cual reproducimos:

> "Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que

---

[14] ***Artículo 55º de la Constitución.*** - "*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*

[15] ***Articulo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución***: "*Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte"*

[16] ***Art. VIII del TP Nuevo Código Procesal Constitucional***. - "*El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos según tratado de los que el Perú es parte"*

[17] ***Artículo 27 de la Convención de Viena.*** "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"

dentro de las "normas con rango constitucional" se encuentran los Tratados de derechos humanos".

5.3.- El hecho, que el Estado Peruano se adhiera a los instrumentos que conforman el sistema interamericano de protección de derechos humanos, implica que todos los organismos que la conforman [incluido el Poder Judicial] asumen la obligación de hacer efectivo los estándares o parámetros internacionales de derecho humano; incluso por encima del derecho interno [normas infraconstitucionales], en razón que este último se encuentra sometido a dichos estándares convencionales que tienen nivel constitucional, convirtiéndose así en parámetros de validez.

5.4.- A nivel del sistema interamericano de derechos humanos surge una herramienta básica – convencional de uso obligatorio [sobre todo por parte de los jueces y juezas] que coadyuvan a la prevalencia normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre las normas internas de los países, nos referimos al denominado "control de convencionalidad", el cual es definida como "***aquella obligación de origen internacional, a cargo de todas las autoridades del Estado parte del Pacto de San José [incluido el Poder Judicial], de interpretar cualquier norma jurídica interna - nacional (Constitución, ley decreto, reglamento, etc.), de conformidad con la Convención Americana, y en general, con el corpus iuris interamericano, el cual está integrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la corte y otros instrumentos vinculantes en materia de derechos humanos; y en caso de que exista una incompatibilidad entre la norma jurídica nacional y el corpus iuris, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma jurídica nacional para evitar la vulneración a los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes***".

5.5.- La Corte Interamericana ha fijado los alcances del control de convencionalidad en diversas sentencias[18] y es que es de resalta que la misma gira en base a las siguientes ideas centrales:

> "a). - Los jueces y juezas nacionales deben actuar como jueces interamericanos vigilando que el contenido de las normas, su interpretación y su aplicación san compatible con el parámetro de control de convencionalidad,
> b) El parámetro de control de convencionalidad está conformada por la CADH, los tratados interamericanos de los que el Estado es parte, el resto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado es parte y la jurisprudencia de la Corte Interamericano derivado tanto de los casos contenciones ***como de opiniones consultivas***,
> c) Dicho control debe realizarse ex officio por los órganos judiciales y de manera difusa, lo que quiere decir que deben llevarlo a cabo todos los jueces del Estado"[19].

[18] Ver Almonacid Arellano vs Chile; sentencia en el caso de supervisión de cumplimiento del caso Masacres de Río Nego y Gudiel Alvarez y otros; sentencia del caso Norín Catrimán y otros; sentencia en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs México; entre otros

5.6.- No olvidemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene naturaleza jurisdiccional y consultiva, y a la vez, es considerada el último y el máximo intérprete de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nivel continental. Así, las decisiones contenidas en las sentencias emitidas dentro de las competencias contenciosa que ostenta, no solo tienen efectos inter-partes, sino que dichas premisas normativas interpretativas tienen efectos vinculantes y son erga omnes, en la medida que se hacen extensivas y se expanden a los demás Estados adscritos al sistema interamericano.

5.7.- La Corte IDH tiene también competencia no contenciosa, en la medida que actúa como órgano consultivo y es que, la citada faceta tiene como fin el coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales, asumidas por el Estado. Dicha facultad consultiva paso a ser considerado un medio alterno -por el cual- se puede lograr la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y dotarles de contenido. Si bien, no existe norma legal que establezca el carácter coercible de dichas opiniones consultivas, ello no es óbice para reconocer el carácter vinculante que ostentan los mismos, y es que dicha obligatoriedad radica en la autoridad moral y científica que ostenta la Corte Interamericana y si bien la esencia de las opiniones consultivas son típicamente asesoras, no por ello deja de ser jurisdiccional en la medida que tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional y en particular para el Estado que lo solicitó[20].

5.8.- Sobre el particular, tenemos lo afirmado por el constitucionalista Osvaldo Alfredo Gozaini, que a la letra reafirma el carácter vinculante de las opiniones consultivas, criterio que hacemos nuestra:

> "Nosotros creemos que esta interpretación [en referencia a las opiniones consultivas] es de seguimiento obligatorio, pues es una forma de jurisdicción, aunque técnicamente no lo parezca.
>
> Se ha dicho respecto, que todo tribunal internacional y órgano poseedor de competencias jurisdiccionales tiene el poder inherente de determinar el alcance de su competencia. Así, toda vez que la Corte Interamericana decide responder o no una solicitud de opinión consultiva está ejerciendo el poder de determinar su competencia (del voto concurrente del juez Cancado Trindade) 1997/11/14 (opinión consultiva 15/97)".

En conclusión, las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los Estados y en especial para los jueces y juezas, quienes estamos obligados a interpretar las normas nacionales en función a los criterios expuestos en las opiniones consultivas, debido al carácter vinculante que ostenta.

---

[19] Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación "***Cuaderno de Jurisprudencia: Control de Convencionalidad (actualizado hasta marzo del 2022)***". Edit por el Centro de Estudios Constitucionales SCJN; Ciudad de México, México; 2022, pág.2

[20] Ver HITTERS, Juan Carlos. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad) en AAV.VV. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. No. 10. Julio-diciembre 2008; pág. 150

VI.- LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-14/17: IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO (OBLIGACIÓN ESTATAL EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE Y SEXO)

A raíz de la consulta realizada por el Estado de Costa Rica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación y alcances de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el artículo 1 del mismo instrumento, respecto – entre otros temas - al cambio de nombre y sexo de las personas que se identifican con un sexo distinto al que tienen biológicamente, es que se emitió la Opinión Consultiva No. OC-24/17, la cual estableció vía interpretación ciertas premisas normativas en relación al cambio de nombre y sexo de dichas personas, y es que dichas premisas interpretativas tiene el carácter de vinculante para todos los países adherido a la Convención misma, por ende las juezas y jueces nacionales debemos aplicar dichas interpretaciones (reglas normativas) emitidas por el máximo intérprete de la Convención, ello en el marco del carácter y jerarquía constitucional que éste organismo jurisdiccional internacional ostenta.

6.2.- En la Opinión Consultiva OC 24/17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda el tema relativo a la igualdad y la no discriminación de personas LGTBI+, determinando que la orientación sexual, la ***identidad de género*** y la expresión de género son categorías convencionales protegidas por el artículo 1.1 de la CADH (párrafo 68), criterio que ha sido ratificados en diferentes fallos jurisdiccionales emitidos por este órgano jurisdiccional supranacional, como es el caso Atala Rifo e hijas vs Chile (párr 91); caso Duque vs Colombia (párr. 105); caso Flor Freyre vs Ecuador (párr. 118), Caso Pavez Pavez vs Chile (párr.108), Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú (párr. 90), y Caso Vicky Hernández y otras vs Honduras (párr.67).
Es más, en la citada opinión consultiva, la Corte IDH definió la ***identidad de género como la vivencia interna individual del género tal como cada persona lo siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado legalmente al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar – o no- la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género***.

6.3.- La Corte IDH precisa de manera categórica en la citada opinión consultiva que el derecho a la identidad de género implica aquella facultad que tiene toda persona de definir de manera autónoma su identidad sexual y género (autodeterminarse), siendo considerada un elemento constitutivo y constituyente de la "identidad personal" y consecuentemente es una categoría protegida convencionalmente. Ello implica que el Estado debe reconocer y garantizar de manera plena el derecho de toda persona [entre las que se encuentra las personas transexuales[21]] a autodeterminarse sexualmente (que es optar libremente por su opción y convicción e intereses), en tanto, como tantas veces hemos indicado, forma parte del derecho a la identidad.

[21] Las personas transexuales son personas que no se encuentran conforme con el sexo asignado legalmente al nacer y se identifica con el sexo opuesto.

6.4.- Reconocer el derecho a la identidad de las personas trans implica claramente permitirles, vivir con la misma dignidad que tiene toda persona, y a su vez permite que gocen de otros derechos conexos, como son el libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada, al nombre, a la educación, al trabajo, entre otros; y es que la identidad forma parte de la vida misma. Así, el Estado debe reconocer legalmente el derecho a la autodeterminación libre que tienen dichas personas trans, homologando su autonomía personal para definir su propia identidad sexual y de género, y ello se viabiliza permitiendo el cambio de los datos registrales como son el nombre y el sexo en sus documentos de identidad, a efectos de que éstos sean el fiel reflejo de su "identidad plena vivida", el cual no puede ser negado.

6.5.- En resumidas cuentas, es obligación del Estado registrar el hecho real, rectificando los datos del nombre y sexo acorde con su género autopercibido. Negar aquello sería negar la existencia de estas personas y desconocer su derecho a la identidad misma, y tal cual lo afirma José Saramango "Negar un documento es, de alguna forma, negar el derecho a la vida"[22] . El Estado no puede, ni debe interferir en la autodeterminación que tiene toda persona trans para fijar su género, ni mucho menos negar el cambio de datos registrales conforme a su identidad de género, ya que ello implicaría un acto de discriminación estructural y múltiple, ya que se afectaría en cadena el derecho a la identidad, al libre desarrollo a la personalidad, a la educación, a tener una familia, al trabajo, entre otros, y es que la identidad -como ya hemos indicado- repercute en todos los ámbitos de la vida de la persona.

6.6.- De esta forma, tanto el sexo, como el nombre constituyen atributos de la personalidad que le permiten a toda persona a identificarse y diferenciarse de los demás, lo que asegura el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad, siendo que este último es indisoluble con el registro de dichos datos relativos a la identidad que deben estar en todo sistema registral a nivel nacional; consecuentemente la identidad legal (contenido en cualquier registro) de toda persona trans debe coincidir con su realidad personal vivida, de cómo se siente y se identifica (autopercibida); es por ello que la persona transexual debe tener la posibilidad de elegir libremente y de rectificar su nombre y de cambiar de sexo conforme a su autodeterminación; así lo afirma la opinión consultiva OC 24/17, que a la letra dice: *"Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad autopercibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad".*

6.7.- Para finalizar este ítem, debemos afirmar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye su Opinión Consultiva OC 24/17 en la necesidad de

---

[22] SARAMANGO, José, "***Sin papeles".*** El Mundo 04/12/1998 citado en Derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, UNICEF, CIPPEC y Propuestas, Buenos Aires, 2003, pág. 9. El autor señala reflexivamente: "***La identidad de una persona consiste, simplemente en ser, y el no ser no puede ser negado. Presentar un papel que diga cómo nos llamaos y dónde y cuándo nacimos es tanto una obligación legal como una necesidad social. Nadie, verdaderamente, puede decir quiénes somos para los otros. Para eso sirven los papeles de identidad (…) La Ley está para servir y no para ser servida. Si alguien pide que su identidad sea reconocida documentariamente, la ley no puede hacer otra cosa que no sea registrar ese hecho y ratificarlo. La ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene adelante no existe. Negar un documento es, de alguna forma, negar el derecho a la vida".***

permisibilidad del cambio de nombre y sexo de las personas trans en sus documentos de identidad, así reproducimos dicha conclusión:

> "2.-El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercibida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención América, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, (…)
>
> 3.- Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su canso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género autopercibida, puede acudir a un procedimiento o un trámite (...)".

En conclusión, las personas trans pueden solicitar su rectificación o cambio de nombre y sexo, adecuándola a la identidad de género que ostenta, en tanto, los jueces y juezas, en el marco del principio de supremacía convencional deben aplicar dicho criterio vinculante impuesto por el sistema interamericano de derechos humanos y facilitar los procedimientos a efectos de garantizar el derecho a una identidad plena, amparando dichas pretensiones.

VII.- LA VIABILIDAD DEL CAMBIO DEL PRE-NOMBRE Y SEXO SOLICITADA POR UNA PERSONA TRANSEXUAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

7.1.- El Perú, a diferencia de otros países, no cuenta con una legislación que regulen los derechos humanos fundamentales [entre ellos la rectificación de datos registrales con respecto a su identidad autopercibida] que ostentan las personas pertenecientes a la comunidad LGTBI+, entre ellos las personas transexuales; así podemos colegir que existe una laguna normativa al respecto, y es que dicha situación ha sido descrita por la Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial No. 175 denominado, "Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú", la cual precisa que en nuestro país existen normas generales que reconocen el derecho a la identidad, sin embargo "no existe una norma específica que señale la vía procesal para el cambio de nombre y sexo". Es por ello que la Defensoría del Pueblo recomienda en dicho Informe al Congreso de la República, aprobar una ley de identidad de género que establezca procedimientos administrativos a cargo del RENIEC para que las personas trans puedan cambiar su nombre y/o sexo en sus documentos de identidad. Recalcando que este procedimiento debe ser célere, no patologizante y respetuoso de su dignidad e intimidad.

7.2.- La existencia de dicho vacío normativo no impide que ésta sea integrada o suplida a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y las interpretaciones dada por el máximo intérprete como es la Corte IDH, los cuales tienen carácter de norma vinculante por considerar que tienen rango constitucional. Así, la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida por la Corte IDH abordó el tema y estableció – como se ha indicado supra- la permisibilidad del cambio y rectificación del nombre y sexo en los documentos de identidad de una persona transexual, por razones de discordancia de

estos últimos con la identidad de género autopercibida, haciendo prevalecer la autodeterminación y voluntad libre, por encima de la identidad bilógico y social, y es que dicha rectificación asegura el derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad. No olvidemos que, en un Estado Constitucional de Derecho si la Constitución y las normas convencionales son verdaderas normas supremas ello supone que no requieren desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante; y es que en la medida en que los preceptos constitucionales san relevantes en un caso concreto, su aplicación resultará obligatoria y directa, pese a la presencia de vacío normativo.

7.3.- Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano precisa enfáticamente en la sentencia recaída en el Expediente N° 6040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero Saldarriaga), sobre el cambio de sexo de las personas trans, dos aspectos importantes y puntuales, las cuales detallamos a continuación:

(i).- El primero, que la transexualidad no es patología y más bien es una disforia de género, y que el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos, el género es una categoría convencional que se encuentra protegida al estar vinculada al derecho a la vida privada, y a la igualdad y no discriminación (fundamento 8 y 9), convirtiéndose en un estándar mínimo que todo Estado debe respectar; y

(ii).- Lo segundo, es reconocer vía interpretación constitucional la existencia de una identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido a la identidad personal, razón por la cual la adecuación de los registros públicos y los documentos de identidad de una persona transexual, para que éstos sean conforme a la identidad de género autopercibida, constituye un derecho protegido por la Constitución, y es que corresponde decidir a dicha persona -de manera libre e informado - sobre su identidad sexual. Es más, dicha modificación registral no genera afectación al interés público, ya que no interfiere en la función registral, ni en los derechos de terceros (fundamento 13 y 14).

Es más, el máximo intérprete constitucional, concluye en la mencionada sentencia, que debe garantizarse el derecho de acceso a la justicia a las personas transexuales que deseen solicitar las modificaciones de sus datos en sus documentos de identidad, ya que no existe impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para efectivizar estos derechos, siendo el juez o jueza civil el competente para conocer dichas pretensiones; siendo así, nuestro Tribunal Constitucional sigue la línea marcada por la Opinión Consultiva OC 24/17.

7.4.- En resumidas cuentas, tanto el sistema interamericano de derechos humanos, como nuestro sistema constitucional, reconocen vía interpretativa, que el Estado Peruano debe garantizar en todo momento el derecho a la identidad de género y por ende el género autorpercibido por las personas transexuales, debiendo permitir judicialmente la rectificación de los datos (nombre y sexo, entre otros) registrales en todo documento de identidad, y si bien es cierto no existe una norma legal (infraconstitucional) que regule dicha situación, es el juez o jueza civil el que debe integrar dicha laguna del derecho, aplicando las interpretaciones vinculantes convencionales (Opinión Consultiva OC 24/17) y constitucionales (sentencia Expediente No. 6040-2015-PA/TC) a fin de salvaguardar los derechos fundamentales

de las personas trans.

7.5.- Así lo ha entendido la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en la decisión contenida en la resolución número once, en el Expediente N° 00174-2018-0-1618-JM-CI-01, al confirmar una sentencia que declara fundada la demanda de cambio de sexo, y donde reafirma dicho criterio:

> "Así, si una persona se autopercibe como mujer, pero en su partida de nacimiento y documento nacional de identidad figura como su sexo el masculino, se tiene que el Estado debe de brindarle los mecanismos necesarios para que este último sea cambiado y guarde correspondencia con la identidad autopercibida, pues de lo contrario lesionará su derecho a la identidad personal, en su dimensión de identidad de género".

VIII.- ANÁLISIS DEL CASO

8.1.- A efectos de garantizar una debida motivación de resolución judicial, este órgano jurisdiccional procede a desarrollar los puntos controvertidos fijados en el considerando 4.1 de la presente sentencia, siendo los dos primeros puntos los que abordaremos en primer orden debido a que giran alrededor de lo pretendido principalmente como es el cambio de datos registrales. Para ello debemos tener en cuenta que existen dos presupuestos principales que deben concurrir para amparar dicha pretensión de cambio de nombre y sexo de una persona transexual, y estas son: **a).** - Contrastar si la parte accionante es una persona transexual y que está enfocada en la adecuación integral de la identidad de género autopercibida, y b). - Verificar el consentimiento libre e informado del/la solicitante, no debiendo para ello requerir documentos irrazonables o patologizantes.

8.2.- Así, del escrito de demanda [folios 12 al 24] se aprecia que la recurrente pretende el cambio de sus datos registrales que lo identifica, específicamente el prenombre de ***G.J.*** S.S por el de ***Crissel A.*** S.S, como también el dato referido al sexo para que se rectifique de masculino a femenino; argumentando para ello, ser una mujer transexual, y que vive una disociación entre el sexo cromosómico y registral que ostenta (masculino) con el psicológico y social que ostenta y autopercibe (femenino); siendo necesario para resolver dicho conflicto, el hacer un estudio en conjunto de los medios probatorios aportados en el proceso y los dispuestos de oficio por parte de este Juzgado a efectos de determinar si se cumple los dos presupuestos descritos en el considerando anterior.

8.3.- A folios 02 de autos, obra copia certificada del Acta de Nacimiento No. 2407, certificado por el Registrador del Registro Civil de la Municipalidad de la Provincia de Tumbes, perteneciente a la persona recurrente, donde se consigna entre los datos registrados que lo identifican, con el nombre de G.J.S.S y sexo: masculino; y es que ambos datos fueron incluidos unilateralmente tomando como referencia un aspecto de la identidad: el sexo biológico y fisiológico que tuvo al momento de su nacimiento; ello hace colegir que la parte accionante cuenta una identidad legal de orden masculino.

8.4.- Por otro lado, la parte accionante manifiesta en su escrito de demanda, que desde la niñez no estuvo conforme con el sexo biológico asignado al nacer en tanto sentía

identificarse con el sexo opuesto (femenino), situación que originó una aversión a tener que cumplir en su infancia con roles masculinos, impuestos socialmente. Agrega en su relato, que a partir de su juventud realizó cambios físicos en su cuerpo para asemejarse a una mujer y se hizo llamar socialmente "Crissel A.", con la cual actualmente se identifica a nivel social, entorno donde se siente aceptada; pese a ello –afirma- haber sido sujeto de actos discriminatorios ya que la documentación que lo identifica sigue apareciendo su nombre y sexo masculino, lo cual constituye un acto humillante para la parte actora, ya que ello provoca burlas y desprecios hacía ella, por su opción sexual.

8.5.- La vivencia interna e individual que ha experimentado la parte recurrente, de sentirse mujer, ha sido una constante en toda su vida, así lo ha manifestado la propia accionante en la audiencia única, al expresar lo siguiente:

> "Desde un inicio cuando tenía 5 años, es que comencé a tomar sentido a las cosas, nunca me sentía cómoda (…), nunca me sentía bien en la forma de sentarme, en la forma en las que ellos querían que yo (…) asista a ciertas reuniones familiares con ropa masculina. Con el transcurso del tiempo, yo ya fui desarrollándome, así, se fueron manifestando mis rasgos masculinos, del cual no me sentía a gusto. Entonces, conversé con mis padres [expresándoles] que nunca me he sentido hombre, que todo el tiempo me he sentido una mujer, causando impacto por ser mis padres, pero ellos terminaron aceptando. Entonces, a partir de ello, yo empecé un tratamiento hormonal, el cual llevó aproximadamente como siete años. Luego, en el colegio también sufrí mucho *bullying*, mucha discriminación porque mis rasgos mayormente [ya] no eran masculinos, eran más femeninos; aparte de ello, yo no jugaba al fútbol cuando me lo decía el profesor de física y tampoco asistía a reuniones porque tenía que ir con ropa masculina; -refiere- cuando hacían la diferenciación de hombres con mujeres, sentía incomodidad, realmente sentía incomodidad, porque yo no quería que me den funciones o me asigna cosas que hacían los hombres.
>
> Terminé mi primaria, mi secundaria, entonces, ahí, empecé mi terapia hormonal, ya mis cambios iban acentuándose, se iban haciendo más evidentes. Entonces, decidí, hacer ya un cambio, que socialmente me reconozcan con otro nombre; al inició sufrí y pasé por dos depresiones, al tener ataque de pánico y ansiedad, tengo evidencias de lo que sucedió y todo ello fue por causa de que yo no quería salir a la calle, ósea preferí estar en mi cuarto, no preferí reunirme. Luego, terminé mis estudios secundarios y, actualmente, yo soy técnica en fisioterapia y soy bachiller en antropología forense, me estoy especializando; mayormente, mi preocupación y por lo cual yo pido a ustedes acceden a la petición que estoy haciendo, no, porque en la parte social en la que yo reúno con mis amigos, ya que todos acá me conocen y como sé, lógicamente yo no presentó mi DNI. Pero, cuando yo quiero postular a un puesto de trabajo y deseo desarrollarme como toda persona, (…), si bien es cierto no hablo de una discriminación, pero cuando yo pongo mi nombre y presentó mi currículum, me envían mensajes que la foto está equivocada, que es de una señorita y no es como el que figura en sus documentos. Entonces, finalmente quiero cumplir con mis metas como una mujer que soy, que me siento, y por lo cual pido a ustedes que me entiendan, y también a nivel social, en mi ámbito laboral, actualmente estoy trabajando en una clínica de salud ocupacional y todos me

reconocen como una mujer, excepto mi jefe, que conoce por mi documentación que yo soy una mujer trans, entonces todos socialmente, me reconocen como una señorita, y más de ello, que mi comportamiento es de toda mujer, toda una profesional, educada, siempre busco el respeto y que me respeten a mí.
Hasta el momento, mientras he hecho esta transición, en un inició sufrí discriminación; ahora, como la sociedad me ubica como una mujer; (…) pero cuando yo quiero postular a un puesto de trabajo como profesional o cuando me voy a presentar una entidad estatal o cuando me realizan una intervención policial, ya que tengo mi moto, es, en esa intervención policial que me piden que muestre el DNI de la señorita; entonces, si ahí, donde es difícil explicarles a las personas que puedan entenderme, que yo soy una mujer trans, porque la foto que figura en mi DNI no coincide por la parte masculina que se ve en la foto y la que soy ahora.
Entonces, todo este transcurso, actualmente también estoy pasando una etapa de ansiedad, estoy llevando tratamiento psicológico y psiquiátrico, porque estoy en un tratamiento, (…) me afecta el que cuando me llaman con el nombre de G.J., no me agrada que me llamen G.J., entonces ello me genera un poco de ansiedad; pero la psiquiatra, con la psicológica me identifica como una mujer" (00:18:45 a 00: 00:24:08)

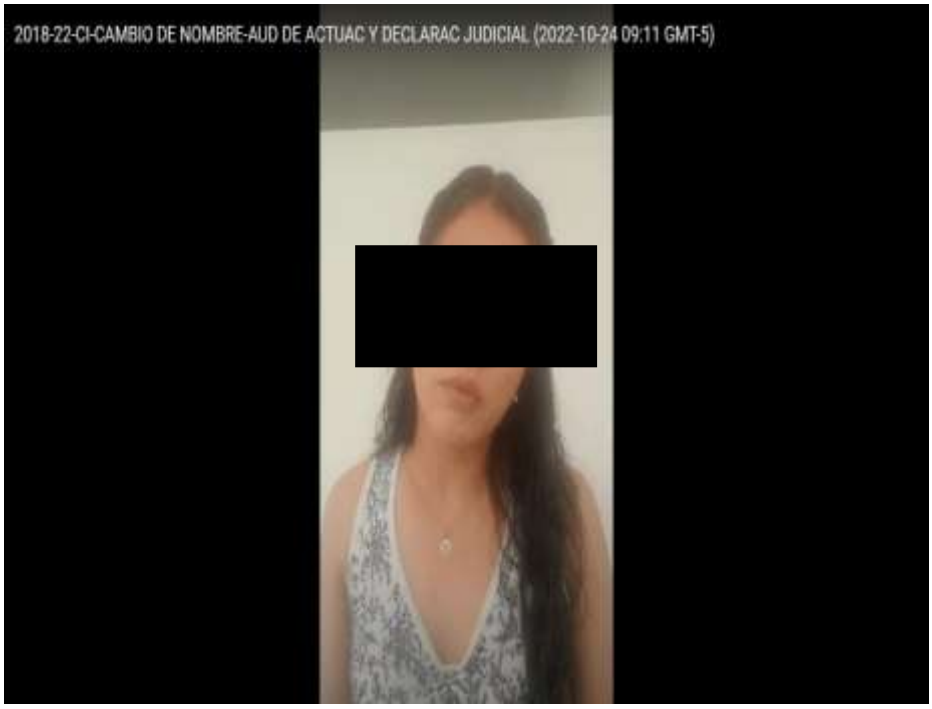
Dicho relato es totalmente contrastado por la psicóloga Estisy Lizth La Rosa Cabrera, quién certifica haber evaluado a la accionante, tal como consta en el Informe Psicológico, donde indica que ***"(…) se evidenció la incomodidad y molestia al identificarse con el género masculino, fuerte deseos de pertenecer al sexo opuesto, no poseer los rasgos físicos característicos de éste y ser tratado como de otro género***" ; consecuentemente, se le debe otorga validez a la situación vivencial descrita por la parte accionante.

8.6.- Por otro lado, se ha señalado que no solo es necesario probar la autopercepción sostenida por parte de la accionante de pertenecer al sexo femenino [que se da en la esfera psicológica]; sino también que aquello percibido psicológicamente se vea reflejado en su aspecto físico; así, queda probado que dicha persona S.S tiene facciones delineadas, propias de una mujer, así se observa de los siguientes medios de prueba aportados y actuados en este proceso:

(i) La fotografía que obra en el propio *curriculum vitae* y de la copia del grado de bachiller en ciencias sociales expedido por la Universidad Nacional de Trujillo, incorporado como prueba de oficio en el presente proceso mediante resolución número cuatro.

(ii) De la visualización realizada por el personal jurisdiccional en la audiencia única a la red social "Facebook", perteneciente a la parte accionante, aparecen imágenes fotografías de la parte demandante, en la que se aprecia aspectos identificados totalmente femeninos (Min. 00:33:05 a 35:36).

(iii) En el marco del principio de inmediatez virtual, el Juez de la causa dejó constancia en la audiencia única los rasgos físicos femeninos de la parte demandante, cuya visualización de imágenes es como se imprime a continuación:



8.7.- También se deja constancia, que la recurrente viene siendo sometida a tratamientos hormonales para tener la apariencia física, propia con el sexo con el que se identifica, que es de una mujer; es más, así lo aclaró la misma parte demandante en la audiencia única al señalar:

> "*Actualmente, solamente estoy con tratamiento hormonal, porque, así me lo indicó el endocrinólogo, pero si me voy a realizar algunas cirugías, porque como inicié mi tratamiento en la etapa de la adolescencia, he desarrollado muchos rasgos femeninos de manera natural, pero, cuando me dé la orden mi endocrinólogo me dé la orden me realizaré algunas cirugías que se asemejen a mi personalidad (...) para verme como una dama, sin exageración" (Min.00:24:48 a 00:25:16).*

Dicho tratamiento hormonal femenino a la que se encuentra siendo sometida la parte demandante, ha traído como consecuencia a la fecha, no solo la apariencia física de una mujer, sino también en el timbre de voz, la que es propia de una mujer, tal cual puede corroborarse con la escucha del audio y video de la propia audiencia única.

8.8.- S.S afirmó también, que socialmente es aceptada como mujer; afirmación que ha sido corroborada, como es la lista debidamente firmada por 14 personas que declaran conocer a la accionante como "Anahi"; como también de la visualización de las redes sociales de la parte accionante realizada en la audiencia única, a partir de lo dispuesto de oficio mediante resolución número cuatro, y es que ella se prueba que la recurrente se encuentra registrado en Facebook (red social), con el nombre de "***Crissel A S.S.***", donde tiene varios seguidores y amigos, es más, se encuentra registrado en dicha red social fotografías de la accionante en eventos

sociales como la entrega del grado universitario (Min. 00:32:50 a 00:35:38), lo que corrobora que socialmente es aceptada como mujer.

8.9.- De lo anteriormente analizado, podemos concluir que la parte accionante es una persona transexual que ostenta psicológica, física y socialmente el sexo femenino, la que no concuerda con el sexo cromosómico y registral consignado en la partida de nacimiento y documento nacional de identidad, y mucho menos con el pre-nombre asignado al momento de nacer; así también se verifica que la recurrente es una persona que se encuentran enfocada en la adecuación integral de la identidad de género autopercibida, situación que ha sido corroborado por la psicóloga Stisy Lizeth La Rosa Cabrera en el Informe Psicológico que obra a folios 03, en donde se concluye:

> "***Por lo expuesto, sumado a la recopilación de información brindada por el paciente se establece que el evaluado G.J.S.S presenta disforia de género y transtorno de ansiedad".***

En resumen, se ha cumplido el primer presupuesto que se tiene para amparar la demanda de cambio de sexo y prenombre, y que ha sido detallado en el considerando 8.1 de la presente resolución.

8.10.- Seguidamente, se debe proceder a verificar el segundo presupuesto: la constatación del consentimiento libre e informado del/la solicitante para el cambio de prenombre y sexo en sus documentos de identidad. Así se tiene probado en autos que la parte demandante es una persona que demuestra un alto grado de madurez racional y emocional, ya que, cuenta incluso con estudios superiores culminados, pues es Bachiller en Antropología por la Facultad de Ciencias Sociales (folios 65 y 77), y a la vez, es Técnica de Fisioterapia y Rehabilitación por el Instituto Tecnológico Superior No Estatal San Luis (folios 72), además es una persona que viene laborando en un Centro de Salud Ocupacional. Es más, el juez advirtió dicha madurez de la accionante, así se aprecia de la entrevista que le realizará en la audiencia única (folios 59 a 63), en la que se aprecia que es una persona comunicativa, que se encuentra muy bien informada sobre la transexualidad, los tratamientos hormonales y los pasos que debe seguir en su vida para sentirse bien, como tal; es más, expresa firmemente cuáles son sus metas y proyectos de vida como mujer y ser humano (estudios de especialización) y reafirma su convicción de ser mujer, tal cual lo señaló en la propia audiencia única.

8.11.- Asimismo, se contrasta la decisión voluntaria y madura que tiene S.S (persona trans) de optar y autodeterminarse como mujer, como la de exigir que la identificación legal (datos registrales de pre nombre y sexo) coincida con su verdadero yo, como es su identidad social y psicológica de mujer, y ello se prueba con el escrito de demanda y con lo vertido de manera clara y precisa por parte de la accionante en la audiencia única:

> "Quiero decirles, que emocionalmente no tengo ninguna contradicción de regresar hacía el pasado, yo quiero seguir hacia delante, yo quiero que me permitan desarrollarme como una mujer trans, profesionalmente" (Min. 00. 24:14 a 00:24:31).

Aclara más adelante que los problemas que tiene es por el nombre y datos registrados en sus documentos de identidad que hace referencia al sexo masculino, y ello no le permite avanzar (Min. 00: 34.48 a 00:35:00).

8.12.- Este órgano jurisdiccional dispone de conformidad a lo desarrollado en los considerandos precedentes de la presente sentencia, y siguiendo las reglas normativas interpretativas fijadas en la Opinión Consultiva No. OC-24/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en la sentencia contenida en el Expediente No. 6040-2015 –PA/TC (Caso Ana Romero) emitida por el Tribunal Constitucional, el cambio del prenombre de G.J. a "Crissel A." y de sexo de masculino a FEMENINO, en la partida de nacimiento y en el documento de identidad de la accionante, para tal efecto deberá disponerse a los Registros Civiles de la Municipalidad Provincia de Tumbes y a la RENIEC que proceda a dicho cambio de manera inmediata.

8.13.- En relación a la decisión tomada sobre el cambio de los datos registrales personales, se debe precisar, que previamente, este Juzgado, procedió a ponderar los derechos fundamentales de la accionante [identidad de género, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y a no ser discriminada] con los principios de seguridad jurídica y orden público alegados por RENIEC; y es que se verificó que la accionante no cuenta con antecedentes judiciales y penales, tal como consta en los certificados respectivos obrante a folios 04 y 05, por lo que la decisión tomada no afectan en absoluto a la sociedad o a terceros; y es que de existir responsabilidades civiles, comerciales, penales, laborales o de cualquier índole por parte de la recurrente antes de la presente sentencia que no se conozca, éstas continuarán teniendo en efectos, luego de emitida y ejecutada la presente sentencia.

8.14.- Por otro lado, se procede a resolver la pretensión accesoria implícita que fue integrada al presente proceso, vía suplencia de queja deficiente, la cual fue delimitada en el (iii) punto controvertido fijado en el considerando 4.1 de la presente sentencia[23], referente justamente a los cambios de datos registrados (prenombre) en las dependencias educativas en las cuales ha cursado sus estudios superiores la accionante; para lo cual, este órgano de justicia procede analizar el contexto en la que se desarrolla la demandante, como las pruebas admitidas y actuadas en este proceso.

8.15.- Se observa en la audiencia única que la accionante manifiesta tener un proyecto de vida de crecimiento profesional, así, como tener metas laborales por cumplir, como es el de tramitar su título profesional de Antropóloga en Ciencias Sociales, así como realizar estudios de especialización en Antropología Forense y asimilarse a la Policía Nacional del Perú ***(Ver Min 99:21:19 a 21:22; 00:22.08 a 00:22:13; 00:26:55 a 00:26:58)***. De la misma forma ha hecho referencia que encuentra obstáculos irrazonables en el ámbito laboral (barreras burocráticas al derecho al trabajo) al presentarse en varios concursos de puestos de trabajo, donde se ha visto discriminada por su orientación sexual, lo que no le permite acceder a un puesto de trabajo o logar

[23] (iii). - Determinar si debe disponerse la ccorrección de los datos personales (nombre y sexo) en toda la documentación existentes en la Universidad Nacional de Trujillo (Facultad d Ciencias Sociales), en el Instituto Tecnológico Superior No Estatal y toda dependencia pública, donde se encuentre registrada los estudios superiores realizada por la parte actora.

mejores condiciones laborales (Ver Min. 00:22:56 a 00:23:09), y es que ella misma explica nítidamente que dicha discriminación laboral para el ingreso al trabajo se debe a que los datos (nombre) que aparecen en el documentos que acreditan dichos estudios superiores es de hombre [en referencia a G.J.] y no coinciden con su identidad de género autopercibida; expresando así, su deseo: de cambiar también los datos que contiene los documentos y registros que acreditarían sus estudios profesionales, siendo ésta una prioridad en su vida, ya que, según refiere, ello le permitirá cumplir con sus metas laborales propuestas y lograr su estado de bienestar integral ***(Min. 00:25:51 a 00:26:12; 00:26:35: 00:26:38; 26:18 a 00:27:01***).

8.16.- Efectivamente, está acreditado en autos, que la accionante realizó estudios superiores, tanto en el Instituto Superior Tecnológico No Estatal San Luis en la especialidad de Fisioterapia y Rehabilitación (folios 72), como en la Universidad Nacional de Trujillo, en la Facultad de Ciencias Sociales (Antropología), las cuales han culminado; y es más, respecto a esto último, cuenta con grado de Bachiller, la que ha sido expedida por la citada casa de estudios con fecha 24 de junio del 2022 (folios 65) e, incluso, dicho grado se encuentra inscrito en la SUNEDU, tal como consta en la consulta realizada a la página oficial de dicha institución (folios 77). Es en ambos documentos (Certificado y Diploma), que están consignados con el nombre legal registrado en su cédula de identidad de G.J.S.S y no con el nombre identitario y autopercibido; ello hace concluir que en los registros de datos estudiantiles de ambas casas de estudios se encuentra consignado con los datos masculinos, inscritos inicialmente al nacer.

8.17.- En cuanto a lo afirmado por la accionante que vive y enfrenta situaciones de discriminación de acceso al mercado laboral debido a la no conformidad con la heternormatividad (la creencia social de que lo normal es ser heterosexual), ya que los documentos que acredita sus estudios superiores y los demás contenidos en su *curriculum vitae* (participación en eventos académicos, experiencia de prácticas pre profesionales) se consigna el nombre biológico de masculino, el cual no concuerdan con su nombre que se ha identificado social y psicológicamente (autopercibido) es totalmente cierto. Dicha afirmación se sustenta en la presunción judicial y presunciones legales convencionales existentes, en la medida que las personas trans constituyen – como ya hemos indicado supra- una categoría sospechosa, en tanto son una comunidad que históricamente han sido discriminadas por su orientación sexual, por lo que dichos actos diferenciadores, como el descrito en el ámbito laboral [no aceptar su contratación], se genera de manera continua, y es más, el hecho de no contratar a una persona trans se presume que es un acto inconstitucional (discriminador) debido a su condición de persona vulnerable. Solo a modo de contrastar lo dicho, tenemos los resultados de estudios realizados a nivel mundial por parte la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en el proyecto “Identidad de Género y Orientación Sexual: promoción de los derechos, la diversidad y la igualdad en el mundo del trabajo” (PRIDE), donde concluyen afirmando que es común para las personas LGTBI [entre ellas las personas trans] enfrenten situaciones de discriminación en el trabajo a causa de su orientación sexual y/o identidad de género; es más, resalta dicho estudio: ***que las personas transexuales son las que enfrentan***

las formas "más severas de discriminación laboral"[24], y es que muchas de ellas declararon en las encuestas realizadas ser rechazas en la etapa de entrevista de trabajo debido a la falta de "correspondencia" entre la expresión de género (es decir, su indumentaria, sus maneras o su voz) y la identidad de género legal[25].

8.18.- Ya se ha establecido líneas arriba que el proceso de reafirmación de la identidad de género de las personas transexuales a través del cambio de datos registrales de nombre y sexo, constituye una forma de garantizar el derecho que tienen dichas personas, a la identidad de género, a la dignidad humana, a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad, pero también se ha indicado que ello permite que dicha persona pueda ejercer plenamente otros derechos fundamentales sin discriminación alguna, con los cuales se interrelaciona, como es el lograr el proyecto de vida que tiene, a la educación, al trabajo, e incluso tener una familia [y reconocer las formas legales que la ampara como el matrimonio], entre otros. Es así que la identidad sexual como parte de la identidad personal actúa de manera transversal en el ejercicio de los demás derechos fundamentales, por lo que solo a través de la rectificación de los datos registrales de las personas trans, se logrará un estado de bienestar integral, si aquellos datos rectificados surten efecto [es decir son reconocidos] en todas las áreas de la vida de la persona

8.1**9.-** Resulta válido entonces afirmar que **Crissel A.** S.S ha sido marginada en espacios formales de trabajo, ello debido a que sus documentos de identidad y los documentos que acreditan sus estudios superiores son puestos en duda por falta de correspondencia del componente del nombre y sexo con su identidad autopercibida de mujer, generando una afectación del derecho al acceso al trabajo e incluso a permanecer en él, en condiciones de igualdad con las demás personas heteresexuales. Es en ese sentido, que este órgano jurisdiccional, en su condición de garante de los derechos fundamentales de las personas más vulnerables como es el caso de la accionante, procedió amparar su pedido de cambio del pre nombre y sexo en sus documentos de identidad principal de la demandante [Registro Civil de la Municipalidad de Tumbes y Reniec], a efectos de garantizar su derecho a la identidad de género plena y por ende a los demás derechos conexos; sin embargo, dicha medida

o solución no sería realmente completa, sino se dispone también rectificar los datos (nombres y sexo) de la accionante en el registro físico y/o virtual de los estudios existente y realizados en la ***Universidad Nacional de Trujillo (Facultad de Ciencias Sociales) y en el Instituto Tecnológico Superior No Estatal San Luis, en tanto la accionante ha cursado estudios superiores en dichas casas de estudios, como también disponer la corrección en el sistema de grados y títulos de la SUNEDU,*** en la que aparece con el nombre de G.J.S.S., debiendo decir **Crissel A. S.S**. La justificación es que el cambio de datos dispuesto en Reniec y en el Registro Civil de la Municipalidad Provincial de Tumbes genera un efecto "erga omnes" de publicidad en tanto todos los datos existentes sobre la accionante debe coincidir, por tanto, mal podría considerarse que los datos de

[24] La Corte Constitucional de Colombia, afirmó en la **sentencia T-314 de 2011** que en concreto las personas trans es un grupo sometido a mayor grado discriminación y exclusión por la sociedad que el resto.
[25] Ver Organización Internacional de Trabajo (OIT". "La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT". En chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_380831.pdf

estudios superiores de la accionante difieran del Registro personal principal como es la Reniec, circunstancia que provocaría caos e inconsistencias, que alteraría no solo los derechos fundamentales antes citado, sino al orden social mismo.

8.20.- Y es que el Estado debe asegurar que los cambios de los datos dispuestos en los documentos de identidad de la accionante sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas, como ocurre en el ámbito de los estudios superiores; razón por la cual este órgano jurisdiccional ampara dicho extremo de la demanda, procediendo a disponer también la corrección de los datos personales de la accionante en la base de datos de las instituciones educativas antes descritas, donde ha cursados sus estudios superiores[26], y es que esta medida judicial permitirá, sin lugar a dudas, por un lado: garantizar su acreditación como profesional con su identidad real, y por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, le permitirá que la recurrente pueda tener acceso al trabajo y pueda ejercer el mismo, e incluso se extienden a otros ámbitos personales de la accionante, sin limitación o discriminación alguna por su orientación sexual.

8.21.- No olvidemos que el Estado debe garantizar el derecho a toda persona al trabajo digno y productivo, a condiciones satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo sin discriminación por motivos de orientación sexual; y, por tanto, está obligada a eliminar toda barrera discriminatoria por motivos de orientación sexual o identidad de género [como ha ocurrido en el presente caso al disponer la corrección de los datos en el sistema de estudios superiores de la accionante], a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público o privado, incluido todos los servicios en la policía y las fuerzas armadas[27].

8.22.- El negar rectificar lo datos en los registros académicos y toda documentación relacionada a sus estudios superiores de la recurrente, implicaría incurrir en una discriminación estructural múltiple por parte del Poder Judicial, ya que no solo transgrediría su derecho a la identidad de género, al trabajo, a vivir libre de toda violencia, a la familia, sino también obstaculizaría la proyección de vida de la propia accionante [que ha hecho referencia a que desea especializarse en antropología forense y asimilarse a la Policía Nacional del Perú] y reforzaría más bien, los escenarios de discriminación, estigmatización y exclusión de la esfera pública y privada, donde la accionante interactúa, como es en el trabajo (entiéndase en el acceso, al ejercicio mismo en condiciones humanas o en la propia extinción); situación que no puede concebirse en nuestro sistema jurídico, el cual clama como un pilar fundamental: la vigencia irrestricta de un Estado Constitucional y Democrático de derecho, donde la columna vertebral es justamente la defensa irrestricta de los derechos fundamentales de todos y todas las personas, sin discriminación alguna.

---

[26] El principio 3 de los principios de Yogyakarta, reconoce el derecho que tiene toda persona que opta por una diversidad u orientación sexual distinta a la impuesta hetenormativamente, a la personalidad jurídica y ser reconocidos por su identidad sexual, así se establece que los Estados "Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran su identificación o la desagregación del sexo de las personas.

[27] Ver el principio 12 de los principios de Yogyakarta

IX.- LOS EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA

9.1.- Este órgano jurisdiccional estima necesario -en su condición de garante de los derechos fundamentales de las personas y del orden convencional y constitucional que nos rige - precisar que la sentencia que emite en este acto, va más allá de resolver pedidos de cambios de prenombres y sexo en los documentos de identidad y de los registros de datos de estudios superiores de la accionante y, es más bien, un pronunciamiento de reconocimiento pleno de los derecho a la identidad sexual, a la personalidad jurídica y la dignidad de un.ser humano, "Crissell Anahi" en su condición de "mujer", ***en tal sentido los efectos que generará esta sentencia será de carácter "positivo" en todos los ámbitos de su vida, por lo que toda entidad pública o privada, funcionario público o persona natural, deberá reconocer "sin limitación alguna su derecho a ser considerada como "mujer", prohibiendo imponer en lo futuro limitaciones irrazonables o discriminar o estigmatizarla porque en algún momento se le consideró hombre en sus datos registrales***.

9.2.- En tal sentido y, a modo de precisión, la accionante podrá ejercer todas las prerrogativas, obligaciones y derechos que tiene como "mujer" y ser humano, como el de ejercer su derecho a tener familia y a que el Estado le reconozca el reconocimiento de las mismas (uniones de hecho o el matrimonio[28]) e, incluso el de adoptar, siempre que cumpla con los requisitos que se exigen para una adopción, como también a que el Estado la proteja frente a los actos de violencia por su condición de tal, el estar protegida en el marco de la Ley 30364[29], entre otros derechos.[30]

9.3.- En suma, los efectos de esta sentencia no solo recaen en las instituciones de Reniec y del Ministerio Público que participó en la audiencia única, sino en toda institución pública o privada existentes, en tanto esta sentencia ha reconocido el derecho de identidad sexual de manera "plena" de la accionante, pudiendo este órgano jurisdiccional conminar -en ejecución de sentencia- el respeto irrestricto de la presente sentencia ya que los cambios registrales ordenados tienen efecto erga omnes; así, si en caso que exista un ejercicio de poder por parte de algún funcionario público o persona privada que pretende limitar algún derecho por su condición de mujer, pueda esta sentencia surtir efectos en dicho caso para evitar una sobrevictimización

---

[28] La Corte IDH concluyó en la Opinión Consultiva OC 24/17: "8. *De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos,* ***incluyendo el derecho al matrimonio,*** *para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228."*

[29] Tal y cual lo ha establecido la Corte IDH en el caso Vicki Hernández vs Honduras

[30] Solo a modo de precisión debemos indicar que no existe precedente alguno a nivel del propio Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento del matrimonio de una persona trans, ya que los precedentes contenidos en la Sentencia No 172/2022- EXP. N.° 02743-2021-PA/ FC LIMA (caso ANDREE ALONSSO MARTINOT SERVÁN); Sentencia N° 191/2022- EXP. N.° 02653-2021-PA/TC LIMA (caso SUSEL ANA MARÍA PAREDES PIQUÉ Y GRACIA MARÍA FRANCISCA ALJOVÍN DE LOSADA); Sentencia 676/2020 - EXP. N.° 01739-2018-PA/TC LIMA (caso ÓSCAR UGARTECHE GALARZA), están referidos al matrimonio entre personas del mismo sexo. Al margen de lo estos últimos pronunciamientos del TC sean contrarias a las interpretaciones vinculantes dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenidos en la Opinión Consultiva OC 24/17 y donde el Poder Judicial, debe seguirse la línea interpretativa de esta última Corte Internacional en el marco del principio pro homine, en tanto es más progresiva que la emitida por el TC, ello a tenor de lo dispuesto en el considerando 16 de la STC 04853-2004-AA/TC (Caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad)

por parte de la recurrente a acudir a otro proceso judicial, cuando en este proceso existe una sentencia firme que ha reconocido su identidad plena.

9.4.- Finalmente, debemos señalar que el Estado y en especial el Poder Judicial como garante del orden constitucional y convencional, debe contribuir a través de sus decisiones a construir una sociedad más inclusiva e igualitaria, en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de discriminación, exclusión social o de violencia, ya que ello significaría negar la calidad de ser humano de toda persona diferente; sino por el contrario, deben ser fuente insustituible de riqueza social, ofreciendo a todos y todas las personas, indistintamente de su opción sexual, las más amplias oportunidades para desarrollarse como personas y ser felices.

X.- CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ACTUACIÓN DEL PROCURADOR PÚBLICO EN LA AUDIENCIA ÚNICA

10.1.- Este órgano jurisdiccional estima necesario pronunciarse sobre un hecho inusual ocurrido durante el desarrollo de la audiencia única en referencia a la conducta procesal del abogado y representante de la Procuraduría Pública de RENIEC, Víctor Manuel Alva Laos, y es que entre el minuto 00:38:53 a 00:38:58 de la citada audiencia, y en momentos en que la representante del Ministerio Público se encontraba acreditándose en la citada audiencia, el citado letrado dejó inadvertidamente prendido su audio y donde claramente expresó un frase discriminatoria, estereotipada y despectiva en alusión a la demandante y su condición de mujer trans, al expresar dos veces la siguiente frase: "***Está bueno el cabro***", hecho que fue advertido por el abogado de la parte accionante al referirse a dicho suceso, calificando de afectación a la dignidad de su patrocinada e, incluso, de grosera, por lo que solicitó que dicho letrado corrija y pida disculpas (Min. 00:44:24 a 00:44:34), a lo que el representante de la Procuraduría Pública de Reniec aclaró que dicha frase no estaba referido a ninguna persona presente en dicha audiencia, sin embargo, prestó las disculpas del caso, por lo que el Juez dispuso que dicha conducta debía ser evaluada al momento de emitir sentencia, previa revisión del audio y video.

10.2.- En rigor, debemos indicar que los procuradores públicos, forman parte del Sistema de Defensa Judicial del Estado, cuya función es ejercer la representación y defensa técnica de las distintas instituciones públicas[31], en los distintos procesos judiciales que se entablen contra el Estado, incluidos los ordinarios [civiles, penales, laborales, etc]; teniendo como función principal el de velar en todo momento por los intereses estatales; por lo que, su participación en todo proceso judicial es imprescindible. Y es que su actuación en los distintos procesos judiciales se encuentra delimitada y vinculada – como ya se ha indicado- a la defensa de los intereses del Estado en todo proceso, ***pero también, a la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona y el orden constitucional***[32], y es que el mismo Tribunal Constitucional

---

[31] Artículo 47 de la Constitución Política del Perú. "La defensa de los intereses está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley" y artículo 5 del Dec. Leg. N° 1326 Decreto Legislativo que reestructura el sistema administrativo de defensa jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado: "La defensa jurídica del Estado es la actividad de orden técnico legal que ejercen los/as públicos, en atención a las disposiciones acorde con el ordenamiento jurídico vigente".

[32] Ver STC N° 04063-3007-PA/TC.

afirman que deben ser considerados colaboradores activos en relación a la solución del conflicto sea esta constitucional u ordinario.

10.3.- Es en esa lógica de respeto de los derechos fundamentales de las personas que la conducta procesal que debe desplegar en todo proceso judicial los procuradores públicos y los abogados que lo representan es de probidad, honestidad y ética, así lo establece de manera expresa el artículo 16 del Dec.018-2019-JUS Reglamento del Dec. Leg. 1326 que reestructura el sistema administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría del Estado[33]. En tal sentido existe, no solo una obligación ética, sino legal, de los abogados que conforman el sistema de defensa del Estado, que el comportamientos de ellos se enmarquen dentro del respeto a las personas que intervienen en el proceso mismo, estando prohibido de manifestar actos discriminatorios contra ellos por alguna condición que ostenten (religión, sesgo político, orientación sexual, etc.); por el contrario, deben reconocer la pluralidad y diversidad de las personas, es más están obligados a promover en todo momento la inclusión social y el respeto por el pluralismo sociocultural existente.

10.4.- No debe olvidarse que la Constitución reconoce y garantiza la individualidad de cada persona como es, con sus rasgos, características y diferencias especificas en tanto, que son esas manifestaciones diversas las que distinguen a cada sujeto de la especie humana en relación intrínseca con los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad[34].

10.5.- Es así, que el artículo 109 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece los deberes que deben tener las partes y abogados en el proceso civil, incluido los Procuradores Públicos de las distintas entidades públicas, entre ella el respeto que deben demostrar en todo momentos por las personas que participan en el proceso mismo, así establece que "***Son deberes de las partes, abogados y apoderados: (…) 3.-Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; 4.- Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia***. En igual sentido, el T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en artículo 288, que son derechos del abogado. ***"(…) 5.- Actuar con moderación y guardar el debido respecto en sus intervenciones y en los escritos que autorice***".

10.6.- Queda claro que lo manifestado inadvertidamente por el Procurador Público en la audiencia única[35] constituye visiblemente una frase agraviante y totalmente discriminatoria en contra de la accionante, en tanto el adjetivo utilizado es despectivo, ya que en el Perú se utiliza para hacer mención y mella a la condición de mujer trans o ser homosexual. Y es que la frase utilizada por el citado representante de la Procuraduría Pública constituye sustancialmente un acto de violencia de género "simbólica", ya que ella reproduce estereotipos de género aceptados socialmente como válidos y refuerza relaciones de dominio y sumisión (relaciones de

[33] Art. 16.- Son obligaciones de los/las procuradores/as públicos/as, además de las establecidas en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1326, las siguientes: (…) 21. Conducirse con ética, probidad y honestidad en el ejercicio de sus funciones.
[34] Ver la sentencia T-443-2020, emitida en por la Corte Constitucional Colombiana
[35] el cual fue descrito en el considerando 10.1 de la presente sentencia.

desigualdad), ya que contiene un discurso homofóbico y de rechazo a otras formas de identidad sexual distintas a la percepción binaria del sexo.

10.7.- Este acto realizado por el abogado, representante de la Procuraduría Pública de Reniec, constituye no solo el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 109 (inc. 3 y 4) y artículo 288 (inc. 5) del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino una transgresión a los derechos fundamentales de la parte accionante a no ser discriminada y vivir una vida sin violencia; por lo que, ha desconocido su obligación de promover y garantizar la defensa de los derechos ***fundamentales de la persona y el orden constitucional***, razón por la cual se debe imponer una sanción tal como lo faculta el artículo 110 del Código Procesal Civil, la cual se pondera teniendo en cuenta que dicho letrado manifestó las disculpas públicas a la accionante en la audiencia única, así se le impone una multa de una unidad de referencia procesal (URP) y a la vez se le exhorta conducir su conducta procesal dentro del marco del respecto de la persona humana, indistintamente de su identificación sexual.

XI.- PARTE RESOLUTIVA

Por estos fundamentos, el Juzgado Civil Permanente del Módulo Básico de la Esperanza, con la autoridad que le confiere la Constitución Política, Ley Orgánica del Poder Judicial y Código Procesal Civil, **RESUELVE:**

DECLARAR FUNDADA la demanda interpuesta por don G.J.S.S, sobre la modificación de sus datos registrales: prenombre y sexo en sus documentos de identidad, como en los datos de estudios superiores realizado por la parte actora, acción que la dirige contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público.

CONSECUENTEMENTE, deberá disponerse la modificación de los prenombres de la parte demandante, de G.J.S.S a la de **Crissel A. S.S**, como la corrección del dato registral referido al sexo: de masculino a **FEMENINO** en sus documentos de identidad (partida de nacimiento y documento nacional de identidad). Así mismo se dispone la modificación de dichos datos prenombre y sexo de ser necesario, en el sistema de los estudios superiores realizado por la accionante en la Universidad Nacional de Trujillo (Facultad de Ciencias Sociales) y el Instituto Superior Tecnológico No Estatal "San Luis", como en la SUNEDU donde se encuentra registrado el grado de Bachiller en Ciencias Sociales. Para tales efectos deberá OFICIARSE a la Municipalidad Provincial de Tumbes, RENIEC, Universidad Nacional de Trujillo, Instituto Superior Tecnológico No Estatal "San Luis" y SUNEDU, para que proceda a modificar dichos datos registrales en los registros académicos respectivamente

.

11.3.- SE DISPONE que la presente sentencia reconoce el derecho a la identidad sexual plena que ostenta la accionante, por lo que las instituciones públicas o privadas o cualquier servidor público o persona natural, no pueden en el futuro desconocer dicho reconocimiento y los efectos propios de ello, y es que una vez que quede firme la presente sentencia, esta surtirá efectos positivos hacía el futuro, conformo lo desarrollado supra.

11.4.- SE DISPONE IMPONER multa al abogado, Víctor Manuel Alva Laos con una unidad de referencia procesal por las palabras ofensivas vertidas en la audiencia única, y a la vez se le EXHORTA que en lo sucesivo conduzca su conducta procesal dentro del marco del respecto de la persona humana, indistintamente de su identificación sexual.

Consentida que sea la presente, archívese del modo y forma de ley.

2º JUZGADO CIVIL - SEDE PAUCARPATA
EXPEDIENTE : 05684-2016-0-0412-JR-CI-02
MATERIA : CAMBIO DE SEXO
JUEZ : CORRALES CUBA YURI FILAMIR
ESPECIALISTA : LUJAN ANTAYHUA ANA ROSA
DEMANDADO : RENIEC
DEMANDANTE : A.A.V. G.

El Señor Juez del Segundo Juzgado Civil del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, República del Perú; Abog. y Econ. Yuri Filamir Corrales Cuba, impartiendo Justicia en nombre del Pueblo de quien emana dicha potestad, expide Sentencia en el Expediente 05684-2016-0-0412-JR-CI-02 sobre Cambio de Sexo.

SENTENCIA Nro. 001-2018-CI-2JCP

RESOLUCIÓN Nro. 16.-
Arequipa, dos mil dieciocho,
Enero, Cinco.-

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA
AREQUIPA

I.- PARTE EXPOSITIVA:

VISTOS: La demanda de fojas veinticuatro a treinta y tres, subsanada de fojas cuarenta a fojas cuarenta y siete, interpuesta por A.A.V.G. sobre cambio de sexo.

PETITORIO.- Solicita que judicialmente se declare el cambio de su sexo de femenino a masculino, cambio que tendrá que realizarse en a Partida de Nacimiento N° 002698, inscrita en la Municipalidad Provincial de Arequipa, así como en su Documento Nacional de Identidad.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA.- Manifiesta la parte demandante que nació en la Provincia y Departamento de Arequipa, como consta de su Partida de Nacimiento N° 002698 inscrita en el Registro de Estado Civil de dicha Municipalidad Provincial, siendo la fecha de su nacimiento el siete de enero del año

Lpderecho.pe

mil novecientos noventa y cuatro, y que sus padres son F.A.V.P. y doña M.E.G.N refiere además que desde que tiene uso de razón, desde muy pequeña siempre se ha identificado como varón (niño), desarrollando todo tipo de comportamiento igual al género contrario al de su sexo, puesto que nunca ha aceptado su composición somática, hecho que de por sí causa en su persona un sentimiento de rechazo, pues siempre ha sentido una profunda disconformidad entre su sexo, su psicología masculina y demás caracteres referentes al sexo que presenta; la secundaria la cursó en el colegio mixto (Bryce) donde ha sido víctima de discriminación por sus compañeros y profesores; ante ello con el apoyo y autorización de sus padres cuando aún tenía diecisiete años de edad interpusieron un proceso judicial sobre cambio de nombre en el cual mediante sentencia le cambiaron sus dos prenombres de Verónica Ángela por los de A.A.V.G.; siempre ha querido seguir estudios universitarios, sin embargo durante los ultimo cinco años no ha podido matricularse ni postular a alguna universidad, ya que los tramites que se realizan son personales y bajo estricto control, documental y personal, llegando en alguna oportunidad a ser retirado de un examen de admisión, al creer que su persona estaba suplantando a otra persona por tener aspecto de varón y no de una mujer, puesto que los datos de su DNI figura como sexo femenino hecho que hasta la actualidad le impide poder concretar sus aspiraciones personales de estudios superiores; luego de haber concluido sus estudio secundarios ha optado por conseguir trabajos eventuales. Donde no es requisito acreditar su sexo pues simplemente se los deben dar por su aspecto físico (varón); en el año dos mil doce cuando contaba con dieciocho años de edad se ha sometido a una primera intervención quirúrgica (Ginecomastía), extirpación de mamas conforme se tiene del certificado médico, en el año dos mil catorce se somete a una segunda intervención quirúrgica de histerectomía total abdominal y ooforosalpinguestomia bilateral, (extracción quirúrgica del útero, aparato reproductor femenino total); desde el año dos mil diez viene haciendo uso de testosterona (Sustanon) el cual le es aplicado mediante ampollas; en el año dos mil doce la Psicóloga Silvia Murguía Vizcardo ha emitido un Certificado Psicológico en el que se refiere que ha recibido atención psicológica entre los años dos mil siete y dos diez, diagnosticándole Trastorno de Ansiedad y Trastorno de la Identidad de Género, época en la cual aún tenía el nombre de V.Á.V.G.

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA

Lpderecho.pe

ACTIVIDAD PROCESAL.- La demanda fue admitida a trámite mediante resolución 2 de fojas 48, mediante resolución 5 de fojas 64 se resuelve declarar rebeldes al registro de Identificación y Estado Civil RENIEC y a su procurador Público, y se señal fecha para la audiencia única; mediante resolución siete se resuelve declarar la nulidad de la resolución cinco y se dispone notificar a la Procuradora Pública de Reniec en la ciudad de Lima; mediante resolución 8 se declara rebeldes al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y a su Procurador Público y se señala fecha para la audiencia única de ley; a folios 123 a 126 se tiene el acta de audiencia única en la que se declara saneado el proceso, se fijan los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios y se actúan los mismos, audiencia en la cual el Magistrado que suscribe asume competencia en el presente proceso, por lo que mediante resolución quince de folios ciento treinta se dispone que ingresen los autos a despacho para emitir sentencia.

II <u>PARTE CONSIDERATIVA</u>:

<u>PRIMERO</u>: Carga y valoración de la prueba.- Conforme lo dispuesto por el artículo 196° del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien a firma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos; es decir, "que quien tiene la carga de la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función a los hechos que sustentan su pretensión"[1]. Conforme lo dispuesto por el artículo 197° del Código Procesal Civil, todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada[2], sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión[3].

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA

[1] Casación N° 2660-2006-Lima, Sala Civil Transitoria.
[2] Casación N° 5331-2006-Lima: "[La] valoración se rige por dos principios como son: i) la unidad del material probatorio; donde las pruebas aportadas al proceso forman un todo y como tal deben ser examinados y valorados por los jueces, confrontándolos y concordándolos uno a uno; y ii) el sistema de valoración de los medios probatorios; siendo que nuestro ordenamiento procesal consagra el sistema de libre apreciación, donde el juzgador está en libertad de valorar los medios probatorios actuados en el proceso de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la técnica, la ciencia, el derecho y las reglas de la experiencia."
[3] Casación N° 3000-2006-Sala Civil Transitoria: "Según el principio de trascendencia de los medios probatorios, recogido en el artículo 197 del Código Procesal Civil, los organismos de mérito se encuentran facultados para expresar en las resoluciones que emitan las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".

Lpderecho.pe

SEGUNDO: De los puntos controvertidos.- Mediante la resolución N° 13 se h fijado como punto controvertido: Determinar si corresponde realizar el cambio de sexo del recurrente en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, de femenino a masculino.

TERCERO: Del marco doctrinario, jurisprudencial y sustantivo.- Al respecto se tiene que: **(1) Derecho a la identidad personal.-** La persona, cada persona, es idéntica a sí misma**,** no obstante que todos los seres humanos son iguales. La igualdad radica en que todas las personas, por ser tales, comparten la misma estructura existencial en cuanto son "una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad". Es la libertad la que, al desencadenar un continuo proceso existencial auto creativo, hace posible el que cada persona desarrolle –dentro de las opciones que le ofrece su mundo interior y su circunstancia- su "propio" proyecto de vida, adquiera una cierta personalidad, logrando así configurar "su" identidad. La identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser "uno mismo y no otro"[4]. **(2)** La identidad, constituyendo un concepto unitario, posee una doble vertiente. De un Lado, aquella estática, la que no cambia con el transcurrir del tiempo. La otra, dinámica, varía según la evolución personal y la maduración de la persona. La primera de ellas, la estática, ha sido la única que se consideró jurídicamente, hasta no hace mucho la "identidad personal". Se le designaba comúnmente como "identificación". Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables y a través de la existencia, se encuentran entre otros el código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, el nombre. Los estáticos son los primeros elementos personales, de modo inmediato, mediante estos atributos. La identidad dinámica está compuesta por un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia y consistencia de la personalidad y la cultura de la persona. Se trata de las creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, la profesión, las opiniones, las actitudes, la inclinación política, la adhesión a ciertas

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA-AREQUIPA

[4] La Constitución Comentada Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición-2005. P. 18-19

soluciones económico-sociales, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otro atributos y calificaciones dinámicos de la persona[5]. **(3) Uno de los aspectos más delicados y discutidos de la identidad personal es el concerniente a la identidad sexual.-** Esa identidad ofrece también una doble vertiente. De un lado, es posible referirse al sexo desde un punto de vista estático o biológico, en el sentido de que el sexo es aquel con el que se nace y que se mantiene inalterable durante la existencia de la persona. Es el sexo que también se le conoce como sexo cromosómico. Pero al lado del sexo estático –inmutable e inmodificable- es posible reconocer la existencia de un sexo dinámico referido a la peculiar actitud que socialmente asume la persona, a sus hábitos y comportamientos, a su inclinación psicológica que puede diferir y distanciarse del sexo cromosómico. La doble vertiente que presenta el sexo, la estática y la dinámica, generalmente son coincidentes a cada persona. A su sexo biológico o cromosómico corresponde su inclinación psicosocial. No obstante lo expresado en precedencia, excepcionalmente se presentan situaciones problemáticas en cuanto a la sexualidad como es el excepcional caso de la "intersexualidad" (hermafroditismo, seudohermafroditismo) o el de la "transexualidad**".** En éste último se aprecia en la persona una definida disociación entre el sexo cromosómico y el sexo psicológico. El transexual vive, siente y actúa, desde la primera infancia, de manera diferente a la del sexo con el cual nació. El transexual considera un error de la naturaleza la asignación de sexo que cromosómicamente le corresponde, por lo que tiene como máxima aspiración poder adecuar, a cualquier costo, la propia estructura anatómica genital a la del sexo que siente como propio y verdaderamente suyo. Para el transexual resulta insoportable el hecho de sentir y vivir de manera diferente a la de su sexo cromosómico. Un sector tanto de la doctrina como de la jurisprudencia estima, sobre la base del sentido liberador del derecho, que debe accederse a la solicitud del transexual de someterse a un proceso quirúrgico de adecuación sexual, así como el consiguiente cambio registral del o de sus prenombres. Ello en razón de que el sexo, en el caso de la transexualidad, no es solo una expresión biológica sino que, principalmente, entraña una dimensión psicológica que debe atenderse para ayudar al transexual a liberarse del tormento

Yuri Flamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA

[5] La Constitución Comentada Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición-2005. P. 19-20

que significa desde el punto de vista psicosocial la intolerable disociación qu sexualmente experimenta. De ahí que, por razones fundadas tanto en la libertad del transexual para proyectar su vida según el sexo vivido e intensamente sentido como el derecho que tiene a su salud integral, se considera que se debe acceder a su solicitud para la adecuación morfológica de carácter genital luego de un procedimiento en el cual, mediante la prueba actuada, se convenza plenamente el juez que se trata de un auténtico caso de transexualidad. La posición favorable antes enunciada tiene sustento en lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución de 1993, en el sentido de que toda persona tiene derecho "a su libre desarrollo y bienestar". Es decir, se trata de aquellos derechos de los carece el transexual debido a su peculiar situación[6].

El derecho a la identidad sexual.- La identidad sexual constituye un muy importante aspecto de la identidad personal en la medida que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y la disposición del propio cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales. Varios autores sostienen que la sexualidad es el elemento organizador de la identidad de las personas. Las coordenadas de la identificación se establecen, en primer lugar, en referencia al cuerpo. La diferencia sexual es la primera evidencia incontrovertible de la diferenciación humana. La identidad sexual está constituida por tres componentes que es preciso reconocer y diferenciar: *identidad de género*, que es la convicción íntima de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas; *rol de género*, referida a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo, acorde con las reglas establecidas por la sociedad; y *orientación sexual*, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo-erótico. Asimismo, la doctrina especializada es constante en reconocer que el sexo se conforma por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico,

[6] La Constitución Comentada Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición-2005. P. 21-22

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA

psicológico, registral o social, los cuales interactúan en el sujeto de modo tal c configurar su sexo, ya que merced al *principio de unidad de sexo* –pese a que pueda haber discordancia entre uno o varios de sus elementos- se definirá finalmente en un sentido u otro, según la profunda experiencia vivencial del individuo. Por lo tanto, que no se tomen en cuenta los otros elementos del sexo al asignar una identificación al recién nacido (en razón de su sexo anatómico) no significa que éstos no existan, y menos aún que llegado el momento de un reclamo en sede judicial no deban ser considerados. En la mayoría de los casos estas facetas se manifiestan en una unidad armónica que responden a lo que es percibido como el género asignado. ¿Pero qué sucede cuando alguna causa a nivel genético, hormonal o psicológico genera una discordancia entre los diversos elementos? En éste escenario existe un universo de situaciones posibles y, entre ellas, que el reclamante sea una persona intersexual, travesti, o transexual. Si bien parten de supuestos diferentes, en todos los casos la discordancia entre la identidad que ostenta el individuo, su apariencia y lo que predica su documento de identidad, con prenombre y asignación de sexo opuesto al que presenta a la vista son causa de discriminación, violencia e infinidad de problemas y limitaciones en la posibilidad de ejercer sus derechos, aun de los más básicos. Entre ellos, el derecho primariamente afectado es el derecho a la identidad personal, pero no el único. En diversos países, entre ellos Argentina, el debate por el reconocimiento del derecho a la identidad sexual surge merced a la solicitud de autorización para someterse a una operación de reasignación sexual y/o la posterior modificación de prenombre y género de los documentos de aquellas personas que vivenciaban una situación de intersexualidad (hermafroditismo o pseudohermafroditismo) o bien de transexualidad (disforia de género),y ha tenido diversa suerte en los tribunales locales, pasando del absoluto rechazo, hasta su actual aceptación por buena parte de la doctrina especializada y algunos magistrados[7]. **(4) Derecho a la Libertad.-** La libertad no puede desligarse de la vida misma, desde que esta es "la vida de la libertad". La trascendencia de la libertad reside en que ella se constituye como lo que diferencia a la persona de los demás seres del mundo en cuanto en su *ser.* La persona es, así, una unidad psicosomática constituida y sustentada en *su* libertad.

Yuri Flamir Corales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL
SEGUNDO JUZGADO CIVIL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA-AQP

[7] Los Derechos Fundamentales. Estudios de los Derechos Constitucionales desde diversas especialidades del Derecho. Gaceta Constitucional. Primera Edición - 2010. P. 77-79

La libertad es lo que hace a la persona *ser* persona. Proteger jurídicamente libertad es, por consiguiente, proteger el *ser* de la persona y, con ella, su vida misma, su razón de ser y su propia identidad. En esto radica la importancia del derecho a la libertad. Acudiendo a la experiencia de la persona, de cada persona, es dable sostener que la libertad se nos muestra como capacidad inherente al ser humano de decidir, por sí mismo, su proyecto de vida. Ello, sobre la base de las opciones o posibilidades que le ofrecen tanto su mundo interior –sus potencialidades y energías- como el mundo exterior, la sociedad. La libertad permite que la persona sea "lo que decidió ser" en su vida, lo que considera que debe hacer "en" y "con" su vivir. La vida, a través de sus actos y conductas, se constituye en la manifestación de la libertad. Está en un constante proyectar, presente y actuante en la realidad del mundo. La persona, en tanto libre, decide sobre la vida, construye su propio destino, realiza su "*proyecto de vida*", así como perfila su propia identidad. Todo ello hace que la persona, que cada persona, sea única, singlar, irrepetible, no estandarizada. La dignidad inherente a la persona deriva, precisamente, de su condición de *ser libertad*[8]. Cuando se hace referencia a libertad -no obstante su unicidad- se ha de tener en consideración su doble vertiente: de un lado la libertad ontológica, en cuanto *ser* mismo del hombre, y, del otro, el "proyecto de vida", en cuanto su realización o la concreción en el mundo de su libertad ontológica. Esa libertad ontológica, que es pura capacidad subjetiva de decisión, se constituye como un constante proyectar. El "proyecto de vida" se realiza y concreta existencialmente en el mundo. La libertad, *que somos*, se exterioriza, se fenomenaliza, se hace presente en la realidad. El proyecto, en tanto decisión, se manifiesta a través de actos, conductas, comportamientos, es decir, en un actuante "proyecto de vida". La libertad es el *ser* del hombre, cuya protección corre pareja con la tutela de la vida. Pero la protección de la libertad no se agota en la tutela de la vida que ella sustenta sino que el Derecho protege sus manifestaciones en el mundo, su exteriorización en la realidad, las que se concretan en el personal "proyecto vida"[9]. **(5)** De lo precedentemente expuesto se

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA AREQUIPA

[8] La Constitución Comentada Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición-2005. P. 30-31

[9] La Constitución Comentada Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición-2005. P. 32

desprende que el derecho a la libertad supone la protección integral de sus dc instancias: la ontológica, en cuanto *ser* mismo de la persona, y la de su realización existencial en tanto "proyecto de vida". La protección de la primera de dichas instancias se difunde como está dicho; con la protección jurídica de la vida misma, en cuanto es "vida de la libertad". La protección jurídica de la libertad en cuanto "proyecto de vida" representa la tutela de la libertad fenoménica, aquella que se exterioriza a través de actos, conductas, comportamientos. En ésta instancia de la libertad lo que se protege es la libertad hecha acto o conducta intersubjetiva en cuanto concreción de una decisión subjetiva. En otros términos, proteger la libertad fenoménica significa la protección del "proyecto de vida" o libertad actuante, presente en el mundo. La importancia de la protección jurídica del "proyecto de vida" radica en que en él se juega nada menos que el destino de la persona, da cada persona. Es decir, lo que la persona decidió hacer en y con su vida. De lo anteriormente expuesto se concluye que el Derecho ha sido creado por los seres humanos en sociedad para lograr la liberación de cada uno de ellos, lo que supone tender a superar los obstáculos que impiden su realización personal, el cumplimiento de su "proyecto de vida". Por ello, el principal y primario deber de cada persona, que subyace en todos y cada uno de los derechos subjetivos, es no dañar el "proyecto de vida" de los demás seres humanos que con ella conviven en sociedad. De ahí deriva el sentido liberador del Derecho[10]. **(6)** En el Derecho Comparado es numerosa la jurisprudencia que reconoce el derecho a la identidad sexual. En el caso peruano se ha abordado éste tema en la STC 139-2013-PA, la misma que estableció como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un "trastorno" o una "patología". **(7)** La doctrina jurisprudencial establecida en la STC 139-2013-PA ha sido dejada sin efecto por la STC recaída en el expediente 06040-2015-PA/TC de fecha 21 de Octubre del año 2016, la misma que en su fundamento 5 precisa que: Así las cosas, los justiciables difícilmente podían acceder a un reconocimiento judicial de sexo, ya que la doctrina jurisprudencial del

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA

[10] La Constitución Comentada Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición-2005. P. 33

Tribunal, al dilucidar los alcances del derecho a la identidad personal, bloqueab esta posibilidad de acceso. En efecto, si se considera que, según el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley según los principios constitucionales, de conformidad con la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por este Tribunal, existía una elevada probabilidad de desestimar los pedidos vinculados al cambio de sexo, ya que esa doctrina jurisprudencial permitía que los jueces desestimen dichas solicitudes. **(8)** El Tribunal nota que ésta interpretación del derecho a la identidad personal, cuyo propósito era vincular a la judicatura en la interpretación y tramitación de este tipo de causas, suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de ésta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones: (i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y (ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte al Juez a reconocer el cambio de sexo (***F. 6 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(9)** En la STC 0139-2013-PA el Tribunal asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Sin embargo, en la actualidad existen evidencias científicas de que no es así. En efecto, como enfatiza American Psychological Association (APA), entidad de prestigio mundial en este campo de la ciencia, este enfoque ya se encuentra superado [*Cfr. APA. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-5 de 2013*]. Es también importante resaltar que la propia Organización Mundial de la Salud está en camino a superar su tipificación como una enfermedad o trastorno. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-11, a publicarse por dicha entidad en el año 2018. Es más, una versión *beta* del CIE-11(en la que van introduciendo los cambios a las categorías revisadas) lo ubica como una disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología [http.int/clasifications/icd11/brwse/f/en]. (***F. 7 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(10)** Por otro lado, este entendimiento del transexualismo también ha sido ratificado por distintos tribunales internacionales. Así, esta línea también ha sido asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencias emitidas en los casos Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia]; el Tribunal

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA-AREQUIPA

Lpderecho.pe

Europeo de Derecho Humanos [sentencias Van Kuck vs. Alemania y Goodwin v Reino Unido]; y, a nivel de organismos internacionales, la Organización de Naciones Unidas [Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. AAA/HRC/29/23. Publicado el 4 de mayo de 2015]. Las referidas entidades internacionales han coincidido en que el género encuentra un espacio particular de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha obedecido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y al principio de igualdad y no discriminación. No es casual ésta coincidencia en el ámbito internacional, ya que refleja el estándar mínimo de protección que los Estados deben brindar a toda persona sometida a su jurisdicción. Ello, aunado a los principios de interpretación constitucional que emanan de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, genera que esta corriente no puede pasar desapercibida (***F. 8 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(11)** En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, más no como una patología; así las cosas, y en consecuencia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremos de la doctrina jurisprudencial fijada en el STC 0139-2013-PA. (***F. 9 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(12)** En relación con el punto (ii), la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal vinculaba a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, por lo que se les restaba discrecionalidad para analizar lo casos en los que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad. (***F. 10 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(13)** Sobre ello, el Tribunal advierte que, en muchos casos, la interpretación rígida e inmutable de los derechos que la constitución reconoce puede bloquear el acceso a la justicia. En este caso, a través del establecimiento de doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. Esa no es nuestra labor antes bien, nuestros pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen, de manera general,

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL CSJ AREQUIPA Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA

lpderecho.pe

como custodios de ella. En ese sentido, establecer un contenido pétreo inamovible de lo que debe extenderse por el derecho a la identidad personal es, antes que fomento, la imposición de una barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria. De este modo la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial. (***F. 11 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(14)** Lo anterior es aún más notorio cuando, en distintas experiencias a nivel comparado e internacional, el avance ha ido en una línea distinta. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "en el ámbito de sus decisiones intimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas puede estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada […] identidad de género [Informe "Orientación Sexual, identidad de Género y Expresión de Genero: Algunos términos y estándares relevantes", párrafos 7 y 8]". De hecho, en alguna oportunidad también este Tribunal ha sostenido que algunos de los elementos ordinariamente objetivos no solo puede ser visto simultáneamente desde una perspectiva subjetiva, sino eventualmente pueden transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos [STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22]. (***F. 12 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(15)** Así las cosas, la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues este, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil este obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), contravendría el orden de las cosas por alterar sin "motivos suficientes" los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA-AREQUIPA

Lpderecho.pe

Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, est modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones y las relaciones laborales ni la justicia penal [*Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Christine Goodwin Vs. Reino Unido, Sentencia de 11 de julio del 2002, párrafo 91]. (***F. 13 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(16)** 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 de derechos 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-O/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 a este motivo [Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES.2600 (XL-O/10)]. (***F. 14 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***). **(17)** El Tribunal Constitucional estima, en conclusión, que los jueces tiene un especial margen de decisión en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad personal, por lo que, también en este extremo, corresponde dejar sin efecto los lineamientos que habían sido aprobados en la STC 0139-2013-PA, a fin que, en el desarrollo de los proceso en vía ordinaria, los jueces puedan tomar en cuenta los recientes alcances con relación a este derecho. (***F. 15 de la STC N° 06040-2015-PA/TC***).-

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA-AREQUIPA

Lpderecho.pe

CUARTO: Análisis sobre el fondo de asunto y valoración de pruebas

Mediante la resolución N° 13 se ha fijado como punto controvertido: Determinar si corresponde realizar el cambio de sexo de la parte recurrente en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, de femenino a masculino; para cuyo efecto de autos se tiene que: **4.1** A fojas 14 se tiene el Certificado Psicológico N° 0229320 de fecha 3 de marzo del año 2012, suscrito por la profesional psicóloga Silvia Murguía Vizcardo, en el que hace constar que la paciente V.Á.V.G., ha recibido atención entre los años 2007 y 2010 con historia clínica N° 2901 en el servicio de psicología del Centro de Salud Alto Selva Alegre, teniendo como diagnóstico Trastorno de Ansiedad y Trastorno de la Identidad de Género, documento con el que se acredita que se está frente a un caso de transexualidad, ello de acuerdo al marco doctrinario y jurisprudencial desarrollado precedentemente; entendiéndose ésta que no es solo una expresión biológica sino que, principalmente, entraña una dimensión psicológica que debe atenderse para ayudar al transexual a liberarse del tormento que significa desde el punto de vista psicosocial la intolerable disociación que sexualmente experimenta. **4.2** De fojas 4 a 10 se tiene la copia certificada de la sentencia N° 100-2011, mediante la cual se resuelve cambiar los prenombres de la parte accionante de Verónica Ángela por los de A.A.V.G., decisión jurisdiccional (Cuarto Juzgado Civil de Arequipa) que se encuentra plasmada en la partida de nacimiento obrante a fojas tres, con lo que se acredita y corrobora que con la pretensión se tienen razones fundadas para llevar una vida de libertad de transexual y proyectar la misma según el sexo vivido. **4.3** A fojas 12 obra el Certificado Médico N° 5000343 mediante el cual el profesional Médico Julio Vargas Tizón, certifica con fecha 10 de Febrero del año 2012 que al paciente A.A.V.G. le ha realizado una intervención quirúrgica de Ginecomastía (extirpación de mamas); igualmente obra en autos el Certificado Médico N° 0028457 suscrito por el profesional médico Ginecólogo Obstetra José Effio Mantilla certificando que la paciente A.A.V.G. ha sido intervenida quirúrgicamente de Histerectomía Total Abdominal y Ooforosalpinguectomia Bilateral (extracción quirúrgica del útero, aparato reproductor femenino total); acreditándose así su condición de transexual y con ello le asiste el derecho fundamental que tiene a la libertad y a su salud integral del accionante, por cuanto lo que ha realizado es su adecuación morfológica de carácter genital; cuyo sustento se encuentra contenido

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA AREQUIPA

LPderecho.pe

en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución de 1993, en el sentido de que toc persona tiene derecho "a su libre desarrollo y bienestar". **4.4** A fojas 15 y 16 obran seis fotografías, donde se le aprecia al accionante con todos los rasgos físicos exteriores de un varón, acreditándose una vez más que se trata de un caso de transexualismo (disforia de género), entendiéndose de lo desarrollado en el considerando precedente que el transexual vive, siente y actúa, desde la primera infancia, de manera diferente a la del sexo con el cual nació; así lo ha referido la parte accionante en su declaración que efectuara en la audiencia llevada a cabo, cuya acta obra de folios 123 a 126, declaración que ha sido corroborada con las dos testimoniales que obran en el acta antes referida. **4.5** Por lo desarrollado en el considerando precedente sabemos que la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 139-2013-PA ha sido dejada sin efecto por la STC recaída en el expediente 06040-2015-PA/TC de fecha 21 de Octubre del año 2016, por cuanto con la referida doctrina jurisprudencial, los justiciables difícilmente podían acceder a un reconocimiento judicial de sexo, dándonos ahora nuevamente la oportunidad a los jueces de interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley según los principios constitucionales, situación que se da en ésta oportunidad por lo que ésta judicatura al amparo de los derechos fundamentales a la identidad de la persona y de sexo, fundamentalmente dinámica en ambos casos; en concordancia con el derecho fundamental a la libertad, desarrollo y bienestar de la persona, protegiendo el proyecto de vida en este caso de una persona transexual, es que consideramos pertinente atender la pretensión incoada en el sentido de declarar fundada la pretensión de cambio de sexo legalmente en los documentos de identidad de la parte recurrente, por cuanto ha quedado debidamente establecido por lo desarrollado precedentemente que no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; puesto que ha quedado establecido también precedentemente, que el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. **4.6** Finalmente, obra en autos de fojas 17 a 19 los certificados de antecedentes policiales, penales y judiciales, apreciándose de los mismos que la parte accionante no registra ningún tipo de antecedentes de ésta naturaleza; aunado a ello se tiene todo el marco doctrinario,

Yuri Flamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

PODER JUDICIAL PERÚ Segundo Juzgado Civil PAUCARPATA

Lpderecho.pe

jurisprudencial y sustantivo desarrollado en el considerando precedente, por lo qu el Magistrado que suscribe luego de haber realizado una valoración conjunta y razonada de cada uno de los medios probatorios adjuntados a la demanda, considera pertinente declarar fundada la demanda de cambio de sexo legalmente en el documento de identidad de la parte recurrente así como en su respectiva partida de nacimiento, disponiendo que en dichos documentos se consigne como sexo de la parte recurrente de masculino en lugar de femenino.

QUINTO: Pronunciamiento sobre los costos y costas. - De conformidad con lo establecido en el artículo 412° del Código Procesal Civil. El reembolso de las costas y costos del proceso no requieren ser demandados y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración. En el caso de autos, siendo que el presente es uno en el que parte demanda es una entidad del Estado (RENIEC) y ésta no ha ejercido mayor contradicción ni contienda procesal; por lo que, no corresponde condenarse al pago de costas y costas.

III.- PARTE RESOLUTIVA:

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLO:** Declarando, **FUNDADA** la demanda de fojas veinticuatro a treinta y tres, subsanada de fojas cuarenta a fojas cuarenta y siete, interpuesta por **A.A.V.G.**sobre cambio de sexo de femenino a masculino, la misma que ha sido dirigida en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, debidamente representado por la respectiva procuraduría de RENIEC; en consecuencia, **AUTORIZO legalmente** el **cambio de sexo de femenino a masculino** de la parte recurrente **A.A.V.G.**; consecuentemente, **DISPONGO: 1) Que en la Partida de Nacimiento Nro. 002698**, inscrita el 01 de febrero de 1994, ante la Municipalidad Provincial de Arequipa, **se cambie el sexo de femenino por el de masculino** a fin de que en lo sucesivo el titular aparezca registrado en cuanto a su sexo como **masculino; 2) Que en el Documento Nacional de Identidad (DNI) Nro. 74737033**, con fecha de inscripción 06 de setiembre del año 2010, **se cambie el sexo de femenino por el de masculino** a fin de que en lo sucesivo el titular aparezca registrado en cuanto a su sexo como **masculino;** debiendo cursarse los partes judiciales correspondientes para tal fin a la Municipalidad Provincial de Arequipa y Registro Nacional de Identificación y

Estado Civil – RENIEC respectivamente, previo pago de la tasa judici correspondiente, y una vez consentida y/o ejecutoriada que quede la presente**.** **SIN COSTAS NI COSTOS.** Por esta mi sentencia así la pronuncio mando y firmo en la fecha. **Tómese razón y hágase saber**.-

PODER JUDICIAL
Segundo Juzgado Civil
PAUCARPATA-AREQUIPA

Yuri Filamir Corrales Cuba
Juez (P) del Segundo Juzgado Civil
Módulo Básico de Justicia
Paucarpata

Lpderecho.pe

EXP. N.° 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA (ANA ROMERO SALDARRIAGA)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 21 días del mes de octubre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada; así como el fundamento de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga) contra la resolución de fojas 313, su fecha 7 de agosto de 2015, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, que revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró fundada la pretensión sobre el cambio de nombre y, reformándola, lo declaró improcedente; en cuanto al otro extremo de la demanda, relacionado con el cambio de sexo, revocó la sentencia apelada que había declarado fundada la pretensión y, reformándola, lo declaró infundada.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de junio de 2012, la parte recurrente interpone demanda de amparo en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) y el Ministerio Público, y solicita el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación (Partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad – DNI). Sostiene que, desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud.

Al efecto, alega que toda su vida ha transcurrido con el nombre de su sexo biológico: Rodolfo Enrique; lo que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino. Su vida, menciona, siempre ha estado marcada por la discriminación; así, durante su infancia, fue objeto de burlas por sus compañeros de clase, mientras que sus maestros, lejos de reprimirlas, las permitían y alentaban. Sus padres rechazaban su comportamiento, con maltrato físico y psicológico, con el propósito de forzarle un comportamiento de varón. Agrega que, llegada su adolescencia, los cambios en su cuerpo eran contrarios a lo que quería y las ofensas fueron cada vez peores, por lo que

cayó en un estado de depresión, soledad e incomprensión en el que incluso consideró la posibilidad de suicidarse. Luego de culminar el colegio, según narra, decidió tomar una fisonomía más femenina, para lo cual dejó crecer su cabello, comenzó a maquillarse y vestirse como una mujer, y decidió adoptar, finalmente, el nombre de Ana. Refiere que, años después, viajó a España, donde se sometió a una cirugía de cambio de sexo, consistente en la ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia; proceso acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional. Afirma también que, de regreso a Lima, a pesar de tener una apariencia femenina, el nombre y sexo consignados en sus documentos de identidad le han venido generando más episodios de discriminación. Así ocurrió, según refiere, cuando hizo una denuncia policial por el robo de su celular y, al observar sus datos registrados, los policías le sometieron a investigación y a revisar sus antecedentes penales. También menciona que cuando solicitó un préstamo en una entidad bancaria, y al observar la diferencia entre lo consignado en el DNI y su apariencia física, dicha institución le exigió realizar un examen ginecológico.

Con fecha 24 de julio de 2012, la Segunda Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Tarapoto devuelve los actuados, ya que, según sostiene, no se ha incluido al Ministerio Público en la relación jurídico-procesal. El 23 de agosto de 2012, el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil resolvió convalidar el acto procesal de notificación.

Por su parte, el RENIEC solicita al Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante escrito de fecha 2 de agosto de 2012, sobrecartear el auto admisorio y que se declare la nulidad de los actuados a fin de que se integre a la Procuraduría Pública de la referida entidad, bajo el argumento de que tomó conocimiento de manera extraoficial de la existencia de la demanda en autos. Con fecha 23 de agosto de 2012, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante Resolución N° 02, convalidó el acto procesal de notificación al Ministerio Público, y revolvió sobrecartear al Procurador Público del RENIEC con el auto admisorio, la copia de la demanda y sus anexos, otorgándole un plazo de cinco días para contestarla.

El 3 de enero de 2010, el RENIEC, sin contestar la demanda, interpone nulidad del acto procesal de notificación y solicitó que se le emplace, porque el domicilio en el cual fue notificado no constituía su domicilio real. El Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante Resolución N° 04, decidió declarar improcedente la nulidad deducida por el Procurador Público de dicha institución, por haber sido notificado debidamente.

EXP. N.° 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA (ANA ROMERO SALDARRIAGA)

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante sentencia de 12 de agosto de 2014, declaró fundada la demanda, por considerar que se han vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que el nombre y sexo que se registran en los documentos de identificación tienen una relación directa con la identidad de las personas y, por tanto, pueden variar. Precisó que, al no existir vías previamente establecidas, el proceso de amparo era el idóneo y adecuado para dilucidar la pretensión. Asimismo, expuso que el sexo constituye una unidad biopsicosocial, por lo que es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En dicha línea, dejó sentado que el Estado debe permitir a la parte demandante el cambio de sexo y de nombre, como una medida amplia y razonable, la cual se sustenta en el derecho a la identidad personal y en el respeto a su dignidad. Concluyó la sentencia en que los procesos judiciales no pueden desconocer esta situación, de modo que es procedente que la parte recurrente pueda exigir el cambio de sus datos sexuales registrables.

El RENIEC interpone, con fecha 25 de septiembre de 2014, recurso de apelación frente a la decisión emitida en primera instancia. Sostiene que el cambio de prenombre y sexo de la parte recurrente pudo haber sido reclamado en otra vía igualmente satisfactoria. En cuanto al fondo de la pretensión, sostiene que el Tribunal Constitucional cuenta con doctrina jurisprudencial en la que ha precisado que no es viable solicitar el cambio de sexo de conformidad con la legislación nacional.

La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 7 de agosto de 2015, revocó la sentencia apelada y, reformándola, declaró la improcedencia de la pretensión de cambio de nombre, basándose en que existen otras vías igualmente satisfactorias donde la parte recurrente puede hacer valer el referido derecho, pues el proceso de amparo es eminentemente subsidiario y residual. En lo que respecta a la pretensión vinculada con el pedido de cambio de sexo, precisó que es el Juez de Paz Letrado el competente para autorizar la modificación.

En su Recurso de Agravio Constitucional, la parte demandante agrega a lo expuesto en su demanda que, en el caso peruano, no existe vía procesal alguna en la que sea posible solicitar el cambio de nombre y de sexo a favor de las personas transexuales, por lo que mal haría en reconducirse la presente controversia a la justicia ordinaria.

FUNDAMENTOS

& Acerca de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA y el derecho a la tutela procesal efectiva

1. En la STC 0139-2013-PA/TC se estableció, como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un "trastorno" o una "patología".

2. Este Tribunal Constitucional estima que es pertinente analizar, a la luz de este caso, si la postura jurisprudencial antedicha debe ser proseguida. Sobre ello, es preciso recordar que la labor jurisdiccional está sujeta a una constante evolución. Esto implica, entre otras cosas, que posiciones que antes fueron asumidas, hoy puedan ser dejadas de lado, ya que los derechos, por el trasunto del tiempo y su incidencia en la transformación de las sociedades, necesitan nuevos ámbitos de protección, que antes habían sido invisibilizados.

3. Esta situación es aún más notoria en lo que se refiere a la interpretación de un documento como la Constitución, cuyas disposiciones jurídicas suelen estar marcadas por la ambigüedad y la indeterminación. Esta textura abierta y compleja determina que la labor interpretativa goce de una posición privilegiada en el Estado Constitucional, ya que será indispensable que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido a dicho programa normativo con la finalidad de no desamparar a las personas por aspectos o cuestiones que, en su momento, no fueron objeto de discusión en los debates de los creadores de dicho documento.

4. Entra en debate entonces la conveniencia de modificar la línea jurisprudencial desarrollada en la STC 0139-2013-PA, y, en consecuencia, la posibilidad de reconocer qué clase de alcances tiene el derecho a la identidad personal. Esta situación, como tal, no fue expresamente debatida en la Constitución de 1993, y, aunque en una anterior oportunidad este Tribunal haya establecido sus alcances (STC 02273-2005-HC/TC; STC 00139-2013-PA/TC), nada impide que, en la actualidad, dicho pronunciamiento sea reexaminado, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

5. Así las cosas, los justiciables difícilmente podían acceder a un reconocimiento judicial de sexo, ya que la doctrina jurisprudencial del Tribunal, al dilucidar los

alcances del derecho a la identidad personal, bloqueaba esta posibilidad de acceso. En efecto, si se considera que, según el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley según los principios constitucionales, de conformidad con la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por este Tribunal, existía una elevada probabilidad de desestimar los pedidos vinculados al cambio de sexo, ya que esa doctrina jurisprudencial permitía que los jueces desestimen dichas solicitudes.

6. El Tribunal nota que esta interpretación del derecho a la identidad personal, cuyo propósito era vincular a la judicatura en la interpretación y tramitación de este tipo de causas, suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones: (i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y (ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo.

7. En relación con el primer punto, en la STC 0139-2013-PA el Tribunal asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Sin embargo, en la actualidad existen evidencias científicas de que no es así. En efecto, como enfatiza American Psychological Association (APA), entidad de prestigio mundial en este campo de la ciencia, este enfoque ya se encuentra superado [*Cfr.* APA. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, DSM-5 de 2013]. Es también importante resaltar que la propia Organización Mundial de la Salud está en camino a superar su tipificación como una enfermedad o trastorno. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-11, a publicarse por dicha entidad en el año 2018. Es más, una versión beta del CIE-11 (en la que se van introduciendo los cambios a las categorías revisadas) lo ubica como una disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología [http://apps.who.int/classifications/icd11/browse/f/en].

8. Por otro lado, este entendimiento del transexualismo también ha sido ratificado por distintos tribunales internacionales. Así, esta línea también ha sido asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [sentencias emitidas en los casos Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia]; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [sentencias Van Kuck vs. Alemania y Goodwin vs. Reino Unido]; y, a nivel de organismos internacionales, la Organización de Naciones Unidas [Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Informe anual del Alto Comisionado de las

Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. A/HRC/29/23. Publicado el 4 de mayo de 2015]. Las referidas entidades internacionales han coincido en que el género encuentra un espacio particular de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha obedecido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y al principio de igualdad y no discriminación. No es casual esta coincidencia en el ámbito internacional, ya que refleja el estándar mínimo de protección que los Estados deben brindar a toda persona sometida a su jurisdicción. Ello, aunado a los principios de interpretación constitucional que emanan de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, genera que esta corriente no pueda pasar desapercibida.

9. En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA.

10. En relación con el punto (ii), la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal vinculaba a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, por lo que se les restaba discrecionalidad para analizar los casos en los que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad.

11. Sobre ello, el Tribunal advierte que, en muchos casos, una interpretación rígida e inmutable de los derechos que la Constitución reconoce puede bloquear el acceso a la justicia. En este caso, a través del establecimiento de doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. Esa no es nuestra labor; antes bien, nuestros pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen, de manera general, como custodios de ella. En ese sentido, establecer un contenido pétreo e inamovible de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal es, antes que fomento, la imposición de una barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria. De este modo, la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial.

12. Lo anterior es aun más notorio cuando, en distintas experiencias a nivel comparado e internacional, el avance ha ido en una línea distinta. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada [...] identidad de género [Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", párrafos 7 y 8]". De hecho, en alguna oportunidad también este Tribunal ha sostenido que algunos de los elementos ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos [STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22].

13. Así las cosas, la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), contravendría el orden de las cosas por alterar sin "motivos suficientes" los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal [*Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Christine Goodwin Vs. Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002, párrafo 91].

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-O/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-O/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 personal, por lo que, también en este extremo, corresponde dejar 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.

& Consecuencias de la variación de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA/TC

16. Lo resuelto por este Tribunal, con los fundamentos que anteceden, supone un apartamiento de la doctrina constitucional que se había fijado en la STC 00139-2013-PA/TC. Esto también implica que, a futuro, se encontrará garantizado el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, el cual se había visto irrazonable y desproporcionalmente restringido con los criterios desarrollados en el referido pronunciamiento.

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

18. Expuestos estos criterios, corresponde analizar el caso *sub examine*.

& Análisis de la controversia

& Petitorio

19. La parte recurrente interpone demanda de amparo con el propósito de que se le reconozca, en su condición de mujer, como Ana Romero Saldarriaga; a tal efecto, solicita tanto el cambio de su nombre como de su sexo en su partida de nacimiento y en el DNI. Sostiene que la negativa del RENIEC a realizar esta clase de modificaciones, así como la inexistencia de procesos judiciales en los que sea factible solicitar la modificación de los datos relacionados con su identidad, afectan su dignidad, su derecho al libre desarrollo de su personalidad y derecho a la identidad personal.

& Procedencia de la demanda

a) Argumentos de la parte demandante

20. La parte demandante, en su recurso de agravio constitucional, cuestiona el criterio adoptado por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, en el sentido de que existen otras vías igualmente satisfactorias para demandar el cambio de nombre y de sexo de una persona transgénero. Sobre ello, aduce que no existe legislación que indique cuál es la vía para que una persona pueda demandar dicha modificación, particularmente en lo relativo al sexo.

b) Argumentos de la parte demandada

21. La parte demandada, en su escrito de apelación de la sentencia de primera instancia, alega que la vía idónea para conocer un proceso como el presente, en lo que respecta a la pretensión de cambio de sexo en los datos registrales, es el proceso de conocimiento. Agrega, al respecto, que el Tribunal Constitucional cuenta con doctrina jurisprudencial en la que ha precisado que no es factible la modificación de la identidad sexual en el DNI. Y, en cuanto al cambio de prenombres, sostiene que el proceso idóneo para ese pedido es el no contencioso de rectificación de partida de nacimiento, por lo que la presente demanda debería ser declarada improcedente.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

22. El Tribunal nota que la parte demandante no ha acudido ni a la vía administrativa ni a la judicial para solicitar el cambio de su nombre y sexo en los documentos de identidad.

23. Al respecto, del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional se desprende que procede acudir a la vía especial y urgente del proceso de amparo para solicitar la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos; esto es, si no existe una "vía igualmente satisfactoria". El examen de esta causal de improcedencia no supone verificar, simplemente, si existen "otras vías judiciales" mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida [STC 02383-2013-PA/TC, fundamento 8].

24. Para determinar la existencia de vías igualmente satisfactorias, este Tribunal ha establecido, con carácter de precedente [STC 02383-2013-PA/TC, fundamento 15], que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" que la vía del proceso

constitucional de amparo si, en un caso concreto, se demuestra de manera copulativa el cumplimiento de los siguientes elementos:

- Que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada;
- Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
- Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revelará que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo.

25. En el caso particular, la parte demandada ha sostenido que el amparo no es la vía idónea debido a que: (I) en lo que respecta a la pretensión de cambio de sexo en los datos registrales, corresponde reclamar en el marco de un proceso de conocimiento; mientras que, (II) con relación al cambio de prenombres, el proceso adecuado es el no contencioso de rectificación de partida de nacimiento.

26. En lo que respecta a la solicitud de cambio de sexo (I), este Tribunal advierte que, a tenor del artículo 546.6 del Código Procesal Civil, se tramitarán ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que "no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo", por lo que es posible concluir -con la superación de la doctrina jurisprudencial que hasta antes de la publicación de esta sentencia se encontraba vigente-, que sí existe una vía judicial en la que es posible solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad.

27. Sobre ello, el Tribunal advierte que con anterioridad a la aprobación de esta sentencia, no se había garantizado el derecho a la tutela procesal efectiva, ya que, debido a la vigencia de la doctrina jurisprudencial desarrollada en la STC 0139-2013-PA/TC, los distintos órganos jurisdiccionales interpretaron, en muchos casos, que el derecho a la identidad de género y la posibilidad del cambio de sexo no encontraban sustento alguno en la Constitución.

28. No obstante, con la superación de dichos criterios en esta sentencia, el Tribunal Constitucional deja sentado que ya no existe ningún obstáculo ni legal ni jurisprudencial que impida admitir esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria.

En consecuencia, corresponde dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin de que, si lo estimara conveniente, lo haga valer en el marco de un proceso que cuente con mayor actividad probatoria, de conformidad con los parámetros que han sido expuestos en esta sentencia.

29. Por otro lado, con relación al cambio de nombre (II), es conveniente advertir previamente que, de manera contraria a lo expuesto por la parte demandada, la pretensión de rectificación de nombre no puede equipararse a la del cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el juez si considera que los motivos que fundamentan la solicitud se encuentran justificados [STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 20].

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 identidad.

31. De hecho, en los pronunciamientos que este Tribunal ha emitido en casos similares al que ahora se presenta, se ha dejado en claro que las personas transexuales pueden realizar esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria. Así, en jurisprudencia atinente se ha autorizado el cambio del nombre en casos análogos, y se ha reconocido que, en esta clase de situaciones, la vía judicial ordinaria también puede aceptar estos pedidos (STC 02273-2005-HC y STC 0139-2013-PA). Ello permite concluir que, en relación con este extremo del petitorio, también existe una vía judicial igualmente satisfactoria en la que la parte recurrente puede hacer valer el derecho que ahora invoca, por lo que corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

EXP. N.° 06040-2015-PA/TC
SAN MARTIN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA (ANA ROMERO SALDARRIAGA)

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente.

2. **DEJAR SIN EFECTO** la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto al pedido de cambio de nombre y de sexo, y dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 06040-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA (ANA ROMERO SALDARRIAGA)

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Las personas transexuales existen y también tienen derecho a una igual dignidad, a una igual libertad y a una igual justicia que cualquier otra persona

Este caso no es igual a otros. Lo digo porque, además de verificarse la afectación a determinados derechos fundamentales de la demandante, refleja, por los diferentes argumentos que se han vertido a lo largo del presente caso, una especie de subcategorización social de los derechos de las personas transexuales; indiferencia colectiva sobre su existencia y, sobre todo, un prejuicio histórico de percibirlas como personas enfermas o trastornadas, y que, por tanto, no son iguales en sus derechos que las personas "normales".

Como jueza constitucional, no estoy de acuerdo con esa forma de razonar. Más allá de que sea difícil saber qué se entiende por persona "normal", cabe recordar que nuestra Constitución establece en su artículo 1 que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Como tal, dicha disposición no constituye un conjunto de palabras vacías, sino el más importante principio que una sociedad organizada pretende imponer en el ámbito jurídico, moral y político. *En lo jurídico*, en la medida en que el respeto de la dignidad humana debe presidir el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano (disposiciones constitucionales, leyes, jurisprudencia, reglamentos, estatutos privados, etc.); *en lo moral*, en la medida en que el respeto de la dignidad humana exige a todos obrar usando a la humanidad, tanto en la propia persona como en cualquier otra, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio; y, *en lo político*, para que mediante acciones concretas y reales, tanto el Estado como la sociedad en general busquen, a partir del respeto de la dignidad humana, hacer efectivos los derechos de las personas de carne y hueso, de las personas de a pie, de las personas a las que no llega el Estado Constitucional.

Esto último refleja lo que en mi opinión debe ser el nuevo rumbo que debe orientar los derechos humanos o, si se quiere, las políticas sobre derechos humanos. Hay que pasar

del discurso a la acción, a fin de verificar cómo se protege de manera concreta los derechos de las personas transexuales. Tenemos tratados, principios constitucionales, leyes, pero me pregunto si tenemos actitud, decisión y, fundamentalmente, acción para proteger los derechos humanos de todos los peruanos y peruanas, de los hombres o las mujeres, de los niños o los ancianos, de aquellos que viven en la sierra, en la selva o en la costa, de los pobres y no pobres, de los discapacitados o sin discapacidad, de los heterosexuales y los que no lo son, etc.

A quienes desempeñamos la función judicial nos toca, en el marco de lo antes expuesto, resolver los casos con la más absoluta neutralidad normativa, objetividad de hechos, escrupulosa imparcialidad y trato igual a todos en la aplicación e interpretación de las normas. Ya sea por exigencia de la Constitución, de la ley o del sentido común, toca despojarnos de las particulares convicciones sociales, políticas, ideológicas o religiosas que deben encontrarse subyugadas en nuestro ámbito interno, para dar paso a una actuación como la que exige dicha función judicial: resolver los casos conforme al Derecho que emana de la Constitución y las leyes que sean conformes a esta.

Dicho esto, señalo en el caso concreto que si bien comparto los fundamentos y el fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara **FUNDADA** en parte la demanda y, sobretodo, deja sin efecto la incorrecta doctrina jurisprudencial del caso P.E.M.M., entre otros asuntos, estimo que deben agregarse las consideraciones que menciono a continuación.

A. Importancia de la interpretación evolutiva de la Constitución sobre los derechos de las personas trans

1. Teniendo en consideración los argumentos de la demandante, cabe preguntarnos si cuando examinamos la vulneración de derechos fundamentales debemos tan solo conformarnos con aquellas formalidades expresas contenidas en las disposiciones constitucionales o es que cabe, dados su textura abierta y sus contenidos indeterminados y de alto contenido valorativo, interpretar dinámicamente tales disposiciones constitucionales. Sería absurdo, además de inexacto, asumir que el cien por ciento del contenido normativo de la Constitución está claramente determinado y que no da cabida a la interpretación. Por ello, el caso de Ana Romero Saldarriaga y con ella, del colectivo de personas transexuales, nos permite afrontar el problema sobre la interpretación de determinadas cláusulas constitucionales.

2. Evidentemente, la situación relacionada con este colectivo de personas ha adquirido, sobre todo en épocas recientes, una creciente atención por parte de los Estados y de los organismos internacionales. Sin embargo, esta situación no fue objeto de debate por los constituyentes de 1993, por no ser un tema que se haya tratado en aquella época. De ahí que la idea de interpretar la Constitución como si fuese un instrumento vivo sea elemental para determinar si las personas que integran dicho colectivo, entre ellas Ana Romero Saldarriaga, cuentan con alguna protección por parte del Estado y que ella se derive de la misma Constitución.



3. Al respecto, es pertinente destacar que las disposiciones jurídicas, sobre todo las constitucionales, se caracterizan por la textura abierta, ambigüedad, indeterminación y alto contenido valorativo. Estas características reflejan el reconocimiento de la posibilidad de que las distintas alternativas políticas, en el marco de una sociedad democrática, puedan encontrar cobijo en el plan normativo trazado por la Constitución. Dicha textura abierta y compleja genera que la labor interpretativa goce de una posición privilegiada en el Estado Constitucional, ya que será indispensable que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido a dicho programa normativo con la finalidad de no desamparar a las personas por aspectos o cuestiones que, en su momento, no fueron objeto de discusión en los debates de los constituyentes.

4. Por ello, la indeterminación del texto constitucional conduce al intérprete, en general, a tres opciones muchas veces incompatibles: i) *interpretación originalista*, que implica explorar e indagar acerca de la voluntad del poder constituyente, lo que supone reconducirse al momento histórico en el que el texto constitucional fue aprobado; ii) *interpretación semántica*, que implica actualizar mínimamente el contenido de la Constitución de conformidad con las circunstancias y necesidades actuales y siempre dentro de los límites que la respectiva disposición constitucional haya previsto; y iii) *interpretación constructivista*, que implica actualizar ampliamente el contenido de la Constitución, creando, por ejemplo, nuevos derechos fundamentales mediante la vía del artículo 3 de la Constitución. Precisamente los supuestos ii) y iii) se relacionan en cierta medida con lo que la doctrina ha denominado "Constitución viviente". A través de ella se permite que el intérprete constitucional advierta que las sociedades contemporáneas presentan cuestiones que no fueron analizadas, en un anterior momento histórico, por parte

del poder constituyente, o que, incluso siéndolo, no otorgaron la protección que la situación en realidad ameritaba.

5. Ahora bien, la actualización del contenido de una Constitución puede darse por ejemplo cuando el intérprete encuentra alguna cuestión que no fue objeto de debate por parte de los constituyentes, lo cual obedece, principalmente, a que en aquel entonces el problema que se debatía no existía, por lo que no era posible prever su regulación.



6. En ese sentido, la discusión en torno a si la Constitución deba simplemente "imponer" la voluntad del poder constituyente a todas las generaciones sucesivas o si en todo caso, tenga el deber de actualizar su contenido protegido con el propósito de no desamparar cuestiones que no fueron tomadas en cuenta expresamente en el pasado no es reciente. Han sido reiterados los pronunciamientos a este respecto en la jurisprudencia tanto comparada como internacional. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el valor que debía darse a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ha sostenido que "no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración" [Corte IDH. Opinión Consultiva 10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37]. En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, fue enfático en sostener que dicha situación ya no podía ser amparada en virtud de las circunstancias actuales, por lo que no podía invocarse la existencia de un "estado de cosas" para fundamentar la desprotección legal [TEDH. Caso Marckx vs. Bélgica. Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 41].

7. Por otro lado, concretamente en el ámbito del derecho constitucional comparado, distintos tribunales también han reconocido esta manera de entender la interpretación jurídica. Así, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que la interpretación evolutiva implica que "en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución [...] un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora

deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma" [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577/11, párr. 4.4.3.2]. Del mismo modo, en su histórica sentencia *Brown vs. Board of Education,* la Corte Suprema de Estados Unidos, al examinar la cuestión relacionada con la segregación racial, afirmó que "para acercarse a este problema, no podemos retroceder el reloj hasta 1868, fecha en la que la enmienda fue adoptada, o incluso a 1896, momento en el que fue escrita *Plessy vs. Ferguson*. Debemos analizar la educación pública a la luz de su desarrollo y su lugar en la vida americana" [Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. *Brown Board vs. Education*. 347 U.S. 492 (1953)]. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que la lectura evolutiva de la Constitución implica que "la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante" [Tribunal Constitucional de España. STC 198/2012, FJ 9]. Finalmente, la Corte Suprema de Canadá ha sido enfática en reconocer que "el razonamiento según la idea de conceptos estáticos (*frozen concepts*) va en contra de uno de los principios más fundamentales de la interpretación constitucional canadiense: que la Constitución es un *árbol vivo* que, por vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna" [Corte Suprema de Canadá (2004) 3 SC.R. 698].

8. De este modo, es posible concluir que la labor de interpretar la Constitución desde una perspectiva evolutiva no solo encuentra asidero en nuestro deber de actualizar los contenidos normativos de nuestro texto constitucional de conformidad con las circunstancias actuales, sino que, además, es una práctica que encuentra sólido respaldo en el derecho constitucional comparado e internacional. Dicha labor de actualización de los contenidos protegidos por nuestra norma fundamental es aun más relevante cuando se trata de la protección de las personas que integran grupos minoritarios, ya que ellas suelen encontrarse en una histórica situación de postergación en virtud de las condiciones legales que se les ha impuesto. De ahí que la interpretación de la Constitución, en estos casos particulares, tenga mucha mayor incidencia en la delimitación de sus derechos.

9. En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de las personas transexuales no fueron expresamente debatidos por el poder constituyente que dictó la Constitución de 1993. Sin embargo, de ello no puede extraerse que no exista un derecho constitucional a su favor. La labor de la jurisdicción constitucional,

conforme a la aludida interpretación evolutiva, consistirá precisamente en determinar si dichas personas también tienen derechos como el derecho a la identidad personal y, en especial, a la identidad de género.

B. La obligación estatal de protección de las personas trans

10. En anterior oportunidad, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahi la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, "contramayoritarias". Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho" [STC 00030-2005-PI, FJ 15].

11. Una de las ideas que subyace tras esta afirmación se relaciona con la posibilidad de que los grupos históricamente vulnerables puedan obtener también la adecuada tutela de sus derechos, situación que ha ido siempre variando con el mismo transcurrir de las sociedades y los tiempos.

12. De hecho este Tribunal, en distintos casos, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con aquellos colectivos que, por su situación particular, ameritaban (y ameritan) la adopción de especiales medidas de protección por parte del Estado. Estos grupos, como regla general, están contenidos en el artículo 2.2 de la Constitución y generan en el Estado el deber de respetar y asegurar que las personas no sean discriminadas en razón, principalmente, de su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica. De esta forma hemos reconocido la especial situación en la que se encuentran las personas con discapacidad (STC 02437-2013-PA/TC, 02362-2012-PA/TC), los adultos mayores (STC 03515-2010-PA/TC; 02214-2014-PA/TC), los niños (04058-2012-PA/TC; 02079-2009-HC/TC), las mujeres (05652-2007-PA/TC; 05527-2008-HC) o los pueblos indígenas (00033-2010-AI/TC; 00906-2009-AA/TC).

13. Incluso, con el propósito de incorporar supuestos no enunciados expresamente en el texto constitucional, se habilita una cláusula genérica para estipular que la

discriminación no sea "de ninguna índole", lo cual permite identificar nuevos supuestos que no fueron inicialmente incluidos en nuestra norma fundamental.

14. La expresión "cualquier otra índole" no es inocua. Ella permite actualizar el programa normativo de la Constitución a las necesidades actuales. Como se ha precisado con anterioridad, "todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente" [STC 00050-2004-AI y acumulados, FJ 37]. De esta manera, la referida disposición permite la tutela de aquellos colectivos que, si bien no fueron mencionados expresamente en el artículo 2.2, sí merecen una protección reforzada o especial por parte del Estado por la situación de constante denegación de sus derechos que se ha advertido tanto en el pasado como en el presente, y que los coloca en una situación de manifiesta desigualdad con el resto de la población.

15. Con relación a los argumentos expresados en el caso de autos, cabe mencionar que las personas transgénero son aquellas que, al momento de su nacimiento, pertenecen biológicamente a un género que les es asignado en función de la genitalidad, pero que, a lo largo de su trayectoria vivencial, se identifican con el género opuesto, lo cual precisamente ocurre con ocasión del desenvolvimiento de lo que se ha denominado "identidad de género". En la generalidad de los casos, esta *identidad de género*, construida por el sujeto en su interacción con la sociedad, coincidirá con la *identidad* del individuo colocada en el documento nacional de identidad considerando su sexo anatómico. No obstante, existen algunos casos en los cuales el dato registral del sexo colocado al nacer no será asumido por el sujeto. Este es el caso de las personas transgénero, que se identifican con el género opuesto, teniendo la necesidad de pertenecer y ser reconocidas socialmente de esa manera, además de manifestar malestar o insatisfacción por las características físicas que acompañan su sexo biológico original.

16. También suele emplearse a nivel comparado e internacional el término trans. De esta forma, de acuerdo al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", esta expresión es un término que es utilizado

> para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos" (párrafo 19).

Mientras que, de manera más específica, el término "transexual" hace referencia a aquellas personas que

> se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

17. En tal sentido, las personas que integran este grupo se caracterizan por adoptar comportamientos que socialmente son asociados con el otro género o por someterse a cirugías de reasignación con la finalidad de reconducir su realidad física con la verdadera identidad que asumen, y con la cual quieren ser individualizadas por el Estado y las demás personas (personas transexuales). Esta línea también ha sido la sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" o Tribunal Europeo), el cual ha precisado que, en realidad, la transexualidad no es una nueva condición, sino que sus características particulares recién se han empezado a examinar de manera reciente. A través de ella, las personas siguen tratamientos e incluso se someten a operaciones quirúrgicas con el propósito de adoptar sus características físicas a su naturaleza psicológica [TEDH. Rees vs. Reino Unido. Sentencia de 17 de octubre de 1986, párr. 38]. Sin embargo, es importante resaltar que, de conformidad con los criterios jurisdiccionales que ha adoptado el referido Tribunal, la cirugía de reasignación no resulta indispensable para el reconocimiento de esa calidad [TEDH. Van Kuck vs. Alemania. Sentencia de 12 de septiembre de 2003, párr. 56].

18. Ahora bien, el comportamiento y el proyecto de vida que desarrollan las personas transgénero se respaldan en su identidad de género, la cual se erige como componente esencial del individuo y no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que, además, se completa con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad.

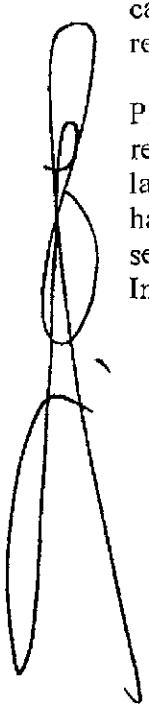
19. De esta definición se puede colegir que la identidad de género guarda importantes diferencias de índole conceptual con la orientación sexual y el sexo. En virtud de la orientación sexual, una persona siente alguna clase de atracción o inclinación a determinado colectivo de personas que se encuentran definidas por su sexo. Así, una persona puede ser heterosexual (siente inclinación o atracción por una persona de un sexo distinto al suyo), homosexual (cuando se trate de una persona de su mismo sexo), bisexual (la atracción se da respecto de ambos sexos) e incluso en formas distintas como ocurre en el caso de asexualidad y la pansexualidad. En el caso del género, en particular con las personas, más que la atracción sexual lo que define al concepto es la identificación con las características o patrones diferenciados que emplea una sociedad para identificar a hombres o mujeres.

20. Esto también permite efectuar distinciones en relación con el concepto de sexo, ya que este término alude, en general, a las condiciones orgánicas que también permiten distinguir a una persona. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado esta diferencia de la siguiente manera:

> 17. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

21. En el caso de la identidad de las personas transgénero, lo que precisamente se presenta es una falta de correspondencia o identificación con el sexo con el que la persona ha nacido. Estos conceptos han ido evolucionando con el transcurrir de las sociedades y, hoy en día, se asume que no son elementos estáticos de la personalidad. Antes bien, se trata de aspectos que pueden modificarse o evolucionar con el tiempo, y que, por lo general, dependen de la situación particular de cada persona. Así lo ha entendido también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", precisando que la identidad de

género hace referencia a un factor dinámico y que depende de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de estas.



Precisamente esta forma de entender la identidad de género es la que debe resguardarse a través de una interpretación evolutiva de nuestra Constitución. Hoy, la idea misma del género nos coloca en una situación en la que ya no es posible hacer referencia, de manera genérica a componentes estáticos, al menos en lo que se refiere al sexo y la identidad de género. Como ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> [...] en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la [...] identidad de género dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, "entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad".
>
> Esta aparente contradicción refiere jurídicamente a dos aristas de la categoría (...) identidad de género. Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada (...) identidad de género (...). No obstante, esta categoría y esta posible fluctuación y movilidad de esta categoría inherente a la persona no supone que pueda ser modificada por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad. (Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", párrafos 7 y 8).

22. La identidad de género y el sexo son conceptos dinámicos y, bajo tal perspectiva, la Constitución reconoce implícitamente que toda persona tenga el derecho a que se reconozca su identidad sexual desde un punto de vista dinámico. Al respecto, si los elementos constitutivos del sexo son al menos tres, el cromosomático, el genital y el psicológico, el Derecho no puede ignorar que, desde la medicina, surgen propuestas como la "teoría del sexo psicosocial" según la cual la subjetividad del sexo tiene un mismo rango científico que los datos biológicos y que, en todo caso, si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y con el asignado legalmente, entonces debería prevalecer el sexo psicológico.[1]

[1] CAMPOS RUBIO ARANTZA. "La transexualidad y el derecho a la identidad sexual", CTC-

23. Una concepción estática del sexo se opone además a la consideración de la persona como dotada de autonomía y dignidad, miembro de una comunidad de seres libres que es titular de facultades consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, contenido este último del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (Cfr. Exp. N.° 2868-2004-AA/TC, FJ 14).

24. Una vez precisada la situación por la que atraviesen estas personas, se debe determinar qué deberes especiales hay que cumplir en relación con el reconocimiento de sus derechos. Para ello, es pertinente hacer notar, en primer lugar, qué razones existen para que los jueces puedan estimar que estas personas merecen la adopción de ciertas medidas que permitan reconocer el ejercicio de sus derechos. La identidad de género, como tal, es un derecho que ostenta cualquier persona, pero su denegación ha sido más constante en el caso de las personas que integran dicho colectivo.

25. Al respecto, no puede dejar de advertirse que la implementación de dichas medidas se fundamenta, en esencial, por la situación de especial vulnerabilidad que han vivido constantemente. Es clara la existencia de factores que permiten advertir que, históricamente, ellas se ha encontrado en una permanente situación de discriminación, la cual se ha materializado en una constante denegación de acceso a sus derechos. En un primer momento, estos actos de hostilización se reflejaban en la idea de entender la situación de las personas transgénero como una mera cuestión patológica y/o médica, la cual es, a todas luces, contraria con el desarrollo vigente sobre la materia, como bien lo ha destacado la presente sentencia del Tribunal Constitucional.

26. No nos encontramos, de esta manera, ante una enfermedad o trastorno. Erradicar este estigma es indispensable para combatir la discriminación en contra de este colectivo. En una línea similar la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que

> [...] tanto la orientación sexual como la identidad de género no pueden ser consideradas una enfermedad ni tampoco puede ser la base de un trato discriminatorio legítimo: [l]a preferencia sexual y la asunción de una

---

www.transexualitat.org, Valencia, 2001, p. 25.

> determinada identidad sexual [...] hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. [Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-009-15, párrafo 72].

27. Otro aspecto en el que se advierte una constante discriminación en contra de este colectivo se da en el caso del acceso a la educación o a los puestos de trabajo, lo cual se presenta cuando los órganos tanto públicos como privados deniegan una adecuada prestación de estos derechos con el argumento de la imposibilidad de poder identificar adecuadamente al beneficiario o titular de la prestación. A ello se añade el constante maltrato y acoso que sufren en distintos ambientes. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha destacado precisamente que "los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo" [Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr.32].

28. Aunado a lo anteriormente expuesto, tampoco son irrelevantes los problemas que las personas que integran este colectivo padecen en lo que respecta al desarrollo del ejercicio de sus derechos políticos. Esta situación suele presentarse en los Estados en los que las leyes internas no reconocen la posibilidad de la modificación del sexo en el documento nacional de identidad, ya que las personas encargadas o responsables del desarrollo del proceso electoral suelen advertir discordancias entre la apariencia física del o la sufragante y el sexo con el que se los identifica en el documento nacional de identidad. Ello expone a la persona afectada a múltiples cuestionamientos, e incluso en no pocos casos se la acusa de suplantar la identidad de un tercero.

29. Esta situación de negación de reconocimiento de derechos es aun más compleja en los supuestos de la denominada "discriminación múltiple", la cual se presenta cuando, en una sola persona, confluyen distintos factores que promueven su vulnerabilidad. Por ejemplo, se ha advertido la constante situación de riesgo especial, por estar expuestos a distintos actos de violencia, en la que se encuentran los niños transgénero o transexuales [cfr. Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general número 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 72,g] y también las propias mujeres. De ahí

que se haya sostenido que "[l]a discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género". Son, pues, distintas las circunstancias en las que la vulnerabilidad de estas personas se acrecienta, por lo que es indispensable que merezcan una adecuada y eficaz tutela en cuanto al reconocimiento de la misma protección que sus derechos merecen por parte del Estado peruano.

30. Lo anteriormente expuesto justifica que el Tribunal Constitucional reconozca que las personas transgénero también se encuentran reconocidas, en virtud de una interpretación evolutiva de la idea de identidad, como titulares de derechos y deberes de conformidad con la Constitución.

31. Esta ha sido, por lo demás, la posición que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido en relación con la tutela que debe brindarse a las personas en razón de su orientación sexual y su identidad de género. La referida corte, al interpretar las obligaciones especiales que emanan del artículo 1.1 de la Convención Americana, ha sostenido que

> la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual" [Corte IDH. Caso Karen AtalaRiffo y otros vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, pág 91].

32. En consecuencia, al tener presente que, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la comprensión o interpretación del programa normativo de las libertades y derechos fundamentales que la Constitución reconoce (expresa o implícitamente) debe efectuarse conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, a la luz de los instrumentos internacionales sobre la materia que el Perú haya ratificado y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales autorizados para interpretarlos (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), es posible concluir que la orientación sexual y la

identidad de género son expresiones de la diversidad de la naturaleza humana que merecen protección constitucional.

33. Este reconocimiento constitucional de la diversidad sexual encuentra asidero en la propia idea de que la dignidad humana, por sí misma, debe ser reconocida y protegida por el Estado. Como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional en jurisprudencia reiterada, la dignidad constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental [*Cfr.* entre otras STC 02101-2011-PA/TC FJ 4; 10087-2005-PA/TC FJ 5]. En razón a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona" [STC. 02868-2004-AA/TC FJ 23].

34. Finalmente, no se puede dejar de advertir que, ciertamente, no existe unanimidad en la regulación de los Estados en torno a los derechos de las personas transgénero. Sin embargo, existen notables avances en la región americana, aunque ello aún no ha supuesto un reconocimiento incuestionable de sus derechos. Sin embargo, esto no es, ni puede ser, un obstáculo legal para la efectiva tutela de sus derechos fundamentales. En este mismo sentido, la Comisión Interamericana (en adelante, CIDH o Comisión Interamericana), ha sostenido enfáticamente que

> la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido" [CIDH Informe No. 5/14. Caso Ángel Alberto Duque contra Colombia. Informe de 2 de abril de 2014, párr. 66].

35. Atendiendo a las consideraciones anteriores, es evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la orientación sexual como la identidad de género encuentran sustento directo, merced a una interpretación evolutiva, en la propia Constitución. Por ende, debe desarraigarse cualquier visión patológica con las que históricamente se las ha vinculado, y, por ende, deben ser asumidas como reales condiciones humanas que se desprenden de nuestra diversidad. Esto implica que, al igual que resto de personas, las personas transgénero gozan de los mismos derechos

que el resto de miembros de la sociedad, con el énfasis de la protección reforzada que ameritan en virtud del artículo 2.2 de la Constitución.

C. El mandato de no discriminación y el ejercicio de derechos fundamentales de las personas trans

36. En variada jurisprudencia, el Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente en el artículo 2 inciso 2, es a la vez un principio y un derecho fundamental (cfr. STC 00045-2004-AI/TC, FJ 20; STC 02437-20 13-PA/TC, FJ 5). En tanto principio, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, mientras que, como derecho fundamental, da cuenta del reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre el bien constitucional de la igualdad oponible a un destinatario (STC 02437-2013-PA/TC, FJ 5). Ahora bien, en ambos casos, tanto del principio genérico de igualdad como del derecho subjetivo a la igualdad se desprende de manera específica el mandato de no discriminación, tanto como principio especial cuanto como derecho subjetivo a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes (STC 02437-2013-PA/TC, FJ 5).

37. Si el derecho a la igualdad no garantiza que todas las personas sean tratadas de la misma forma siempre y en todos los casos, ello quiere decir que no todo tratamiento jurídicamente diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 4/84). En ese sentido, la igualdad jurídica presupone dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es; por consiguiente, se afecta este derecho cuando se da un trato desigual ante situaciones sustancialmente iguales (discriminación directa e indirecta) y cuando se brinda un trato igualitario frente a situaciones sustancialmente desiguales (discriminación por indiferenciación) (STC 02437-2013-PA/TC, FJ 6).

38. En la sentencia que aquí nos ocupa se ha interpretado que el mandato de no discriminación se extiende también a un nuevo supuesto, como es el caso de la identidad de género, ello en atención a la tutela reforzada que merecen colectivos o minorías que, pese a no haber sido mencionados expresamente en el artículo 2.2, vienen padeciendo una situación de permanente denegación de derechos, lo que los

ubica en una situación de evidente desigualdad respecto del resto de la población. Al respecto, el Tribunal ha especificado que en esta situación se encuentran las personas transexuales como la recurrente, lo que ha ameritado, para estos casos, una interpretación evolutiva de la Constitución, tal como ya se ha expuesto.

39. Asimismo, considero que constituye una salvaguarda al principio/derecho de no discriminación la afirmación del Tribunal según la cual la cirugía de reasignación de sexo no es una *conditio sine qua non* para que una persona pueda solicitar el cambio en su documento de identidad. En efecto, sostener lo contrario, esto es, hacer depender la efectividad del derecho a la identidad sexual y de género de una eventual cirugía de reasignación de sexo (que solo debe obedecer a la decisión de la persona y que, por lo demás, requiere de cierta solvencia económica para enfrentar la duración del tratamiento) afectaría el mandato de no discriminación.

40. En todo caso, la posibilidad de poder modificar los datos personales relativos al sexo y nombre de la persona en circunstancias como las que se aprecian de autos, es solo el inicio de la gama de obligaciones que debe cumplir el Estado respecto a estas minorías. Cabe señalar al respecto que el Estado peruano, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos y libertades de tales minorías, sin discriminación. En ese sentido, el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que aseguren que aquellas personas que históricamente han sido excluidas del goce y ejercicio de derechos, como es el caso de las personas *trans*, puedan ejercerlos en condiciones de igualdad.

41. Se trata no solo del ejercicio de los derechos a la libertad o a las libertades fundamentales clásicamente reconocidas, sino también de los derechos sociales, económicos y culturales (que, en realidad, comparten la misma *ratio fundamentalis*), en la línea de lo establecido en los "Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género", que tienen como finalidad el resguardo de un conjunto de derechos, tales como la seguridad social y otras medidas de protección social, el disfrute del más alto nivel posible de salud, el derecho a formar una familia, entre otros.

42. Considero, en suma, que las acciones que el Estado debe emprender a este respecto, tanto en virtud de los principios constitucionales como en razón de las obligaciones

internacionales provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución como del artículo V del Código Procesal Constitucional, deben procurar el diseño e implementación de políticas que viabilicen el reconocimiento, la redistribución (a favor de) y la participación de estos colectivos en la vida de la sociedad peruana, en el marco de la promoción del bienestar general y del desarrollo integral y equilibrado de la Nación, como dispone el artículo 44 de la Constitución.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. ANOTACIONES PRELIMINARES

1. Un fundamento de voto, así como un voto singular, son manifestaciones de la manera en que se pronuncia quien evalúa y concluye sobre el tema puesto a su conocimiento. En el caso del voto singular, lo que se busca básicamente es presentar la propia perspectiva sobre la materia discutida, lo cual, a su vez, permite comprender aquello que lleva a discrepar con el razonamiento de mayoría.

2. Un voto singular no es, pues, un espacio con ausencia de propuestas propias, dirigido únicamente a efectuar críticas a lo dicho por la mayoría. Todo lo contrario: es el lugar donde, con el debido respeto a la discrepancia, se presenta la postura personal y se sustenta la disidencia. No tomar en cuenta lo que se acaba de señalar es, como hemos dicho en algún fundamento de voto, confundir al voto singular con una catarsis impropia de este escenario, la cual suele descalificar a quien la formula, y además, puede injustamente afectar la labor de solución de conflictos (o de situaciones de incertidumbre) con relevancia jurídica que se le confían.

3. Un fundamento de voto, como bien se sabe, implica la coincidencia con el sentido de lo resuelto, más no una concordancia con todas o algunas de las razones por la cuales se llega a esa respuesta. En muchos casos, sobre todo en mérito a la dinámica propia de un colegiado, esa coincidencia no viene de la mano de un respaldo con plena convicción a lo planteado por el voto de mayoría, sino más bien se sustenta en el entendimiento de que ese voto, aún cuando de manera incompleta o imperfecta, permite alcanzar un estadio garantista superior en el tratamiento del tema controvertido que el hasta entonces vigente. Se espera entonces, así, a estar ante una nueva oportunidad en la cual lo discutido vuelva a plantearse para entonces llegar a la respuesta que en rigor se considera óptima.

4. Es pues, en mérito a lo recientemente expuesto, que se han configurado todos los fundamentos de voto que hasta hoy he emitido durante mi labor en este Tribunal en general, y el formulado en el presente caso en particular. Intentaré entonces, luego de explicitar siquiera puntualmente cómo entiendo mi rol como juez constitucional, señalar cuál es en mi opinión la comprensión que debe darse a ciertos derechos aquí invocados (y sobre todo el de identidad). A continuación haré algunas anotaciones

de las vías que creo oportuno seguir para garantizar el pleno respeto de dichos derechos.

5. Ahora bien, entiendo que estas manifestaciones, si se quiere de principio, no bastan para explicar cómo se desarrolla la labor de un juez, quien debe tener presente como se han venido interpretando las cosas, y, en ese sentido, resolviendo pretensiones iguales o similares en un contexto determinado. Esto es especialmente relevante en el caso concreto de Ana Romero Saldarriaga, quien se encuentra frente a una doctrina jurisprudencial que, con todo respeto, considero equivocada, y más bien transgresora de derechos.

6. Es más, dicha transgresión en mi opinión es aquí doble, pues, por un lado, al generar la doctrina jurisprudencial un efecto vinculante ante la judicatura ordinaria, impide no solamente que este Tribunal Constitucional acoja pretensiones como las de Romero Saldarriaga, sino también que la judicatura ordinaria pueda en principio atenderlas. Y como si lo ya reseñado no tuviese suficiente entidad, no debe perderse de vista que la doctrina jurisprudencial establecida por una anterior composición del Tribunal, hoy dejada de lado en este fallo, consagraba otra vulneración de derechos, si cabe, todavía más preocupante que la ya aquí anotada: la violación del derecho a la identidad de las personas trans como Ana Romero Saldarriaga.

7. En mi opinión, discutible sin duda alguna, un consenso de mínimos debía permitir dejar sin efecto esa errónea doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0132-2013-PA/TC, para pasar al reconocimiento de que las personas trans, en defensa de su identidad, no solamente pueden reclamar su derecho al cambio de nombre que figura en su Documento Nacional de Identidad, sino también demandar el cambio de sexo allí consignado. Un consenso posterior, cuya relevancia no soslayo, pero que en esta ocasión cuenta con una significación menor, gira en torno a si ambas pretensiones (cambio de nombre y cambio de sexo) podrían ser, en el caso de Ana Romero Saldarriaga, atendidas por este Tribunal a través del presente proceso de amparo.

8. Es pues, en ese orden de ideas y bajo esos parámetros, que plasmo mi fundamento de voto en este fallo, el cual, por cierto, implica apoyar un sentido de pronunciamiento que no necesariamente se repetirá en posteriores ocasiones. Digo ello, en mérito a que la evaluación de temas como el de si existe una vía igualmente satisfactoria al amparo tiene, si se siguen los criterios establecidos en el precedente "Elgo Ríos", un alcance caso a caso.

II. APUNTES SOBRE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN DEL JUEZ(A) CONSTITUCIONAL Y SUS REPERCUSIONES EN CASOS COMO ESTOS.

9. La labor de un juez o jueza constitucional es la de interpretar el Derecho en función a los derechos. Aquello debe hacerse de acuerdo con parámetros constitucionales, y más propiamente con los de una Constitución no entendida en forma literal, sino comprendida de una manera sistemática y hasta convencionalizada. En ese escenario, al juez(a) constitucional le corresponde entonces, en primer término, realizar labores de "constitucionalización del Derecho", ya sea en el ámbito de sus efectos directos ("constitucionalización judicialización", referida a la relación entre y con las diferentes instituciones estatales; "constitucionalización elevación", relacionada con el sistema de fuentes o la producción de normas dentro de un Estado; y "constitucionalización transformación", vinculada a las diversas disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones), o en el de sus efectos indirectos (modernización del Derecho, unificación del orden jurídico, simplificación del ordenamiento).

10. Junto a lo recientemente expuesto, compete al juez(a) constitucional desarrollar una labor de "constitucionalización de la política", ya que el quehacer político (así como el social o económico) no puede manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y lo que se infiere de ellos. Aquello permitirá dejar de lado el mantenimiento de figuras como las "political questions", "actos políticos", o "actos de gobierno", y lo que ellas involucran: la subsistencia de decisiones que buscaban sustraerse de ser revisadas bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional. Esta "constitucionalización de la política" incluso habilita a que los jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que incluso pasen a hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas.

11. Esta "constitucionalización de la política" va de la mano de constatar que si hoy la legitimación del poder en un Estado Constitucional es en buena medida jurídica, el quehacer político conforme a Derecho básicamente se tutela y potencia en sede jurisdiccional. En esa línea de pensamiento, también se puede entender cómo ahora se reclama que jueces y juezas constitucionales asuman labores de integración social, las cuales, siquiera enunciativamente, aluden a apuntalar elementos de cohesión social (búsqueda de que toda persona pertenezca a una comunidad donde pueda realizar sus proyectos de vida), inclusión social (esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político, de la configuración de lo económico o de la capacidad de ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad), reconciliación social (apuntalamiento de una superación colectiva de períodos asumidos como difíciles dentro de la historia de nuestros países) o prevención social (intento de consolidación de un clima con ausencia de conflictos, o con una solución rápida y eficaz de los ya existentes).

12. Sin embargo, esto no es lo único a tomar en cuenta si se habla sobre cuáles debieran ser los actuales parámetros de la actuación de un juez(a) constitucional. Ya habíamos dicho que ello partía de comprender su quehacer desde, entre otros factores, el parámetro de una Constitución "convencionalizada", o, dicho con otras palabras, dentro de una lógica de "convencionalización del Derecho". Dejándose de lado las diferencias entre monismo y dualismo, corresponde concebir la labor de estos(as) juzgadores(as) (más no solamente las de ellos de acuerdo con lo previsto en la sentencia de cumplimiento de "Gelman versus Uruguay", y dentro de los parámetros propios de las competencias de cada entidad, tal como lo asevera "Trabajadores cesados del Congreso versus Perú") como parte de una dinámica de verdadero diálogo, destinado a la construcción de un Derecho común, cuyo sustento es el de la comprensión de los Derechos Humanos suscritos por cada Estado o a las pautas sobre derechos que hoy se nos presentan como normas de *ius cogens*.

13. Como fácilmente puede apreciarse, el ámbito de acción del juez(a) constitucional, como verdadero mediador con parámetros jurídicos en la composición de los conflictos más relevantes dentro de una sociedad es hoy muy amplio, y sigue extendiéndose. Además de ello, el quehacer de estos juzgadores(as) debe comprenderse en clave dinámica y no estática. Ahora bien, aquello no es una habilitación para que estos(as) jueces(zas) actúen a su libre albedrío. Nadie dice, por ejemplo, que no tenga convicciones personales. Sin embargo, sus decisiones jurisdiccionales deben ser tomadas conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico constitucional que les corresponde interpretar. En ese sentido, por seguir en el ámbito de los ejemplos, un juez(a) constitucional puede ser creyente en una religión en particular, así como en sus parámetros y prescripciones, pero si es juez(a) constitucional en un Estado laico, se encuentra entonces obligado a desempeñar su labor dentro de lo prescrito en el ordenamiento que debe interpretar y no en función a sus convicciones de tipo religioso, pues actúa en un Estado que no es confesional.

14. No debemos entonces perder de vista que el juez(a) constitucional no es intérprete vinculante y garante calificado de sus respetables creencias personales, sino de los distintos preceptos, principios, valores y derechos recogidos en su Constitución, o los que se desprenden de su lectura sistemática o convencionalizada. Por seguir con el ejemplo anterior, la labor garantista del juez(a) constitucional no tiene base, por citar un caso, en una respetable posición confesional, sino, repito, en lo que proviene o se entiende de aquella Constitución que, en ejercicio de las funciones que se le han confiado, debe garantizar con su quehacer interpretativo y eventualmente contralor.

15. Y es que dentro de un Estado Constitucional cuyo objetivo principal (la tutela de derechos) no se sostiene si no existen límites al ejercicio del poder, debe entenderse

que la labor del juez(a) constitucional, aunque activista, dinámica y progresiva, también admite limitaciones. Estos límites pueden ser, por cierto, de muy diversa índole (el carácter de autoridad del juez(a) constitucional, la naturaleza jurisdiccional de sus funciones, la Constitución que deben interpretar), pero, y en cualquier caso, no pueden ser desconocidos o dejados de lado.

III. REFLEXIONES SOBRE LOS ALCANCES DE LOS DERECHOS INVOCADOS EN ESTE CASO EN PARTICULAR, SIN TODAVÍA ENTRAR A LA MISMA CONTROVERSIA PLANTEADA POR ANA ROMERO SALDARRIAGA.

16. Un juez(a) constitucional tiene, entonces, como función no solamente interpretar el ordenamiento jurídico conforme a Derecho y más propiamente conforme a la Constitución, sino toda la vida política, social y económica de una sociedad. Esa tarea debe desempeñarla en función al fin central dentro de un Estado Constitucional: el reconocimiento y la tutela de los derechos ciudadanos. En esta controversia en particular, sin entrar aún a los detalles de la misma, se invoca la tutela de los derechos al nombre y a la identidad. Conviene entonces ahora proceder a efectuar algunas reflexiones sobre los alcances de dichos derechos.

17. Existe consenso en señalar que el derecho a la identidad es, de un lado, el derecho a ser quien se es, a la propia biografía; y de otro, el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es: el derecho a una proyección y al reconocimiento de una autoconstrucción personal, la cual, por lo mismo, no puede ser impuesta por nadie[1]. Intentar imponer una identidad a alguien implica en los hechos negar a ese alguien y a la vida que quiere vivir y disfrutar.

18. Corresponde entonces aquí hablar sobre la identidad de género. Coincido en lo señalado en el preámbulo de los principios de Yogyakarta[2] cuando señala que al hablar de identidad de género nos referimos a "la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la que podría corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales".

19. Como bien se señala en diversos documentos internacionales, la identidad de género toma muchas formas. Además, y si bien puede determinarse en una edad temprana, en otros casos puede manifestarse en un momento posterior de la vida de cada quien, de acuerdo con la edad y otros factores sociales y culturales. No tiene esta identidad de género, finalmente, que coincidir con el sexo que en su momento se nos hubiese asignado.

---

[1] Ver al respecto, SIVERINO BAVIO, Paula – "El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas". En: AAVV – Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, principalmente p. 59 y ss.

[2] Principios del Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2007).

20. Así como la orientación sexual (entendida como la "capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de *mantener* relaciones íntimas y sexuales con otras personas", tal como lo anota el ya mencionado preámbulo de los principios de Yogyakarta), la identidad de género también debe ser respetada por el Estado y todas las demás personas.

21. Este derecho a la identidad no puede circunscribirse a la especificación de aquellos signos que cabe apreciar de cualquiera de nosotros(as), los cuales deben tenerse en cuenta para establecer una identificación, o, dicho con otras palabras, para ser visto por los demás tal como se le ve en un momento en particular. No es lo mismo cómo te ven los demás que ser percibido y reconocido como quien se es. Se puede ser visto por los demás de una forma que no necesariamente coincide con quien se es. Identidad de género e identificación no solamente son distintos, sino que en ocasiones estos conceptos, habitualmente vinculados entre sí, pueden devenir en contrapuestos[3]. Aquello es lo que ocurre, por ejemplo, con las personas transexuales, tal como veremos de inmediato.

22. Y es que en ocasiones el nombre, que en principio se debiera comprender como la representación de nuestra proyección (autoconstrucción) personal, ya no representa eso. Representa, en el mejor de los casos, aquello que en algún momento es visto por los demás, como los rasgos de alguien, más no recoge lo que ese alguien hoy es o aspira a ser. Ello se hace evidente en el caso de personas transexuales, donde el nombre que a alguien se le otorgó ya no responde a la realidad de ese alguien, o a aquello que una persona trans proyecta. El nombre en estos casos deja de ser lo que habitualmente apunta a ser, la representación de nuestra autoconstrucción personal. Se convierte más bien en una flagrante violación de esa autoconstrucción que con esfuerzo una persona ha venido levantando. Sostener la inmodificabilidad del nombre inicial u originalmente asignado a alguien que se encuentra en esta situación (una persona trans) sería aquí una injustificable violación de sus derechos fundamentales.

23. Señalado lo anterior, conviene entonces ahora explicar aquí qué se entiende por transexualidad. Hoy, por lo menos para alcanzar su reconocimiento jurídico, ser considerada una persona transexual involucra haber descartado encontrarse dentro de patologías psiquiátricas, o anomalías cromosómicas u hormonales (propias más bien de estados intersexuales). Necesario es anotar cómo hoy las posturas asumidas por los organismos especializados vinculados con estos temas acogen esta posición o se encuentran a punto de formalizar la adopción de esta posición. Por ende, la transexualidad no es una enfermedad (en rigor, nunca lo fue ni debió de ser entendida de esa manera). Implica, más bien, la decisión de vivir, actuar, ser

[3] En similar sentido, SIVERINO BAVIO, Paula –op.cit. p. 64.

conocido y reconocido(a) como parte del género opuesto a su género de origen. La decisión de ser reconocido(a) como verdaderamente se es (o se busque ser), sin necesariamente exigir que la persona en cuestión tenga o no intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales de adecuación sexual. Es más, en puridad, si de respetar la identidad de género de alguien se trata, el reconocimiento de la identidad trans de alguien no debería implicar exigir previamente haber pasado por esas pruebas de adecuación. Importa más bien reconocerse como se es, y que los demás puedan reconocerle tal como quiere ser, antes que una situación biológica o el resultado de una operación quirúrgica (en este mismo lo resuelto por, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Van Kuck versus Alemania, el año 2003).

24. Este tipo de consideraciones no solamente cuentan con asidero constitucional, sino también con sustento convencional, y no precisamente por la necesidad de proteger a minorías frente a un tratamiento discriminatorio. Y es que, en mi opinión, más que encontrarnos ante la tutela del discriminado(a) –tema relevante pero que, como veremos luego, se presenta en un momento posterior– creo que es más pertinente resaltar que estamos frente a la afirmación de los alcances del derecho a la identidad. Con ello, y muy a despecho de lo que, palabras más, palabras menos, señalan algunos, no se da una "arrogancia de los intérpretes del Derecho que desconocen lo natural". Todo lo contrario: lo jurídico debe más bien tutelar en los diferentes derechos (y entre ellos el de identidad) tal como estos se manifiestan en una realidad en particular. Negar esto sería negar el derecho el reconocimiento y respeto de la dignidad, el proyecto de vida y otros derechos de ciertas personas. Sería negar desde el Derecho mismo su razón de ser dentro de un Estado Constitucional.

25. Es en ese sentido que considero debe entenderse el párrafo 19 del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes". Allí se invoca el término trans para describir una manifestación de la identidad de género, la cual se da cuando no hay conformidad entre el sexo biológico que inicialmente le fue asignado a una persona y su actual identidad de género. Esta es también la postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Karen Atala contra Chile", del año 2012, así como en "Duque versus Colombia", o en el reciente "Flor Freire contra Ecuador", donde se considera a la identidad de género y a la orientación sexual como categorías o aspectos protegidos por la Convención Americana. Una siquiera rápida lectura de estos fallos, y de lo señalado en varios de sus fundamentos, permiten acreditar la veracidad de esta nuestra última aseveración.

26. Conviene aquí resaltar nuevamente que la labor del juez(a) constitucional es fundamentalmente la de tutelar derechos en un contexto dinámico y cambiante, el cual, por lo mismo, puede generar nuevos riesgos para el cabal ejercicio de esos derechos y distintas respuestas a las otorgadas anteriormente a preocupaciones similares. Además, al tratarse asimismo de un juez(a) de la convencionalidad (situación innegable en el Perú cuando en "Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura" se identificó control de constitucionalidad con control de convencionalidad), ello eventualmente obliga al juez constitucional a asumir los parámetros más tuitivos a dichos derechos, descartando así, de ser necesario, posturas previamente tomadas. Esta lógica más protectora va acompañada, recién allí, por la necesidad de actuar para superar cualquier contexto o supuesto de discriminación o de dificultad irrazonable en el ejercicio de esos derechos.

27. Estamos pues ante un derecho, la identidad, en su faceta de identidad de género (con una vinculación con los derechos sexuales y reproductivos que aquí solo cumplimos con anotar) cuyo ejercicio no se agota solamente en la posibilidad que tengamos el nombre que queremos tener, derecho ya reconocido por este Tribunal en casos como "Karen Mañuca". Es más, en ocasiones, como aquí se ha dicho, el nombre y los datos de identificación (en rigor, la pertinencia de consignar a algunos datos como el del sexo en el DNI o Documento Nacional de Identidad –en rigor identificación– es, por decir lo menos, algo discutible, pero ya se trata de una materia que sobrepasa los alcances de la presente reflexión) pueden en ocasiones apuntar en un sentido distinto al que se tiene previsto en el derecho a la identidad. Entonces, los datos consignados en el DNI en ciertos supuestos pueden conspirar contra la posibilidad de que alguien sea quien es (o quiere ser) y, sobre todo, sea reconocido por los demás dentro del proceso que todos(as) tenemos a una autoconstrucción personal.

28. Con lo expuesto no estoy descartando la enorme relevancia del derecho al nombre, derecho cuyo ejercicio y vigencia hay que preservar. Solamente anoto que una comprensión restringida y distorsionada de ese derecho, aislada de la comprensión de los alcances de algún otro derecho, o los de determinado bien jurídico constitucionalmente protegido, podría en ocasiones conspirar contra el ejercicio de derechos como la identidad de género. Adelantando elementos del análisis del caso concreto de Ana Romero Saldarriaga, reconocer en su situación únicamente el derecho al nombre sería insuficiente, y mantenerle un nombre que no se condice con su identidad de género configuraría una violación de este último derecho.

29. Ahora bien, y si de tutela se trata, la pregunta a formularse es la de cuál es el escenario más adecuado para la protección de los diferentes derechos fundamentales en general, y el de derechos como la identidad de género y el

nombre en particular. Todavía a nivel de formulación general, ese es el tema que pasaré a abordar de inmediato.

IV. ALCANCES SOBRE LA VÍA A SEGUIR PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y AL NOMBRE, Y POR ENDE, PARA LA ATENCIÓN DE PRETENSIONES COMO LAS DE CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO.

30. Como bien se explicó en más de una ocasión, no solamente mediante procesos constitucionales de la libertad se tutelan derechos fundamentales. También se puede desempeñar esta labor tuitiva mediante vías ordinarias ante la judicatura ordinaria. Es más, y muy en la tónica del proceso de constitucionalización y convencionalizaciòn que vivimos, incluso el quehacer de la Administración no solamente debe ceñirse a actuar conforme a Derecho, sino que básicamente debe involucrar una comprensión de la labor administrativa comprometida con preservar el respeto y la vigencia de los diferentes derechos.

31. Compete, en este sentido, pronunciarse sobre cuál es el escenario más adecuado para garantizar un cabal ejercicio de derechos como el de la identidad de género o el nombre.

32. Ante lo recientemente señalado, y yendo primero a lo referido al derecho al nombre, corresponde primero distinguir entre rectificación de nombre y cambio de nombre. Esto último es lo que en puridad pide Ana Romero Saldarriaga.

33. En el Perú el cambio de nombre no es consecuencia de una decisión administrativa, tal como si ocurre en otros países. El cambio de nombre siempre es una decisión jurisdiccional. Esta alternativa es sin duda polémica, pero no por ello inconstitucional, por lo menos de una primera impresión. La eventual invocación a una interpretación evolutiva, la cual busca que desde la judicatura constitucional se autorice que la Administración el cambio de nombres resulta muy sugerente, pero convendría manejarla con cuidado, en tanto y en cuanto, si no se instauró esta nueva competencia por los canales correspondientes podría entenderse como una vulneración del criterio de corrección funcional, y, por ende, como una actuación más allá de los parámetros propios de un juez constitucional.

34. Ahora bien, lo que acabo de señalar no se opone al reconocimiento de que por lo menos algunos supuestos de cambio de nombre, en una dinámica tuitiva de derechos, bien pudieran ser entendidos en sede administrativa. Soy más bien partidario de llegar a ello, pero tomando los recaudos correspondientes. Convendría entonces siquiera exhortar a las autoridades competentes a que dicten las normas

pertinentes y así hacer viable la materialización de esta actuación como Administración, la cual hoy a mi parecer no solamente es aconsejable sino que ha devenido en necesaria.

35. Corresponde además anotar que, en el caso del cambio de nombre, también se ha atendido esta pretensión mediante el uso de procesos ordinarios atendidos por jueces ordinarios. Y es que en el Perú, siendo nuestro amparo un proceso subsidiario o residual (no corresponde aquí anotar las eventuales diferencias entre uno y otro concepto), será necesario determinar si en cada caso en particular que involucra la pretensión de cambio de nombre se aprecia si una hay autoridad administrativa competente, y en cualquier caso, ver asimismo si existe un proceso que pueda constituir una vía igualmente satisfactoria al amparo.

36. Como también ya es de conocimiento general, la determinación en el Perú sobre si existe una vía procesal ordinaria igualmente satisfactoria se hace hoy en base a las pautas aprobadas con carácter de precedente en el caso "Elgo Ríos". En cualquier supuesto, la existencia de una vía judicial ordinaria no invalida a recurrir con una pretensión de cambio de nombre a la vía del amparo. Dependerá de, repito, si en cada caso concreto, la configuración de la pretensión a atender cubre o no los requerimientos establecidos en forma copulativa y con carácter de precedente en el fundamento quince del ya mencionado caso "Elgo Ríos".

37. Algo parecido puede predicarse de la tutela de la identidad de género y del cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad que se quiera plantear. En puridad creo que este tema, como ya sucede en estados latinoamericanos como Argentina o Bolivia, bien podría canalizarse –total o parcialmente– en sede administrativa. Sin embargo, esa competencia no ha sido explícitamente habilitada a entidad administrativa alguna en el Perú, y resulta por lo menos discutible habilitar esa competencia administrativa a través de una sentencia del Tribunal Constitucional.

38. También aquí se ameritaría una exhortación a las autoridades competentes para habilitar esta nueva competencia administrativa. Ahora bien, y yendo ya a un ámbito jurisdiccional, corresponde anotar cómo la judicatura ordinaria peruana, basándose en lo prescrito en el Código Procesal Civil, ya ha tramitado ante juzgados civiles este tipo de pretensiones. Es más, en varios casos son los jueces y juezas ordinarios que han visto estos procesos los que han concedido el cambio de sexo solicitado.

39. Se ha alegado, en este sentido, que el Código Procesal Civil habilita el trámite de todos aquellos asuntos contenciosos que no tengan un medio procesal previamente establecido, y que no se encuentren atribuidos a otros órganos jurisdiccionales, cuando por la naturaleza o complejidad de la pretensión el juez(a) ordinario

considera atendible su atención. Es pues en este contexto en el cual se entienden los diferentes pronunciamientos de la judicatura ordinaria en los cuales se ha acogido la pretensión de personas trans que solicitaron el cambio de sexo en su Documento Nacional de Identidad.

40. Lo recientemente reseñado amerita efectuar dos afirmaciones. La primera de ellas se encuentra referida a que aquí, al igual que en el derecho al nombre, el trámite dado a esta pretensión en la vía ordinaria por jueces ordinarios no cierra la posibilidad de plantear una controversia similar en sede de amparo. Corresponderá ver entonces, en cada caso en particular, si existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria al amparo para atender estos requerimientos. Deberán seguirse, para ello, las reglas establecidas con carácter de precedente en el ya citado caso "Elgo Ríos"

41. La segunda afirmación que aquí corresponde hacer es, sin duda alguna, más polémica. Y es que, con carácter de doctrina jurisprudencial, una anterior composición del Tribunal Constitucional peruano emitió la STC 0139-2013-PA/TC. Allí, justo es anotar que por consideraciones que en puridad no se encuentran dentro del ámbito estrictamente procesal, no solamente se ha rechazado la posibilidad de interponer demandas de amparo en defensa de la identidad de género de las personas trans, sino que incluso se ha buscado evitar que jueces y juezas ordinarios puedan acoger este tipo de pretensiones, incluso cuando esas pretensiones hayan sido solicitadas a través de medios procesales ordinarios.

V. PARÁMETROS RECOGIDOS POR LA STC 00139-2013-PA/TC COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y LOS MÁRGENES DE ACCIÓN CON QUE SE CUENTA AL RESPECTO EN LA APLICACIÓN O EN EL EVENTUAL APARTAMIENTO DE DICHA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

42. Desarrollando lo planteado en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se ha entendido como doctrina jurisprudencial a las interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional, en el marco de su actuación en los diferentes procesos que conoce; a las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de sus labores de control por el Tribunal Constitucional; y, finalmente, a las proscripciones interpretativas "anulaciones" de cierto sentido interpretativo de la ley efectuadas en aplicación de una interpretación conforme a la Constitución (en ese sentido la STC 04853-2004-PA/TC).

43. Ahora bien, cierto es que el Tribunal Constitucional peruano, mediante la STC 00139-2004-PA/TC se pronunció, en un caso en principio sustancialmente igual al

de Ana Romero Saldarriaga, en un sentido que en mi opinión encierra una violación del derecho a una identidad de género. Además, y en tanto y en cuanto calificó a su polémica interpretación como doctrina jurisprudencial, cuyos alcances deber ser seguidos por los poderes públicos, dejaba en principio en situación de indefensión a las personas trans, quienes aparentemente no podían acudir al amparo o a medios ordinarios para tutelar su derecho a la identidad de género.

44. Al respecto, se hace indispensable pues efectuar algunas anotaciones. En primer término, si bien mediante un precedente, o a través de un pronunciamiento con carácter de doctrina jurisprudencial, este Tribunal quiere garantizar ciertas reglas interpretativas o determinada comprensión de determinados conceptos e instituciones, ello no puede entenderse como la inmodificable consagración de un dogma. El *overruling* existe y es una alternativa invocable en ciertos supuestos. La diferenciación (*distinguishing*) es, en su caso, también aplicable si nos encontramos ante elementos que permitan distinguirnos de los supuestos utilizados en su momento para configurar la respuesta ya dada, muy a despecho de su carácter de precedente o de doctrina jurisprudencial.

45. Y es que la doctrina jurisprudencial destinada a apuntalar una indisponibilidad del sexo (STC 00139-2013-PA/TC), partiendo en este caso de la idea de que el sexo solamente es un elemento biológico del ser humano, y despojando así a las personas trans de su derecho a que se modifique un dato identificatorio que viola su identidad, no es afortunadamente un dogma irrefutable. La confusión conceptual sobre lo que debe entenderse como identidad de género es a todas luces evidente. El perjuicio al ejercicio de ese derecho, así como la vulneración del derecho de acceso a la justicia (en mérito a las razones que ya mencioné en este mismo texto), también aquí resulta innegable.

46. Frente a este estado de cosas, conviene tener presente que estamos ante un pronunciamiento como la STC 00139-2013-PA/TC, emitido con carácter de doctrina jurisprudencial. En cualquiera de los tres escenarios donde el establecimiento de doctrina jurisprudencial ha sido admitido por la misma jurisprudencia de este Tribunal (de acuerdo con lo previsto en la STC 4853-2004-PA/TC, pueden comprenderse como doctrina jurisprudencial las interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional dentro de los diferentes procesos de control abstracto o concreto a su cargo; las interpretaciones constitucionales de la ley hechas por el Tribunal en el marco de su labor de control de constitucionalidad; o las proscripciones o prohibiciones de ciertas posiciones interpretativas), resulta oportuno anotar que las comprensiones de diversos conceptos e instituciones, o el descarte de otras, consagrados por doctrina jurisprudencial, puede ser dejada de lado, entre otros factores, si, en una dinámica

de mayor y mejor protección de los derechos, existe otra postura interpretativa invocable, y ésta responde a una perspectiva más tuitiva.

47. Ahora bien, y muy a despecho de lo previsto en la STC 00139-2013-PA/TC, cierto es que la judicatura ordinaria, en algunos procesos, asumiendo su rol de jueces en base a la Constitución y a la mejor protección de derechos (recogen esos jueces(zas) ordinarios(as) en ese sentido lo resuelto en la STC 04853-2004-PA/TC, fundamento 16, y en la STC 00919-2007-PA/TC, fundamento 3), podría haber amparando la modificación del sexo en los DNI de personas trans, muy a despecho de lo previsto como doctrina jurisprudencial. Sin embargo, justo es reconocer que esto en los hechos se ha convertido en una labor difícilmente asumida por nuestra judicatura ordinaria peruana.

48. Coincido, entonces, con la propuesta de mayoría en que aquí lo más importante es dejar de inmediato sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 000139-2013-PA/TC. La consecuencia lógica de lo expuesto es la que cabe el análisis sobre si en situaciones como las de Ana Romero Saldarriaga hubo violación a algún derecho fundamental. De ser así, corresponderá analizar si esa violación debe buscar ser revertida mediante un proceso de amparo o, más bien, si cabe abordar algunos de estos casos por medios ordinarios ante jueces y juezas ordinarios.

VI. EL ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA ESPECÍFICA LUEGO DE DEJARSE SIN EFECTO LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECOGIDA EN LA STC 000139-2013-PA/TC.

49. Conviene entonces ir ahora a lo sucedido en este caso en particular. Hay quien discute la pertinencia de iniciar este caso en San Martín pero, por cierto, eso no fue cuestionado en el presente proceso, cuya materia controvertida nadie cuestiona debería recibir una respuesta específica de la autoridad competente. En cualquier supuesto, corresponde anotar que los alegatos de la parte demandada son insostenibles. En primer lugar, aquí no sola ni fundamentalmente se está solicitando un cambio de nombre. Se viene fundamentalmente exigiendo el respeto a una identidad de género que viene siendo violentada con una referencia a un sexo en el DNI. Esta referencia es contraria al esfuerzo de autoconstrucción personal de Ana Romero Saldarriaga y, por ende, vulnera su identidad.

50. El debate se da, entonces, viendo la pretensión invocada, en si dicha pretensión reclama una tutela diferenciada urgente propia del amparo, o una ordinaria como la que acompaña a un proceso de conocimiento. Ana Romero Saldarriaga alega que sería invocable en su caso la tutela mediante amparo, superando los requerimientos planteados en "Elgo Ríos".

51. En ese sentido, bien puede advertirse cómo la recurrente considera que el no acoger rápida y oportunamente su pretensión puede ocasionarle un perjuicio irreparable e irreversible a su proyecto de vida y a su construcción personal y, por ende, a su identidad (más específicamente a su identidad de género).

52. Ahora bien, convengamos que esta tutela urgente de la identidad en sede de amparo que la recurrente reclama indispensable tiene como sustento el que la entidad administrativa correspondiente debió ser aquella que, en rigor, debió atender (con el carácter de ejecutividad y ejecutoriedad que debió tener el acto administrativo correspondiente) la pretensión de Romero Saldarriaga.

53. Conviene, entonces, tener presente el margen de acción de la Administración dentro de un Estado Constitucional. Y es que si bien es cierto que se encuentra sometida al principio de legalidad, la materialización de dicho principio no puede encontrarse reñida con parámetros constitucionales y convencionales vigentes. Aquello implica, entre otros factores, que la tarea administrativa central deberá ser la de atender los derechos de los(as) ciudadanos(as) que acuden a la Administración, máxime cuando los(as) ciudadanos(as) no están pidiendo el otorgamiento de derechos que no ejercían, sino el cabal ejercicio de derechos que ya se tienen, ejercicio que viene siendo violentado precisamente con un quehacer administrativo al cual podemos calificar como recusable.

54. Además, no debe olvidarse que, en un contexto de convencionalización del Derecho, y claramente desde la sentencia de cumplimiento en el caso Gelman aquí ya mencionada, la Reniec se encuentra obligada a respetar los parámetros convencionales, lo cual incluye agotar todo su margen de acción para asegurar la atención de los derechos recogidos en la Convención Americana o en la interpretación vinculante de dicha Convención. Entre esos derechos, como aquí también se ha visto, se encuentra el de la identidad de género. Sin embargo, y como la misma jurisprudencia convencional lo señala, esa hoy necesaria ampliación del marco de actuación administrativa debe materializarse por acción de las autoridades habilitadas a ello. La exhortación a las autoridades competentes para desarrollar un procedimiento sobre el particular relama ser atendido de inmediato.

55. No estando actualmente prevista en el Perú una posibilidad en sede administrativa para atender el requerimiento de Ana Romero Saldarriaga, corresponde pronunciarse sobre si, en el caso concreto de la recurrente, quien, como toda persona, tiene derecho a su identidad de género y al nombre, puede reclamar este derecho en sede de amparo o debe hacerlo mediante un medio ordinario ante jueces(zas) ordinarios(as). Confieso que en una lógica de mayor y mejor protección de los derechos yo hubiese preferido que se diera un consenso en habilitar la vía del

amparo para atender la pretensión de Romero Saldarriaga, pero lamentablemente esto no se dio en el seno de este Colegiado. Y es que en el contexto aquí descrito, el consenso se ha circunscrito a dejar de lado la situación de indefensión de algunos derechos.

56. Mantenerse al margen de ese consenso, el cual puede parecer incompleto e insuficiente, hubiese significado en los hechos dejar sin apoyo a aquella postura que revertir una situación de indefensión a todas luces inaceptable.

57. Y es que recuperar el pleno acceso a la justicia para atender este tipo de pretensiones no es poca cosa. Apoyo entonces el voto de mayoría en este caso, en el entendimiento que se deber tener presente que el análisis sobre la existencia de una vía igualmente satisfactoria de "Elgo Ríos" es de caso a caso, pudiendo entonces haber situaciones propuestas por personas trans eventualmente atendibles en sede de Amparo. Y, finalmente, la eventual declaración de improcedencia de lo planteado por Romero Saldarriaga no quiere decir que no tenga los derechos que invoca, sino que, en su caso, no recurrió inicialmente a la vía pertinente para reclamarlos.

APRECIACIONES FINALES

58. La responsabilidad de un juez(a) constitucional dentro de un Estado Constitucional es enorme. Dentro del contexto de cada Estado en particular le corresponde, mediante la "constitucionalización del Derecho", la "convencionalización del Derecho", la "constitucionalización de la política" (incluyendo allí el control de políticas públicas), o la promoción de tareas de mediación jurídica o de integración social, garantizar ciertos aspectos que son esenciales no solamente para el fortalecimiento, sino para la misma subsistencia del Estado Constitucional: limitación y control del poder; pacificación de la dinámica política, social o económica, tarea que debe ir acompañada de la generación de los consensos pertinentes; respeto o promoción del pluralismo, tanto en lo político como en lo social, lo jurídico o lo cultural. Le compete también la articulación de su labor con un orden internacional, en una dinámica de diálogo. Ahora bien, toda esta responsabilidad tiene un fin último que la inspira: el reconocimiento y la cada vez mayor tutela de derechos fundamentales.

59. En un escenario en donde hemos asumido que la base de la configuración de estos derechos, así como de toda otra institución o actuación en el Estado o dentro de la sociedad, es el respeto a la dignidad de la persona, no puede ni debe negarse el derecho de personas transexuales al respeto de su identidad de género. Toca, entonces, a toda autoridad, dentro del margen de sus competencias, asegurar un cabal ejercicio de esos derechos, tomando las medidas correspondientes o

eliminando los obstáculos que desde la irrazonabilidad (y por ende, desde la arbitrariedad) impidan ese pleno ejercicio de los derechos justamente invocados.

60. Y si la autoridad competente para atender este requerimiento no cumple con su labor, y el daño a algún derecho fundamental puede generar un perjuicio irreversible e irreparable, corresponderá al juez(a) constitucional, agotadas las vías jurídicas o de otra índole previstas al respecto (o dejándolas de lado en situaciones de extrema urgencia), y justamente en garantía de sus márgenes de acción y en cumplimiento de lo que son sus responsabilidades dentro del Estado Constitucional, dar la respuesta más tuitiva posible al respecto. Si aquello implica corregir pronunciamientos anteriores suyos sobre el particular, o distinguir sus actuales supuestos de actuación de aquellos frente a los cuales estuvo antes, deberá emprender esa tarea de inmediato. Negarse a ello sería negar su propia legitimidad y su propia razón de ser dentro de un Estado Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Eloy Espinosa-Saldaña

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI, BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA PRONUNCIÁNDOSE EN EL SENTIDO QUE DEBE DECLARARSE IMPROCEDENTE LA DEMANDA EN TODOS SUS EXTREMOS Y MANTENERSE LA SÓLIDA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA EN LA SENTENCIA 0139-2013-PA/TC

Con respeto por la posición de nuestros colegas magistrados que suscriben la sentencia de mayoría, disentimos de la misma en cuanto resuelve declarar "fundada en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente", y disentimos también en cuanto deja sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC.

Resumimos a continuación las razones de nuestra discrepancia, que nos han obligado a emitir el presente voto singular conjunto, las mismas que desarrollaremos más adelante:

a) *La demanda de amparo que motiva esta* litis *debió ser declarada improcedente en todos sus extremos, por incompetencia territorial del Juez del Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, San Martín, que conoció la demanda.*

b) *Sin perjuicio de la improcedencia total indicada en el punto anterior y con relación a los fundamentos que se invocan en la sentencia de mayoría para dejar sin efecto —en decisión con la que discrepamos radicalmente— la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal en la STC 0139-2013-PA/TC, debemos señalar que se incurre en una gruesa confusión, ya que no es exacto que el Tribunal Constitucional, con la expedición de dicha sentencia, haya señalado que la transexualidad sea una patología, toda vez que es la Organización Mundial de la Salud (OMS) la que, a la fecha, así lo define, independientemente de las especulaciones que formulan nuestros colegas sobre la actividad futura de la OMS sobre el particular.*

c) *La mayoría ha interpretado que el sexo psíquico debe prevalecer legalmente sobre el sexo biológico, sin tener en cuenta que no existe norma internacional ni nacional alguna de la que se desprenda tan singular conclusión, la que, en todo caso, correspondería determinar al Congreso de la República, por tratarse de una competencia del mismo, no del Tribunal Constitucional.*

d) *La mayoría hace suyo —acríticamente— un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que respaldaría su posición. Sin embargo, la traducción empleada es errónea, resultando que lo que se dice postulado por dicho Tribunal no corresponde a lo que éste realmente ha sostenido.*

e) *En su afán de declarar fundada la demanda, la mayoría ha imputado al Tribunal Constitucional como responsable de afectar el derecho de acceso a la justicia cuando fijó como doctrina jurisprudencial que el sexo biológico determina*

la identidad de la persona, sin caer en la cuenta que dicho razonamiento —que habilita el amparo contra las sentencias del Tribunal Constitucional— conllevará a que a partir de la fecha no exista ya cosa juzgada y los procesos se perpetúen al infinito.

f) Debe enfatizarse que no existe regulación a nivel internacional ni nacional que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto "derecho a la identidad de género", se cambie el sexo en el registro civil.

g) Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia, que invoca la sentencia en mayoría, no son pertinentes al caso de autos, pues en ellas no se han dilucidado pedidos de cambio de sexo en los registros civiles.

h) La mayoría considera que el proceso sumarísimo a que alude el Código Procesal Civil constituye una vía igualmente satisfactoria para tutelar el cambio de sexo en el registro civil, proceso que, al ser de reducida actividad probatoria, no contribuirá a que el Juez se forme convicción de lo solicitado.

i) En cuanto concierne al extremo de la demanda en que se solicita el cambio de nombre en el registro civil, coincidimos con la mayoría en que debe declararse improcedente.

Desarrollando nuestros fundamentos, exponemos lo siguiente:

I. SOBRE LA INCOMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUEZ QUE CONOCIÓ LA DEMANDA

1. El 15 de junio de 2012, a través de una demanda de amparo, Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga solicitó el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identidad, asegurando que siempre se ha sentido mujer.

2. Sin embargo, si siempre se sintió mujer, no se puede entender cómo así el asunto se convirtió de pronto en tan urgente que requería ser planteado directamente en la vía constitucional.

3. Romero Saldarriaga no solo esquivó las vías previas sino que, más grave todavía, buscó deliberadamente un juez *ad hoc*. El artículo 51 del Código Procesal Constitucional dice:

> Es competente para conocer del proceso de amparo (...) el Juez civil o mixto *del lugar donde se afectó el derecho*, o *donde tiene su domicilio principal el afectado*, a elección del demandante (*itálicas* agregadas).

4. Romero Saldarriaga presentó su demanda ante un juez de Tarapoto, San Martín. Desde que ni allí ni en ninguna otra parte solicitó al Reniec su cambio de nombre y de sexo, no puede considerarse que allí se afectó su derecho.

5. Además, su DNI consigna que su domicilio está en Francia, no en San Martín. En su demanda explica que, luego de vivir un tiempo en España, se fue a Francia porque, desatada la crisis europea, solo domiciliando allí podía:

> (...) tener beneficios laborales (...)

6. Debe tenerse presente, asimismo, que el Tribunal Constitucional "en reiterada jurisprudencia ha reconocido el DNI como documento idóneo para acreditar el domicilio" (cfr. fundamento 4 del auto recaído en el Expediente 06763-2013-PA/TC).

7. Evidentemente, la parte demandante también aplicó la razón práctica a que se alude en el fundamento 5 *supra* para presentar su demanda ante el juez de Tarapoto Félix Ramírez. Como lo evidencia la misma demanda, lo hizo porque sabía que este juez amparó en primer grado una pretensión idéntica (la resuelta por este Tribunal Constitucional en el Expediente 00139-2013-PA/TC).

8. La sentencia en mayoría debió ponderar debidamente esta conducta y no convalidarla. Debió aplicar el último párrafo del precitado artículo 51:

> De comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, éste será pasible de una multa no menor de 3 URP ni mayor a 10 URP, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

II. CUESTIÓN PREVIA

9. Sin perjuicio de lo anterior, dado que la sentencia en mayoría ingresa al fondo del asunto, declarando fundada la demanda respecto a una supuesta afectación del derecho de acceso a la justicia y dejando sin efecto la sólida doctrina jurisprudencial fijada por la STC 0139-2013-PA/TC, en decisión con la que discrepamos radicalmente, pronunciándose en forma indirecta sobre el pedido de cambio de sexo en el registro civil, no podemos dejar de manifestar nuestra posición al respecto.

III. REFUTACIÓN DE LAS ERRADAS APRECIACIONES FORMULADAS EN LA SENTENCIA EN MAYORÍA SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA STC 0139-2013-PA/TC

10. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

> En la STC 0139-2013-PA/TC, se estableció como doctrina jurisprudencial que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un "trastorno" o una "patología" (fundamento 1).
>
> El Tribunal nota que esta interpretación del derecho a la identidad personal, cuyo propósito era vincular a la judicatura en la interpretación y tramitación de este tipo de causas, *suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones: (i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y (ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo* (fundamento 6; *itálicas* añadidas).
>
> En relación con el primer punto, en la STC 0139-2013-PA/TC el Tribunal asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Sin embargo (...) la propia Organización Mundial de la Salud está en camino a superar su tipificación como una enfermedad o trastorno. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo en la nueva CIE-11, a publicarse por dicha entidad en el año 2018. Es más, una versión beta del CIE-11 (en la que se van introduciendo los cambios a las categorías revisadas) lo ubica como una disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología (...) (fundamento 7).
>
> En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología, (...) corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA (fundamento 9).
>
> 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 (fundamento 17).

11. Según puede apreciarse, la sentencia en mayoría, mezcla dos aspectos muy diferentes de la doctrina jurisprudencial de la STC 0139-2013-PA/TC:

a) La doctrina sobre la inmutabilidad del sexo biológico como elemento objetivo e indisponible de la identidad de la persona; y,

b) El hecho de que la Organización Mundial de la Salud (OMS), no el Tribunal Constitucional), clasifique el transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento [cfr. OMS, *International*

Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10), F64.0].

12. El punto a), en efecto, fue lo que se estableció como doctrina jurisprudencial en la citada sentencia, conforme a los siguientes fundamentos:

> Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el *sexo biológico*, el sexo *cromosómico* o *genético* instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en *"la naturaleza de las cosas"* (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo (fundamento 5).
>
> El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter *objetivo* (como lo es la *"herencia genética"*: STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o *ius connubii*) (fundamento 6).

13. Seguidamente, y en la misma línea de indisponibilidad del sexo biológico como elemento de identidad en el ordenamiento jurídico, la doctrina jurisprudencial bajo comentario señaló los casos en que ese sexo podía ser modificado en el registro civil:

> Por supuesto, 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) (fundamento 8).
>
> Este yerro en la inscripción en lo que respecta al sexo de la persona, ocurriría 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 voluntariamente (fundamento 9).

14. Hasta aquí la doctrina jurisprudencial fijada por la STC 0139-2013-PA/TC: el sexo como elemento de identidad de la persona es el sexo biológico, el cual, al ser

un dato de la naturaleza, es indisponible. Consecuencia de ello, el sexo en el registro civil sólo podría ser cambiado vía rectificación, en caso un "desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo"; o sea, "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 voluntariamente" (fundamento 9).

15. Sentada ya esta doctrina jurisprudencial, la STC 0139-2013-PA/TC pasó a analizar si el pedido de P.E.M.M. (demandante en ese caso) de cambio de sexo se inscribía en el supuesto que acabamos de explicar. De la revisión de la demanda y sus pruebas, el Tribunal advirtió que en ningún momento P.E.M.M. alegó ser cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustentó el reclamo de cambio de sexo de P.E.M.M. en razones exclusivamente de orden *psicológico*, al señalar que ella no se *identifica* con el sexo masculino con el que está inscrita, sino con el femenino", que "fue inscrita con un prenombre de acuerdo con su sexo biológico (masculino), pero que desde su infancia "se sentía como si perteneciera al sexo opuesto" (fojas 28); que en España "luego de una evaluación minuciosa (psicológica) se (le) diagnosticó transexualismo o disforia de género [en otras palabras que si bien era un hombre biológico (su) conducta era la de una mujer] y por lo tanto la única posibilidad era que a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana (es decir cambio de sexo) (sic), podía superar esta *patología"* (fojas 30-31; *itálicas* añadidas). En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obraban en el expediente judicial, en ningún caso refieren que P.E.M.M. sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así, el cirujano plástico reconstructivo y estético deja constancia que la paciente P.E.M.M. – J.L.M.M. ha sido diagnosticada *"de transexualismo o disforia de género"* (fojas 7). Igualmente, el informe psiquiátrico de fojas 74 señalaba que *"se confirma el diagnóstico de trastorno de la identidad sexual"* (fundamento 11; subrayado añadido).

16. A partir de estas pruebas, quedó claro para el Tribunal Constitucional que "P.E.M.M. no presentaba 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,

sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal". Se trataba, pues, de "una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico" (STC 0139-2013-PA/TC, fundamento 12).

17. Como vemos, fueron P.E.M.M. y sus médicos, no el Tribunal Constitucional, quienes hablaron de "diagnóstico" de "transexualismo o disforia de género", de "patología" y de "trastorno". "Diagnóstico", en su acepción médica, es la "determinación de la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas" (cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*). Por ello, tanto P.E.M.M. como sus médicos, al hablar de "diagnóstico" hicieron referencia a una enfermedad ("patología" le llamaba P.E.M.M., a fojas 30-31; "trastorno" le denominaba su psiquiatra, a fojas 74) que denominaban "transexualismo".

18. Es aquí donde el Tribunal Constitucional, no siendo un organismo especializado en temas médicos, recurre a la información científica para entender qué es la transexualidad. Y qué opinión más autorizada al respecto que la de la OMS que "clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio" [cfr. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (ICD-10), F64.0] (STC 0139-2013-PA/TC, fundamento 13).

19. De lo expuesto, queda claro que la STC 0139-2013-PA/TC fijó como doctrina jurisprudencial que el sexo como elemento de la identidad es el que corresponde al biológico y que éste no puede ser modificado (salvo las excepciones mencionadas en la referida sentencia).

20. El Tribunal Constitucional no fijó como doctrina jurisprudencial que la transexualidad sea una patología porque esa no es su competencia. Fueron el recurrente y sus médicos los que hablaron de diagnóstico, de patología y de trastorno. El Tribunal recurrió a la voz científica autorizada de la OMS para entender este problema.

21. Por ello, es totalmente incomprensible que la sentencia en mayoría diga, en su fundamento 9, que "el transexualismo debe ser entendido como una disforia de

género, mas no como una patología, (...)" y que "corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA". No puede comprenderse esta afirmación, porque esa sentencia no estableció como doctrina jurisprudencial que el transexualismo sea una patología.

22. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente, no sólo el ICD-10 de la OMS al que se refirió la STC 0139-2013-PA/TC en su fundamento 13, sino también que la disforia de género (GD) está reconocida como un trastorno mental en la reciente edición (2013) del "Manual de Diagnósticos y Estadísticas de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-V)"[1].

IV. COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE LOS ERRORES CONTENIDOS EN LA SENTENCIA DE MAYORÍA AL DEJAR SIN EFECTO LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA STC 0139-2013-PA/TC

23. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

> (...) la realidad biológica (...) no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad) contravendría el orden de las cosas por alterar sin "motivos suficientes" los registros civiles correspondientes y, por ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral, y no afecta el

[1] American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fifth Edition, Arlington, VA, American Psychiatric Association, 2013, pp. 451-459. De imprescindible consulta es también el informe recientemente publicado por dos eminentes profesores de Estados Unidos: Lawrence S. Mayer, M.B., M.S., Ph.D. (Departamento de Psiquiatría de Johns Hopkins University School of Medicine y profesor de estadística y bioestadística de la Arizona State University) y Paul R. McHugh, M.D. (profesor de psiquiatría de Johns Hopkins University School of Medicine y miembro de la National Academy of Medicine), titulado: "Sexuality and Gender. Findings from the Biological, Psychological, and Social Sciences", en la reconocida revista *The New Atlantis* (http://www.thenewatlantis.com/publications/number-50-fall-2016). Asimismo, puede consultarse el documento, del 17 de agosto de 2016, que bajo el título "La ideología de género perjudica a los niños" ("Gender Ideology Harms Children") ha publicado el Colegio Americano de Pediatras (http://www.acpeds.org/the-college-speaks/position-%20statements/gender-ideology-harms-children)

> derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal [*Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Christine Goodwin Vs. Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002, párrafo 91]" (fundamento 13)

24. La sentencia en mayoría no da ningún argumento jurídico que permita que, a pedido de parte, se cambie el sexo biológico como dato objetivo de la identidad de una persona, para reemplazarlo por el sexo al que la persona se "siente" pertenecer. Sin explicar por qué, simplemente dice que "la realidad biológica no debe ser lo único determinante para la asignación del sexo". Y llega a afirmar: el sexo es "una construcción".

25. No es necesario abundar en argumentos para refutar esta sorprendente afirmación de la sentencia en mayoría. Basta preguntarse: ¿la persona construye su realidad biológica?, ¿la persona puede alterar la naturaleza y el orden natural de las cosas? La respuesta es obviamente negativa, pues lo contrario sería lo mismo que afirmar que el ser humano construye a voluntad, por ejemplo, sus células, su información genética o sus órganos internos.

26. A nuestro juicio, como ya lo dijo la STC 00139-2013-PA/TC (fundamento 28), la sentencia en mayoría se ubica en el debate sobre los conceptos de sexo y género, donde se discute hasta dónde la identidad y el comportamiento sexuales están condicionados por la biología o la naturaleza o hasta dónde todo ello es construido; controversia en la que están, por un lado, quienes mantienen el criterio mayoritario (si nos atenemos a lo que muestran los distintos ordenamientos jurídicos, incluyendo el nuestro) de que el sexo viene determinado por los cromosomas, y el criterio minoritario de que cabe una nueva interpretación conforme a la cual —como quiere la sentencia en mayoría— el sexo psíquico debe prevalecer, incluso legalmente, sobre el sexo cromosómico. Se trata, pues, de una discusión filosófica-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y Derecho, que no está cerrada.

27. Se haría mal en abandonar el actual modelo donde el sexo registral viene determinado por la biología, para adherirse a una tesis aún en debate, pues de esta forma contravendría la propia autolimitación del Tribunal Constitucional, ya que este ha señalado que no debe fijar criterios en "temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública" (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 46). Esta pretensión de la sentencia en mayoría se encuadra en lo que el pensador austriaco F.A. Hayek denominó "la fatal arrogancia".

28. La sentencia en mayoría cita el párrafo 91 de la sentencia emitida el 11 de julio de 2002 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Christine Goodwin *vs.* Reino Unido, donde, según se sostiene, se afirmaría que "la modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral, y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal". Al respecto, debe precisarse en primer lugar que, en tanto las sentencias de dicho Tribunal no vinculan jurídicamente al Perú, no cabe que la sentencia en mayoría haga suyo ese argumento sin ningún juicio crítico y por el simple hecho que se considera que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asumido aquella supuesta postura.

29. En segundo lugar, el referido párrafo 91 no afirma lo que se sostiene en la sentencia de mayoría. En efecto, como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene como lenguas oficiales el inglés y el francés. La versión inglesa señala lo siguiente:

> The Court *does not underestimate* the difficulties posed or the important repercussions which any major change in the system will inevitably have, not only in the field of birth registration, but also in the areas of access to records, family law, affiliation, inheritance, criminal justice, employment, social security and insurance (...)[2] (*itálicas* añadidas).

La traducción correcta sería:

> La Corte *no subestima* las dificultades planteadas o las importantes repercusiones que inevitablemente tendrá cualquier cambio fundamental en el sistema, no sólo en el campo del registro de nacimientos, sino también en las áreas de acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la herencia, la justicia penal, el empleo, la seguridad social y los seguros (*itálicas* añadidas).

30. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no dice que el cambio de sexo en el registro civil no genere afectaciones al interés público, no interfiera con la función registral, no afecte el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal, como afirma la sentencia en mayoría. Lo que dice es que *no subestima* las dificultades o las importantes repercusiones en el sistema que inevitablemente tendrá un cambio de tal importancia, no sólo en el campo del registro de nacimientos, sino también en las áreas de acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la herencia, la justicia penal, el empleo, la seguridad social y los segu-

[2] http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596. Consulta: 18-10-2016.

ros. Sobre este particular, deseamos llamar la atención sobre la falta de rigor incurrida en la traducción de la aludida sentencia.

31. A este propósito, es pertinente recordar lo afirmado en la STC 3741-2004-AA/TC, en el sentido de que una decisión favorable de este Tribunal al pedido de cambio legal de sexo podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 15), por lo que no puede dejarse de considerar el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución, este Tribunal debe observar el principio de *previsión de consecuencias*, derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos actuar con las responsabilidades que ella exige (cfr. STC 5-2005-CC/TC, fundamento 58).

32. Tampoco podría darse jurisprudencialmente respuesta a las consecuencias jurídicas del cambio de sexo en el registro civil, sin caer en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12), pues tales respuestas corresponden al legislador. La democracia implica discusión abierta al pueblo a través de sus representantes. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que le corresponden al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales.

33. La sentencia en mayoría señala que el cambio de sexo debe solicitarse judicialmente a través del proceso sumarísimo. Sin embargo, parece no advertir todas las consecuencias jurídicas que puede generar esta decisión, cuya regulación corresponde al legislador, como ocurre en la mayoría de países en los que se ha legislado sobre la materia, previendo todas las consecuencias jurídicas de cara a terceros.

34. Algunos de tales efectos que la sentencia en mayoría no toma en cuenta son los siguientes:

    a) Una persona que legalmente ha cambiado de sexo podría contraer matrimonio civil. De esta forma, se estaría introduciendo el matrimonio entre personas del mismo sexo (algo que corresponde al legislador, por las ra-

zones ya anotadas), pues aun cuando legalistamente se trate de un matrimonio heterosexual, biológicamente será un matrimonio homosexual. Negar el matrimonio en estos casos podría entenderse como una discriminación (cfr. STC 00139-2013-PA/TC, fundamentos 33 a 36).

b) Habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro civil. Es decir, si es a partir de los 18 años o una mayor edad; o si los padres podrían solicitarlo en representación de sus hijos menores.

c) Habría que definir si para el cambio registral de sexo será necesaria la previa cirugía transexual. Así, por ejemplo, en España, la Ley 3/2007, de 15 de marzo (artículo 4), no la exige, lo cual es una prueba más de la base psíquica y no somática del pedido de cambio legal de sexo.

d) Habría que precisar si se requieren pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno transexual y el número de estos dictámenes.

e) Habría que indicar si se exigirá un período mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, o un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil.

f) Sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa (*ex nunc*) o desde el nacimiento del transexual (*ex tunc*); es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa.

g) Tendría que tenerse una respuesta también —en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado— al problema de si se requiere algún tipo de intervención del cónyuge y si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio. Además, en relación a los hijos nacidos en éste, tendría que tenerse una respuesta también respecto del trastrueque de la relación paterno-filial por la materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad.

35. Por último, queremos hacer notar que la sentencia en mayoría dice: "el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social". El sexo biológico es un dato objetivo de la identidad que lo aporta la naturaleza y que el Derecho toma para definir legalmente los sexos en masculino y femenino. El empleo de este dato objetivo en modo alguno puede considerarse que "reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física", como tampoco podría hacerlo el que se tome, para la identidad de la persona, el dato objetivo de su fecha y lugar de nacimiento o el nombre de sus padres.

36. Cabe preguntarse, ¿que alguien se sienta más joven de lo que es le autoriza a pedir que se obligue al Reniec a modificar su fecha de nacimiento? Aunque la respuesta es evidentemente negativa, con el argumento de la sentencia en mayoría negar el pedido de cambio de fecha de nacimiento significaría reducir "la naturaleza humana a una mera existencia física".

V. ¿PUEDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AFECTAR EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA CON SU DOCTRINA JURISPRUDENCIAL?

37. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

> (...) a través del establecimiento de doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. Esa no es nuestra labor; antes bien, nuestros pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen, de manera general, como custodios de ella. En ese sentido, establecer un contenido pétreo e inamovible de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal es, antes que fomento, la imposición de una barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria. De este modo, la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial (fundamento 11).
>
> Lo resuelto por este Tribunal, con los fundamentos que anteceden, supone un apartamiento de la doctrina constitucional que se había fijado en la STC 00139-2013-PA/TC. Esto también implica que, a futuro, se encontrará garantizado el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, el cual se había visto irrazonable y desproporcionalmente restringido con los criterios desarrollados en el referido pronunciamiento (fundamento 16).
>
> 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 garanti-

> zar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de estimar las solicitudes de cambio de sexo (...) (fundamento 15).
>
> Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente (punto resolutivo N° 1).

38. Si lo que dice la sentencia en mayoría en su fundamento 11 es válido, este Tribunal tendría que abdicar de la función que, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 de su Ley Orgánica), le otorgan los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

39. Si se siguiera el criterio de la sentencia en mayoría, tendría que decirse también que este Tribunal ha puesto una barrera interpretativa a la judicatura ordinaria al establecer, por ejemplo, los requisitos de procedibilidad de la demanda de cumplimiento (cfr. STC 0168-2005-PC/TC) o de la demanda de amparo contra amparo (cfr. STC 4853-2004-PA/TC).

40. Es claro que ejemplos como los citados no pueden ser entendidos como "barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria", sino como el ejercicio de la competencia que la Constitución y su Ley Orgánica confieren a este Tribunal de ser intérprete supremo de la Constitución y, por tanto, capaz de emitir jurisprudencia vinculante.

41. Pero lo que resulta más sorprendente aún es que la sentencia en mayoría afirme que con el ejercicio de la competencia constitucional de dictar jurisprudencia vinculante, este Tribunal haya afectado el derecho fundamental de acceso a la justicia, al punto de declarar fundada la demanda por vulneración de ese derecho.

42. Afirmar que este Tribunal, en ejercicio de su función constitucional, puede afectar el derecho de acceso a la justicia, trae como consecuencia, ineludible, que proceda el amparo contra las sentencias del Tribunal Constitucional, contraviniendo la abundante jurisprudencia contraria al respecto (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 39).

43. Al imputar al Tribunal Constitucional la afectación del derecho de acceso a la justicia, la sentencia en mayoría presenta a este Tribunal como vulnerador de derechos constitucionales dentro de un proceso. La ineludible consecuencia constitucional de ello es la procedencia del amparo para la tutela de tales derechos. Semejante idea va en contra de todo lo sostenido por este Tribunal hasta este momento.

VI. SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

44. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

> 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-O/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)]" (fundamento 14; *itálicas* añadidas).

45. Sin embargo, se hace referencia al "derecho a la identidad de género". No obstante, no existe regulación a nivel internacional (en tratado o jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto "derecho a la identidad de género", se cambie el sexo en el registro civil. La sentencia en mayoría no cita instrumento alguno sobre el particular que sea vinculante jurídicamente para el Perú.

46. Debe destacarse que los dos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la sentencia en mayoría cita en su fundamento 14 (y también en el fundamento 8), no fueron de personas que reclamaban el cambio de sexo en los registros civiles de sus Estados, por lo que no son pertinentes para invocarlos en el caso de autos.

47. En efecto, en la sentencia Atala vs. Chile (24 de febrero de 2012) se resolvió el caso de una mujer que convivía con una compañera sentimental y reclamaba la custodia de las tres hijas que tuvo con su ex cónyuge, a quien la jurisdicción interna otorgó la custodia en razón de dicha convivencia. Por su parte, en la sentencia Duque vs. Colombia (26 de febrero de 2016) se resolvió un caso en el que se

alegaba exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una "pensión de sobrevivencia" tras la muerte de su pareja, en base a que se trataba de una pareja del mismo sexo.

48. Por lo demás, la imposibilidad constitucional de cambio de sexo en el registro civil en nada impide a una persona "no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como 'hombre' o 'mujer'", según dice la sentencia en mayoría.

VII. SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS TRANSEXUALES

49. La existencia del transexualismo implica una situación particular que a nuestro modo de pensar, sí merece ser garantizada por el Estado, pues el artículo 1 de la Constitución señala como valor supremo del Estado y de la sociedad la defensa y el respeto de la persona, siendo que el inciso 1, del artículo 2 del mismo Texto Constitucional, señala que "Toda persona tiene derecho (...) a su identidad". Es claro entonces que ningún sector poblacional en el Perú, debe quedar desprotegido por solo presentar características diferentes a un grupo humano numeroso.

50. El presente caso trae ante la jurisdicción constitucional un debate respecto del reconocimiento de derechos de un sector minoritario de la población que, consideramos merece un pronunciamiento importante a fin de avanzar en la tutela de derechos fundamentales a favor de las minorías poblacionales, que en este caso es la población transexual.

51. Teniendo en cuenta que la recurrente se reconoce a sí misma como una transexual (f. 103, 127, 346 y 357) y dado que esta es una condición particular de un grupo poblacional que merece un reconocimiento jurídico, debe reconocérsele como transexual, a fin de permitir la reivindicación de los derechos a los que tiene derecho como tal.

VIII. ¿ES EL PROCESO SUMARÍSIMO LA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA?

52. La sentencia en mayoría argumenta lo siguiente:

> 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 (fundamento 17).

53. La sentencia en mayoría señala que la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el registro civil es el Proceso Sumarísimo, previsto en el Código Procesal Civil, por la necesidad de tutela urgente, conforme al artículo 546.6 de dicho Código.

54. Sin embargo, ésta sólo encarga al Juez la decisión de autorizar el cambio de sexo en el registro civil, dejando al libre arbitrio de él y del solicitante cómo demostrar la necesidad del cambio registral de sexo, en un sentido muy peligroso para la garantía de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica.

55. Pero además, a nuestro juicio, la sentencia en mayoría se equivoca cuando escoge al Proceso Sumarísimo como la vía igualmente satisfactoria para solicitar el cambio de sexo en el registro civil.

56. En primer lugar, es la ley la que faculta al Juez a decidir si es atendible el empleo de este modelo sumarísimo (artículo 546.6 del Código Procesal Civil). La sentencia en mayoría retira al Juez esta facultad que le confiere la ley, para ordenarle que tramite por esa vía los pedidos de cambio de sexo registral.

57. En segundo lugar, la sentencia en mayoría envía la dilucidación de esta controversia a un proceso de limitada o reducida actividad probatoria y donde, conforme al artículo 552 del Código Procesal Civil, sólo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata, "como sería la prueba documental ordinaria"[3] . Así, por ejemplo, si un Juez, para obtener convicción de lo solicitado, considerara necesario una pericia, resulta que no podría disponer que ésta se realice, pues "un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata es la pericia, toda vez que aquí el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando dicha actividad una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como requiere la actividad probatoria de las tachas u oposiciones"[4].

[3] Ledesma Narváez, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, t. II, p. 709.

[4] *Idem.*

58. Por estas consideraciones, opinamos que no se justifica que el Tribunal Constitucional imponga al Juez (soslayando la facultad que éste tiene conforme al artículo 546.6 del Código Procesal Civil) que la controversia sobre el cambio de sexo en el registro civil se dilucide en un Proceso Sumarísimo.

IX. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

Sobre el derecho a la identidad en relación al cambio de sexo

59. La sentencia en mayoría, en el apartado "Antecedentes", consigna lo siguiente:

> la parte recurrente interpone demanda de amparo en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) y el Ministerio Público, y solicita el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación (Partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad – DNI). Sostiene que, desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud.
>
> Al efecto, alega que toda su vida ha transcurrido con el nombre de su sexo biológico: Rodolfo Enrique; lo que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino (...).

60. De esta descripción de los hechos que hace la sentencia en mayoría y de lo que se aprecia en autos, puede concluirse que los argumentos que da el demandante son de orden psíquico y no somático.

61. El recurrente en ningún momento aduce ser cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustenta el reclamo de cambio de sexo registral en razones exclusivamente de orden *psicológico*, al señalar: "desde el punto de vista psicológico, social y cultural, me siento parte de este género (femenino)" (fojas 113), y que desde su infancia "(se) identificaba como una niña" (fojas 104). Asimismo, refiere que en España tomó contacto con un médico endocrinólogo y una psiquiatra, a los que les expuso "la inconformidad que sentía con (su) cuerpo, que no se identificaba con el sexo biológico que (tuvo) al nacer", y dice: "me comprendieron me dijeron que mi caso era uno más de muchas mujeres transexuales" (fojas 108). Es claro que no *identificarse* con el sexo biológico masculino o *sentirse* del sexo femenino, alude a un asunto psicológico.

62. En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obran en autos en ningún caso refieren que el demandante sea intersexual o hermafrodita, sino

que padece un trastorno de orden psicológico. Así, en el "Alta Médica", posterior a la cirugía "de cambio de genitales externos masculinos con vaginoplastía cutánea con piel peneana" (fojas 6), se consigna en el rubro "Diagnóstico": "TRANS" (fojas 7). Igualmente, el informe de psicología clínica señala que la identificación personal del demandante "no ha sido bien introyectada, se siente mujer y la idea de llegar a serlo plenamente se ha convertido en una obsesión para ella" (fojas 4) y que "la cirugía puede ayudarla a ir equilibrando su vida pero le es muy necesario un tratamiento psicoterapéutico a fin de ir madurando y asimilando su nuevo estado físico" (fojas 5).

63. Queda claro que el demandante 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, sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal. Se trata pues de un transexual, como afirma el propio recurrente: "conviene desde ya señalar que la parte actora del sub-lite es una transexual, quien desde una óptica es varón y desde la otra mujer ya que ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético" (fojas 127).

64. Consecuentemente, el caso de autos es sustancialmente igual al resuelto de manera desestimatoria en la STC 00139-2013-PA/TC por lo que, aplicando la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en ella, correspondería declarar infundada la demanda en lo que respecta al cambio de sexo en el registro civil, sin embargo, en atención a la incompetencia territorial del juez que conoció la demanda, conforme a las razones expuestas en el apartado I del presente voto singular, la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

Sobre el derecho a la identidad en relación al cambio de nombre

65. La sentencia en mayoría señala lo siguiente:

El Tribunal nota que la parte demandante no ha acudido ni a la vía administrativa ni a la judicial para solicitar el cambio de su nombre y sexo en los documentos de identidad (fundamento 22).

66. Desde la STC 2273-2005-PHC/TC, cuyo criterio fue ratificado en la STC 00139 2013-PA/TC, este Tribunal ha considerado que el pedido de cambio de nombre en el registro civil encuentra amparo en el derecho a la identidad.

67. Coincidimos con la sentencia en mayoría en que el pedido de cambio de nombre debe ventilarse en la vía judicial igualmente satisfactoria, lo que hace **IMPROCEDENTE** este extremo de la demanda de amparo, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

68. Respecto a cuál es esa vía igualmente satisfactoria, la sentencia en mayoría dice que es el Proceso Sumarísimo, mientras que el demandado señala que el proceso adecuado es el no contencioso de rectificación de partida de nacimiento.

69. A nuestro juicio, el Tribunal Constitucional no debería señalar al Juez civil en qué proceso debe sustanciarse el pedido de cambio de nombre, sino dejar a su criterio qué proceso emplear, conforme a la facultad que le confiere el Código Procesal Civil.

70. Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en todos sus extremos y **MANTENER** la sólida doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA/TC.

S.

URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la presente causa, la sentencia ha sido votada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M. contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 361, su fecha 10 de septiembre de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de agosto de 2010, el recurrente, en representación de P.E.M.M. interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su

partida de nacimiento. Asimismo, solicita que esta demanda se ponga en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima).

Alega el recurrente que su poderdante (en adelante, P.E.M.M.) obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es "masculino", lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad.

Aduce el recurrente que P.E.M.M. es un transexual, no un hombre, sino *"una mujer reasignada"* mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que no basta sólo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad.

Para el recurrente, la transexualidad es el fenómeno por el que algunas personas *"cambian su sexo y adoptan socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, sin que exista una razón física aparente que parezca predisponer a esa decisión"*. Según el recurrente, en el pasado, cuando uno se preguntaba por el contenido que definía el sexo se pensaba que este era únicamente un elemento estático del ser humano, vinculado de manera exclusiva con la dimensión biológica y cromosómica; sin embargo, y gracias al avance de disciplinas como la psicología, la medicina o la antropología, la comunidad académica mundial ha convenido que el sexo es una característica dinámica ya que se da y evoluciona con el desarrollo de la persona, por lo que se puede hablar en la actualidad de un sexo social (actitud que uno asume en la sociedad) y un sexo psicológico (hábitos y comportamientos), los cuales muchas veces pueden diferir o ser contrarios al sexo cromosómico o biológico. Esto lleva a afirmar que el sexo, como categoría conceptual, debe ser visto como un todo, es decir, como una entidad bio psicosocial, por lo cual, de existir alguna contradicción entre esas dimensiones —la biológica o cromosómica, la física, social o psicológica—, es la persona la que elegirá libremente a qué sexo pertenecer y el sexo elegido debe guardar coherencia con el consignado registralmente.

Coherentes con este planteamiento, a juicio del recurrente, son las razones que esgrimió P.E.M.M. al solicitar judicialmente su cambio de prenombre: *"el nombre J. es propio de una persona masculina y no me identifico con dicho sexo y mucho menos con*

el nombre antes referido, es por ello que solicito judicialmente el cambio de nombre, ya que me identifico con el sexo femenino".

Según el recurrente, la medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la *"teoría del sexo psicosocial"*. El fundamento básico de esta teoría consiste en considerar la *"subjetividad"* del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que los juristas deben entender que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico. No obstante, precisa el recurrente que sobre esto no hay acuerdo científico, por lo que el Derecho *"debe enfrentarse a esta situación sin la certeza de la ciencia"* (fojas 81) y que su poderdante es un transexual que desde una óptica es varón y desde otra es mujer, *"ya que ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético"* (fojas 87).

El RENIEC contesta la demanda expresando que ésta colisiona con el artículo 22 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del RENIEC), que precisa los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, entre los que no se encuentra el cambio de identidad sexual. Además, refiere que el Tribunal Constitucional en la STC 2273-2005-PHC/TC si bien ordenó el cambio de prenombre de masculino a femenino (Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), mantuvo intangibles los demás elementos identificatorios (edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento.

A fojas 170, la Fiscal Provincial Encargada de la Primera Fiscalía Provincial de Familia de San Martín, Tarapoto, devuelve la demanda, expresando que, de conformidad con el artículo 96° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Fiscalía Provincial Civil no interviene en esta clase de procesos.

La Municipalidad Distrital de Miraflores se apersona al proceso y afirma que si bien la demanda se sustenta en la STC 2273-2005-PHC/TC, en ella sólo se ordena el cambio de prenombre (de masculino a femenino: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas) en el DNI, pero no de sexo.

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 3 de mayo de 2012, declara fundada la demanda, ordenando el cambio de sexo a femenino de P.E.M.M., tanto en su DNI como en su partida de nacimiento, por considerar que si en un inicio se pensó que el sexo era sólo un elemento estático de la personalidad del ser humano, al hacerse referencia al sexo biológico o cromosómico al momento de inscribir el nacimiento en el Registro Civil, dicha

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 15

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 5

definición ha cambiado y así, desde un enfoque multidisciplinario, el sexo es un elemento dinámico, ya que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y está referido a la peculiar actitud que asume ésta en sociedad (sexo social), a los hábitos y comportamientos (sexo psicológico), los que incluso pueden diferir del sexo cromosómico, por lo que de existir contradicción entre el sexo cromosómico, psicológico, físico y social (disforia de género), es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En el caso de autos, P.E.M.M. se siente pertenecer al sexo femenino y no al masculino, existiendo una disociación entre su sentimiento, pensamiento y vida como mujer con la apariencia genital, repudiando su nombre y todo lo que tiene que ver con la condición masculina que le asignaron al nacer.

A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, sino el proceso de conocimiento conforme al artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil.

FUNDAMENTOS

1) Delimitación del petitorio

En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de J.L. a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

En cuanto al derecho fundamental supuestamente afectado en el presente caso, este Tribunal considera que éste es el derecho a la identidad. No sólo porque ese es el derecho invocado por el recurrente (cfr. fojas 70), sino también porque ya antes este Tribunal ha considerado que ese es el derecho involucrado en controversias relativas al registro de estado civil (cfr. SSTC 2273-2005-PHC/TC, 5829-2009-PA/TC). Debe mencionarse también que el recurrente hace una enumeración de otros derechos que, a su juicio, se relacionan con el derecho a la identidad (cfr. fojas 81 a 87), pero luego precisa que en concreto éste es el derecho que considera violado en el caso de autos (cfr. fojas 87), por lo que el pronunciamiento de este Tribunal se centrará en dilucidar si existe o no la alegada afectación al derecho a la identidad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 16

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 6

2) Sobre la vulneración al derecho a la identidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución)

1. Ya ha referido este Tribunal que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, *"entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21). *"La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22). De esta forma, cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun *"cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 23).

2. Ha destacado también este Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico el DNI permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; pero también constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución (cfr. STC 5829-2009-PA/TC, fundamento 6).

3. Respecto a la partida de nacimiento, este Tribunal ha señalado que *"es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o*

determinante de la existencia de una personalidad humana" (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 11) y permite la probanza legal:

- *Del hecho de la vida.*
- *De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.*
- *Del apellido familiar y del nombre propio.*
- *De la edad.*
- ***Del sexo.***
- *De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.*
- *De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio (...)*

(STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 12; énfasis añadido).

4. Queda claro que el sexo forma parte de la identidad de la persona y, como tal, debe quedar correctamente constatado en el Registro del Estado Civil en donde se inscriben los nacimientos (cfr. artículo 44, inciso "a", de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en adelante LORENIEC). El Tribunal Constitucional ha precisado al respecto que la identificación que se asigna al recién nacido relativa al sexo lo ubica en el género *masculino* o *femenino* y que entre los factores que pueden constituir el sexo del individuo (que cabe clasificar en *biológicos* y *psicosociales*), *"al momento de nacer la persona sólo se toma en cuenta el sexo anatómico"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 15), es decir, el *sexo genital*, que es parte del *sexo biológico*.

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

6. El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter *objetivo* (como lo es la *"herencia genética"*: STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o *ius connubii*).

7. Esta doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose *"la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, **sexo** o lugar de nacimiento)"* (punto 2 resolutivo; énfasis añadido). Coherente con ello, la LORENIEC no prevé el cambio de sexo, pero sí contempla la inscripción de los cambios o adiciones de nombre (cfr. artículo 44, inciso "m", de la LORENIEC).

8. Por supuesto, 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, ocurriría 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 voluntariamente.

10. En el caso de autos, el recurrente en ningún momento aduce que P.E.M.M. sea cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustenta el reclamo de cambio de sexo de P.E.M.M. en razones exclusivamente de orden *psicológico*, al señalar que ella no se *identifica* con el sexo masculino con el que está inscrita, sino con el femenino. Asimismo, en la solicitud judicial de cambio de prenombre que presentó P.E.M.M. (expediente N° 00104-2008, que viene como acompañado), ésta afirma que fue inscrita con un prenombre de acuerdo con su sexo biológico (masculino), pero que desde su infancia *"se sentía como si perteneciera al sexo opuesto"* (fojas 28); que con sus documentos se *"confrontaba con una realidad no deseada, la de que biológicamente era hombre"*, y que en España *"luego de una evaluación minuciosa (psicológica) se* (le) *diagnosticó transexualismo o disforia de género [en otras palabras que si bien era un hombre biológico* (su) *conducta era la de una mujer] y por lo tanto la única posibilidad era que a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana (es decir cambio de sexo)* (sic),

podía superar esta patología" (fojas 30-31). Es claro que no *identificarse* con el sexo biológico masculino o *sentirse* del sexo femenino, hace alusión a una *"patología"* (como ella misma le llama) psicológica, como lo prueba además, según ella manifiesta, haber sido sometida a una *"evaluación minuciosa"* de orden psicológico para diagnosticarle *"transexualismo"*.

11. En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obran en el referido expediente judicial que viene como acompañado, en ningún caso refieren que P.E.M.M. sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así, el cirujano plástico reconstructivo y estético deja constancia que la paciente P.E.M.M. – J.L.M.M. ha sido diagnosticada *"de transexualismo o disforia de género"*, *"ha recibido tratamiento hormonal por tiempo superior a un año"* y ha sido intervenida por él *"de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana"* (fojas 7). Igualmente, el informe psiquiátrico de fojas 74 señala que *"se confirma el diagnóstico de* ***trastorno de la identidad sexual****"* (énfasis añadido), que *"la paciente está realizando tratamiento hormonal desde los 16 años, manteniendo tratamiento hormonal feminizante"*, que *"ha sido sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer"*, por lo que concluye que *"ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno, y desde el inicio del tratamiento la adaptación progresiva a los cambios ha sido favorable"*.

12. De todo ello 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, sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal. Se trata pues de un transexual, como afirma el propio recurrente (cfr. fojas 87), es decir, de una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico.

13. La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio [cfr. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (ICD-10), F64.0].

14. No debe confundirse la transexualidad con el hermafroditismo o los estados intersexuales ya referidos. El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía. Por ello, desde la medicina se dirá que *"el transexual no modificado por las técnicas médico quirúrgicas presenta unos caracteres somáticos de absoluta normalidad. No se observa en ellos ninguna ambigüedad, ni mucho menos anomalías, en su conformación somática. Tanto los caracteres sexuales secundarios como los órganos genitales externos, las gónadas y los órganos genitales internos, incluso el sexo genético, cromatínico y cromosómico, son absolutamente normales"* (J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina legal y toxicología*, Masson, Barcelona 2004, p. 653).

15. P.E.M.M., según indica el recurrente, es un transexual, que se siente (psicológicamente) pertenecer al sexo contrario a su sexo biológico, sin que este último se vea modificado por la cirugía que le fue practicada pues, afirma el propio recurrente, *"ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético"* (fojas 87).

16. Este Tribunal Constitucional coincide con el recurrente en lo referido a la inmutabilidad del sexo genético o cromosómico (masculino) de P.E.M.M., ya que en otra ocasión ha afirmado que *"la realización de una plastía no es evidencia de una alteración del sexo de una persona, pues la plastía también puede utilizarse con medios meramente estéticos"* (STC 2868-2004-AA/TC, fundamento 26).

17. Esto resulta corroborado por el propio cirujano plástico reconstructivo y estético que operó en España a P.E.M.M., cuando afirma: *"está intervenida por mí de cambio de genitales **externos** y vaginoplastia cutánea peneana"* (...) encontrándose *"después de la intervención con labios mayores y vagina **muy a semejanza** de los femeninos"* (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado; énfasis añadido). Ello significa que la cirugía sólo ha permitido una cierta aproximación en apariencia (*"muy a semejanza"*) al sexo femenino en cuanto a su morfología externa, pero en ningún caso en la interna o en el componente cromosómico o genético.

18. Entonces, las denominadas operaciones de cambio de sexo sólo transforman (y ni siquiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos

hormonales (cfr. sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *I. v. The United Kingdom*, del 11 julio de 2002, nº 62; y *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, del 11 julio 2002, nº 82) y pese a que se permita el cambio de sexo en el registro civil.

19. Para el recurrente, la discrepancia entre lo psicológico (*sentirse* del o *identificarse* con el sexo femenino) y lo biológico (ser del sexo masculino) que tiene quien padece el síndrome transexual (como es el caso de P.E.M.M.), se resuelve con la cirugía transexual y con la prevalencia, inclusive para efectos legales, del sexo psicológico sobre el biológico. A este propósito, habla de lo que denomina la *"teoría del sexo psicosocial"* cuyo fundamento básico, según él, es la *"subjetividad"* del sexo como un elemento del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que si el sexo biológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico.

20. El recurrente sostiene la tesis de que el sexo de los transexuales lo determina el sexo *psíquico* y no el sexo *cromosómico* (que en el caso de éstos, como en todas las personas, permanece siempre el mismo), por lo que el sexo para el Derecho debe ser el sexo psíquico, abandonándose el principio, ya sustentado en esta sentencia, de que el sexo cromosómico define el sexo de la persona y que éste es indisponible.

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

22. Así, P.E.M.M. sostiene que al ser diagnosticada de transexualismo, la única posibilidad de *"superar esa patología"* era *"a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana"* (fojas 30 y 31 del expediente judicial que viene como acompañado). El cirujano plástico reconstructivo y estético afirma que frente al diagnóstico de transexualismo *"la intervención quirúrgica"* es *"la terapia más oportuna"* (nótese que no dice que sea la *única*) (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado). Y el informe psiquiátrico indica que P.E.M.M. *"ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno"*, consistente en mantener *"tratamiento hormonal feminizante"* y someterse *"a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer (vaginoplastía 2001 y prótesis mamaria 2000)"* (fojas 74 del expediente judicial que viene como

acompañado).

23. No obstante, este Tribunal puede advertir que la cirugía como el tratamiento adecuado para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente en el campo científico (cfr., por ejemplo, lo ocurrido en la jurisdicción interna alemana, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 12 de septiembre de 2003, *Van Kück v. Germany*, nºs 12 a 28). Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él.

24. Desde estas escuelas se advierte que científica y técnicamente un "cambio de sexo" no es realizable, incluso con la cirugía más perfecta. En el caso de varón a mujer, que es el más frecuente, la cirugía consiste en la extirpación de los órganos genitales, falo y testículos, y la orquiectomía y vasectomía. Posteriormente se realiza la construcción de una vagina artificial y creación de senos. Luego hay que adaptar otras partes masculinas del cuerpo, como la manzana de Adán, el cuello, el mentón, las mejillas y las caderas. Después de estas intervenciones, hay que continuar permanentemente con un tratamiento de hormonas, que tendría efectos secundarios. Aparte de las consecuencias meramente médicas, el transexual de varón a mujer en muchas ocasiones sigue sin sentirse satisfecho con su "nuevo" cuerpo porque mantiene rasgos de varón: talla, forma de la cara, mejillas, pies y manos, persistencia de la próstata y las vesículas seminales. En el caso de mujer a hombre, se precisa de la ooferectomía y mastectomía, y se construye un falo artificial con el que es imposible realizar una cópula fisiológica. Todo esto no permitiría hablar de genitales masculinos y femeninos, respectivamente, de manera que no se puede sostener que el sexo haya cambiado desde el punto de vista anatómico.

25. Por todo ello, lejos de darse por satisfecho después de las intervenciones quirúrgicas, el transexual en muchos casos sigue experimentando una nueva escisión, ahora no sólo entre su soma y su psique, sino en su propio cuerpo, en el que se conjugan elementos externos artificiales de un sexo y su propia realidad cromosómica y hormonal, de la que no consigue deshacerse, aunque haya incluso logrado un cambio legal de su sexo (cfr. *"Transexual belga decidió morir por eutanasia tras insatisfacción con operaciones"*, diario "El Comercio", Lima 1-X-2013).

26. De hecho, ocurren casos de transexuales inscritos en el registro civil según el nuevo sexo que quieren volverlo a cambiar, lo cual plantea nuevos problemas al Derecho (cfr., por ejemplo, "*Un transexual pide al RENIEC que le devuelva su identidad de varón*", diario "El Comercio", Lima 20-VI-2013). Al margen de que la cirugía transexual es irreversible, pues es imposible recomponer los órganos genitales, en los países donde se lleva tiempo realizando esta cirugía puede apreciarse el problema jurídico que supone que el transexual insatisfecho con el cambio pretenda otra nueva rectificación del registro civil.

27. Como puede apreciarse, la ciencia pone en tela de juicio que la intervención quirúrgica se muestre como el único medio eficaz válido para la atenuación o eliminación del síndrome transexual. Que la transexualidad sea una patología, que genere sufrimiento y que requiera tratamiento e intento de curación, además de la comprensión social, es indiscutible. Pero, como ha quedado demostrado, en lo que los científicos no están todavía de acuerdo es sobre cuál sea el tratamiento más eficaz. El Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.

28. La pretensión del recurrente puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana), para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza. Es decir, se ubica en el debate sobre los conceptos de sexo y género, donde se discute hasta dónde la identidad y el comportamiento sexuales están condicionados por la biología o la naturaleza o hasta dónde todo ello es construido; controversia en la que están, por un lado, quienes mantienen el criterio mayoritario (si nos atenemos a lo que muestran los distintos ordenamientos jurídicos) de que el sexo viene determinado por los cromosomas, y el criterio minoritario de que cabe una nueva interpretación conforme a la cual —como quiere el recurrente—, el sexo psíquico debe prevalecer, incluso legalmente, sobre el sexo cromosómico. Se trata, pues, de una discusión filosófica-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y Derecho, que no está cerrada.

29. Este Tribunal ha establecido que no cabe dictar precedentes vinculantes *"sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública"* (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 46). Igualmente, aunque aquí no se esté considerando la emisión de un precedente vinculante, del espíritu de esa autolimitación del Tribunal Constitucional puede

rescatarse que no puede acogerse una tesis como la del recurrente, que plantea la absoluta prevalencia en el transexual operado del sexo psicológico sobre el cromosómico, y consecuentemente darle efectos legales al primero, si consta a este Tribunal que este planteamiento actualmente está sujeto a ardua polémica en diversos campos. Y aún admitiéndose que la especificación sexual pudiera no agotarse en el aspecto cromosómico, cabría preguntarse si resulta admisible una forma de especificación que prescinda en absoluto de él.

30. Consecuentemente, mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de *"la naturaleza de las cosas"* (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico.

31. Por todo ello, este Tribunal juzga que debe desestimarse la pretensión del recurrente de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M., pues, por las razones aquí expuestas, este Tribunal no puede eximir a P.E.M.M. de la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro de estado civil corresponde a su sexo biológico.

32. En otro orden de cosas, este Tribunal es consciente de que una decisión favorable al pedido de cambio de sexo de P.E.M.M., podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares —teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 15)—, por lo que no puede dejarse de considerar los efectos o el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución este Tribunal debe observar el principio de *previsión de consecuencias*, derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos actuar con las responsabilidades que ella exige (cfr. STC 5-2005-CC/TC, fundamento 58).

33. Desde esta perspectiva, estimar el pedido del recurrente acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de

personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

34. En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, P.E.M.M, podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina; un nuevo *status* a partir del cual no podría menos que serle reconocida la capacidad para contraer matrimonio, el *ius connubii* o *ius nubendi*. Y ya que, según se ha visto, jurídicamente el sexo se define según el sexo cromosómico, la consecuencia de la modificación del sexo en el registro civil es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo que el suyo de origen. La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja.

35. Si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.

36. De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12), pues tal matrimonio —en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil— debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa —cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional—, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado.

37. Además, amparar el pedido del recurrente implicaría una serie de consecuencias adicionales, sean éstas aplicables al caso de P.E.M.M. o de otras personas que quieran acogerse a lo resuelto en este caso, de gran impacto y complejidad especialmente en el campo del Derecho civil, que este Tribunal no puede resolver sin, nuevamente, invadir competencias propias del legislador, contraviniendo los principios de separación de poderes y de *corrección funcional*.

38. Así, 1) habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro de estado civil; 2) si la intervención quirúrgica debe ser autorizada por un juez; 3) si el cambio de sexo en el registro civil requiere orden judicial o basta una petición en sede administrativa (como afirma P.E.M.M. que le ocurrió en España, cfr. fojas 31 del expediente judicial que viene como acompañado); 4) si se requieren o no pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno transexual y el número de estos dictámenes; 5) si se exigirá o no un período mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, y un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil. También, si para el cambio registral de sexo es necesaria o no la previa cirugía transexual. En caso que ésta no se exigiera (como ocurre en la legislación española: Ley 3/2007, de 15 de marzo, artículo 4), podría ocurrir que una persona originalmente de sexo masculino que ha conseguido cambiar su sexo en el registro civil a femenino, *"termine absurdamente por generar —a pesar de haber sido jurídicamente reconocida como "mujer"— un hijo, el mismo que tendría, paradójica y formalmente, dos madres, careciendo de la figura paterna"* (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, p. 254).

39. Asimismo, sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa (*"ex nunc"*) o desde el nacimiento del transexual (*"ex tunc"*), es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa. Tendría que tenerse una respuesta también, en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado, al problema de si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio y, en relación a los hijos nacidos en éste, el trastrueque de la relación paterno-filial antecedente por la materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad. Habría en general que considerar y dar previsiones jurídicas a las consecuencias de todo orden que el cambio de sexo en el registro civil lleva aparejadas, especialmente en todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante para su constitución.

40. Respecto al problema del matrimonio anterior al cambio de sexo en el registro civil, se ha advertido desde la doctrina: *"Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar, protegida por las diversas constituciones que rigen a todos los estados del planeta, tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y de los hijos, en particular si son menores de edad. (...) Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los hijos menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán dos padres o dos mamás, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la formación del niño puede producir esta insólita situación. El problema no se reduce, por cierto, a que el juez pueda, llegado el caso hipotético, determinar a quién corresponde la tenencia de los hijos menores o fije las reglas de las visitas y aquellas concernientes al mantenimiento de los mismos. No se trata de manipular objetos inanimados e insensibles. La situación, como es fácil percibir, es mucho más profunda y preocupante. Ello obliga a tener muy en cuenta este aspecto en lo que atañe a un posible cambio de sexo de una persona casada"* (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, pp. 235-236).

41. Además, la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros si, por ejemplo, en caso llegara a permitirse al transexual el matrimonio según el nuevo sexo, la otra parte no tuviera forma de conocer que se ha dado esa modificación, pues lo contrario, además de hacer cómplice al registro civil de un posible engaño, daría lugar a un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el *"error sobre la identidad física del otro contrayente"* (artículo 277, inciso 5, del Código Civil).

42. Finalmente, este Tribunal observa que el derecho a la identidad de P.E.M.M. se encuentra debidamente protegido con el cambio de prenombre de J.L. al prenombre femenino de P.E., que se ha efectuado tanto en su partida de nacimiento como en su DNI según refiere el recurrente. De esta forma, este Tribunal es del criterio, sostenido ya en la STC 2273-2005-PHC/TC (punto 2 resolutivo), que en tutela del derecho a la identidad puede admitirse el cambio de prenombre, pero mantenerse intangible un elemento de identidad como el sexo de la persona. Consecuentemente, al estar ya inscrito el cambio de prenombre de P.E.M.M. este Tribunal considera que no se ha acreditado la vulneración de su derecho a la identidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 23

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 18

EXP. N.° 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.

2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI

CALLE HAYEN

ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

OSCAR ZAPATA ALCÁZAR
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 29

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 19

EXP. N.° 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN
P. E. M. M. representada por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ETO CRUZ Y MESÍA RAMÍREZ

Con el debido respeto por nuestros colegas, disentimos profundamente de lo resuelto y consideramos necesario hacer diversas críticas a varios puntos de la fundamentación utilizada para desestimar la demanda, pues entendemos que varias afirmaciones hechas son abiertamente equivocadas. En el desarrollo de nuestra argumentación también daremos las razones que justifican declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el recurrente.

1. El recurrente, en representación de P.E.M.M., presenta demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y en su Partida de Nacimiento; pretensión que sustenta en su derecho a la identidad sexual. Refiere el demandante que su poderdante obtuvo mediante sentencia judicial con calidad de cosa juzgada (Exp. 104-2008, seguido en el Juzgado Civil de San Martín) el cambio de su prenombre masculino a prenombre femenino, fundado en su derecho a la identidad sexual. Este cambio logró ser inscrito en su Partido de Nacimiento y en su DNI, pero la RENIEC se rehusó a cambiar su sexo acorde con su nuevo nombre, lo que según el recurrente viola su derecho fundamental a la identidad. Agrega el demandante que su poderdante es un transexual que se identifica con el género femenino y que en virtud a ello ha adecuado su apariencia a este género mediante la cirugía de reasignación sexual. Afirma que el sexo no es un elemento estático, determinado solo por la dimensión biológica o cromosómica, sino que tiene también una dimensión dinámica, donde influyen los factores sociales y psicológicos al punto que en algunos casos como el de su poderdante estos aspectos psicológicos priman sobre los biológicos y definen su verdadera identidad sexual.

   El RENIEC ha contestado la demanda afirmando que el cambio de sexo no se encuentra recogido entre los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, de acuerdo al D.S. 15-98-PCM, por lo que esta entidad no puede proceder a efectuar dicho reconocimiento. Además sostiene que en la STC 2273-2005-PHC/TC (caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), el Tribunal Constitucional, si bien dispuso el cambio de prenombre de uno masculino a uno femenino, ordenó mantener intangibles los demás elementos de identificación (edad, sexo o lugar de nacimiento).

2. El proyecto en mayoría ha resuelto declarar infundada la demanda, basado en tres grupos de argumentos:

   i) Un primer argumento de tipo **autoritativo**, de acuerdo al cual el sexo que el Tribunal Constitucional ha reconocido es solo el sexo biológico, cromosómico o genético. En efecto, la posición mayoritaria cita el fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC, para respaldar esta posición, entrecomillando la frase *"al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico"* (fundamento 4). De esta expresión, la postura mayoritaria deduce que *"Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino..."* (fundamento 5). La sentencia en mayoría continúa su argumentación de tipo autoritativa sosteniendo que, según el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, *"el sexo (femenino o masculino) asignada a la persona desde su nacimiento es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter **objetivo**...(como lo es la "herencia genética": STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible"* (fundamento 6). De estas dos premisas, la sentencia en mayoría concluye afirmando que, como el sexo cromosómico (única dimensión del sexo reconocida) no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el sujeto. Esto que la sentencia llama "doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil", nuevamente pretende fundarse en una premisa de autoridad, cuando sostiene que dicha doctrina *"ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose "la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, **sexo** o lugar de nacimiento)" (punto resolutivo 2)"* (fundamento 7).

   En síntesis, de acuerdo a la posición mayoritaria, como la única dimensión del sexo admisible jurídicamente es el sexo biológico o cromosómico, y como éste no puede ser cambiado, el cambio de sexo en el registro civil no procede. Este argumento es de tipo autoritativo, pues no razona por qué el Derecho solo debe reconocer esta dimensión del sexo, sino que se respalda en una **autoridad jurídica** que previamente haya afirmado que la única dimensión admisible del sexo es el sexo biológico. Para la sentencia en mayoría dicha autoridad es el propio Tribunal Constitucional. Como veremos luego, esta afirmación es falsa.

ii) Un segundo argumento de tipo **científico**, de acuerdo al cual la identificación de una persona con el otro sexo al que indica su sexo biológico es una "patología psicológica" (fundamento 10). Esta aseveración se sustenta -en la sentencia en mayoría- en la autoridad científica de la Organización Mundial de la Salud, que ha clasificado la disociación entre el sexo psicológico y el sexo biológico como un trastorno de la personalidad denominado "transexualismo" [ICD-10, F64.0] (fundamento 13). En esta línea, la postura mayoritaria llega a afirmar categóricamente: *"El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el* ***error está en su mente****, no en su anatomía"* (fundamento 14). Es decir, según la mayoría, la identificación con el otro sexo no está determinada por ninguna condición física, sino que se trata de una pura alteración mental.

Y esta creencia errada de que se pertenece al otro sexo, no puede ser tenida en cuenta por el Derecho, dado que –según la sentencia en mayoría- dicha creencia no altera el hecho objetivo de que el sexo biológico no se puede cambiar, pues los tratamientos hormonales y las cirugías de reasignación de sexo solo darán lugar a cambios externos o aproximaciones físicas, mas nunca a un cambio en el aparato sexual interno o el componente cromosómico o genético, que es el elemento que finalmente determina el sexo del sujeto (fundamentos 17 y 18). Tampoco puede ser tomada en cuenta la subjetividad del sujeto en cuanto a su identidad de género, dado que –según la postura mayoritaria- no existe **consenso científico** respecto de si la disociación entre sexo biológico y sexo psicológico debe ser atendida por tratamientos hormonales o procedimientos quirúrgicos que traten de adecuar el cuerpo al sexo sentido por el sujeto. Así, según la sentencia en mayoría, *"Existen* ***posiciones científicas*** *para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello,* ***en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él****"* (fundamento 23). De acuerdo a la sentencia en mayoría, la inadecuación de los tratamientos para adecuar el cuerpo al sexo deseado por el sujeto queda comprobada por el hecho de la insatisfacción que aún experimenta el transexual luego de estos tratamientos, para lo cual se cita una noticia publicada en el Diario El Comercio del 1 de

octubre de 2013, donde se da cuenta del suicidio de un transexual por esta insatisfacción (fundamento 25). Por último, la postura mayoritaria entiende que la pretensión del recurrente se sustenta en un modelo de apreciación cultural, que intenta resaltar más allá del dato biológico, la construcción cultural que implica el género; modelo que sin embargo tiene un respaldo *minoritario* en los ordenamientos jurídicos frente a la mayoría de ordenamientos que brindan protección solo al sexo biológico. En todo caso –dice la mayoría- se trata de una discusión sobre la relación entre naturaleza y cultura, biología y derecho, que no está cerrada (fundamento 28).

La sentencia en mayoría concluye este apartado afirmando que el Tribunal Constitucional no puede asumir una postura afirmativa sobre la pretensión de la recurrente, dado que le está vedado decidir en un ámbito de incertidumbre científica (fundamento 29), donde al no saberse con certeza si lo adecuado para el transexual es la afirmación de su subjetividad a través de los tratamientos de adecuación corporal al sexo deseado, *"el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que –también según la ciencia- es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de la "naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico"* (fundamento 30).

Las consideraciones expuestas en esta sección son de tipo científico, en tanto la mayoría trata de desechar la pretensión del recurrente recurriendo a posturas científicas que contradecirían la premisa según la cual el sexo tiene un componente psicológico que define también, de un modo determinante, el género del sujeto. Según la mayoría, la ciencia ha establecido que este tipo de identificación con un género diferente al sexo biológico, no es más que un "error de la mente", una alteración psicológica que, por lo demás, puede curarse a través de tratamientos psicológicos-psiquiátricos postulados por determinadas "escuelas científicas". Estas afirmaciones, sin embargo, como veremos luego, no solo no se encuentran sustentadas en ninguna referencia científica, sino que son visiblemente erróneas, de acuerdo a los estudios científicos más recientes.

iii) Un tercer argumento de tipo **consecuencialista**, dirigido a resaltar las consecuencias problemáticas que traería el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. En este punto, la sentencia en mayoría parte sentando una posición de principio según la cual la Constitución exige a los poderes públicos actuar con responsabilidad en la toma de decisiones (fundamento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 43

32). Las consecuencias problemáticas de una decisión favorable se darían –según la mayoría- en tres ámbitos: 1) en la apertura indiscriminada que haría el Tribunal de la autorización del cambio de sexo, dado que no se encuentran precisados en el ordenamiento jurídico los *requisitos* para proceder a esta autorización (edad mínima, autoridad competente, si se requieren pericias o dictámenes médicos y el número de ellos, si es exigible la cirugía de reasignación sexual o no, el tiempo necesario viviendo según el sexo deseado, los efectos *ex nunc* o *ex tunc* del reconocimiento, etc.) (fundamentos 39 y 40); 2) en la admisión por vía jurisprudencial del *matrimonio homosexual* (dado que –de acuerdo al fundamento 34 de la sentencia de la mayoría- el transexual que desea casarse con una persona de sexo opuesto al sexo con el que aquel se identifica no deja de ser de su sexo biológico, por lo que en puridad estaría pretendiendo casarse con alguien de su mismo sexo), admisión que –afirma la mayoría- corresponde discutirse en sede parlamentaria (fundamento 36); y 3) en los *efectos dañosos para terceros* de dicho reconocimiento, en por lo menos dos casos: a) en el caso de que dicho reconocimiento se otorgue a una persona casada, con lo cual el "cambio de sexo" podría originar el rompimiento del vínculo matrimonial, y un daño moral grave a los hijos que de pronto pueden verse sorprendidos con que tienen dos padres o dos madres (fundamentos 39 y 40); y b) en el caso de que el reconocimiento efectuado suponga una defraudación a quien se case con un transexual desconociendo el sexo original de su consorte (fundamento 41).

3. En cuanto al **argumento de tipo autoritativo**, es evidente que la posición mayoritaria busca encontrar en la STC 2273-2005-PHC/TC una posición de respaldo para su afirmación de que el sexo biológico es la única dimensión del sexo protegible jurídicamente, pues no encuentra este respaldo en ninguna otra fuente normativa. Y aquí empiezan a desplegarse toda la serie de errores graves en que incurre esta sentencia. Y ello no solo en cuanto omite otras fuentes normativas relevantes (como las que podemos encontrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que sí han reconocido otros elementos en la conformación de la identidad sexual), sino en cuanto trastoca los argumentos recogidos en la STC 2273-2005-PHC/TC, afirmando cosas que dicha sentencia no dice y extrayendo conclusiones que no se desprenden de su lectura.

   Es cierto que en el ordenamiento jurídico peruano no existe ninguna fuente normativa expresa que reconozca otros elementos en la conformación de la identidad sexual distintos al elemento biológico, aunque tampoco hay una fuente normativa expresa que prohíba dicho reconocimiento. Lo único que existe es el artículo 2, inciso 1 de la Constitución que recoge el *derecho a la identidad*, pero

que por tener una redacción indeterminada, requiere una especificación vía legislativa o jurisprudencial. Sin embargo, sí existen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fuentes normativas que efectúan el reconocimiento de otros elementos distintos al biológico en la conformación de la identidad sexual. Estas fuentes normativas son relevantes jurídicamente, en tanto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 establece que "Las normas relativas a los derechos y 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". A esta interpretación de los derechos fundamentales conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional peruano ha añadido el reconocimiento de la relevancia normativa interna de las interpretaciones que sobre dichos tratados efectúan los órganos encargados de llevar a cabo dicha interpretación (por todas STC N.° 05854-2005-AA/TC, Caso Lizana Puelles, FF.JJ. 22 y 23). No obstante dicho reconocimiento de relevancia normativa interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de definir el ámbito protegido por un derecho fundamental, la sentencia en cuestión simplemente ignora estas fuentes normativas de origen supranacional.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se puede reconocer claramente que estas otras dimensiones de la identidad sexual son protegidas, cuando se hace alusión a la categoría jurídica de "identidad de género", la cual se utiliza para remarcar la diferencia existente entre sexo y género, a partir de la cual el DIDH ha reconocido que no solo cabe proteger a las personas contra la **discriminación por razón de sexo** (para lo que se ha constituido todo el corpus normativo relativo a la discriminación contra la mujer), sino también contra la **discriminación por razón de su "identidad de género"**, en clara alusión a las personas trans, para quienes el género no se conforma solo con el elemento biológico, sino también con elementos psicológicos, culturales y sociales. Así lo ha explicado convenientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe *"Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes"*, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), cuando ha afirmado que:

> "14. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término

> "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.
> 15. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", se **interpreta** que la categoría "sexo" comprende también la categoría **"género"**, con el fin de asegurar el **objeto útil de la protección jurídica integral**".

En el DIDH, hasta tres organismos de interpretación autorizada de tratados de derechos humanos suscritos por el Perú han recogido esta referencia a la categoría jurídica de "identidad de género", con el objeto de precisar la ampliación que produce la categoría "género" como objeto de protección en el ordenamiento jurídico:

- En primer lugar, el Comité de las Naciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ha interpretado en su Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010), que *"Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de* ***género****. El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término* ***"género"*** *se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la* ***discriminación por motivos de género*** *se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades*

fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional. De esto se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género" (párrafo 5). En síntesis, para el CEDAW, el "género" como categoría construida socialmente importa para el Derecho, en tanto las identidades, las funciones y los atributos con los que se construye la identidad femenina pueden ser fuente de discriminación cuando suponen una restricción de los derechos y libertades de las mujeres.

- Luego, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009), ha interpretado que el término "otra condición" presente en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como motivo prohibido de discriminación, incluye "la identidad de género". Expresamente establece el Comité: "La **identidad de género** también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo" (párrafo 32).

- Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91, ha dejado establecido que la **"identidad de género"** es una categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por tanto, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona o en la identidad de género.

Aunque no tienen el carácter jurídico *vinculante* que tienen las interpretaciones realizadas por los órganos autorizados de interpretación arriba citados, existen otros organismos de Derecho Internacional que han recogido la categoría "identidad de género", dando cuenta de la protección más amplia que supone considerar otros elementos distintos del biológico en la definición de la identidad:

- Así, a nivel del sistema de protección universal de derechos humanos que reside en la ONU, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos mediante su Informe "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e

identidad de género" (A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011) ha expresado su preocupación por cómo la falta de reconocimiento legal de la real identidad de género de las personas impacta en el ejercicio de otros derechos, encontrando numerosas dificultades prácticas como pueden ser el acceso al empleo, la vivienda, crédito o prestaciones sociales del Estado o cuando viajan al extranjero, entre otras; llegando, en sus recomendaciones a los Estados miembros, a exhortar que: ***"h) Faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos"***.

- A nivel del sistema regional americano de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe *"Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes"*, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha recogido –como ya vimos- la distinción entre sexo y género, y ha considerado que la categoría "identidad de género" incluye a las personas trans y que la misma puede definirse, usando los Principios de Yogyakarta, como *"la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales"*. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que, aún cuando la "identidad de género" es una categoría *dinámica* que depende de la asunción subjetiva del individuo en su relación con la sociedad, esta identidad llega a formar parte de las *características esenciales* de la persona, en el sentido de que una persona no puede separarse de dicho atributo a riesgo de poner en entredicho su propia identidad; lo que se traduce –según la Comisión-, en el ámbito jurídico, en dos exigencias: *"Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada orientación sexual,* ***identidad de género*** *y expresión de género. No obstante, estas categorías y esta posible fluctuación y movilidad de una o todas estas categorías inherentes a la persona* ***no supone que puedan ser modificadas por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse***

una vulneración de su dignidad" (párrafo 8).

- En la misma línea, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos a través de las resoluciones 2435 (XXXVIII-O/08), 2504 (XXXIX-O/09), 2600 (XL-O/10), 2653 (XLI-O/11), 2721 (XLII-O/12) y 2807 (XLIII-O/13), todas denominadas "Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género", ha condenado "todas las formas de discriminación contra personas por motivos de su orientación sexual e **identidad** o expresión **de género**", alentando a los Estados miembros a que "consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género", entre otras medidas de protección a favor de las lesbianas, los gays, las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI).

- Finalmente, aunque no es un sujeto de Derecho Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, ha formulado los "Principios de Yogyakarta" o "Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género" (2007), que se citan frecuentemente en los documentos de Derecho Internacional que abordan la temática de los derechos de las personas LGBTI. En este documento de carácter orientador, se recogió como Principio N° 3 el Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o **identidad de género** que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad".

Las posturas asumidas por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la OEA y la Comisión Internacional de Juristas si bien no resultan vinculantes, no pueden dejar de ser tomados en cuenta. Y ello no solo porque, como ya ha sostenido este Tribunal, el *soft law* resulta una guía con efectos jurídicos en la interpretación, en tanto recoge y plasma las metas y objetivos que se impone la comunidad internacional (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 8), sino porque, en este caso, las posturas glosadas (salvo la de la OEA) especifican de un modo más concreto lo que implica el reconocimiento del derecho a la identidad de género, a saber: el derecho a que el ordenamiento jurídico reconozca la autodefinición que las

personas trans hacen de su género, o mejor dicho, la admisión del cambio de sexo registral.

Estas posturas, sin embargo, así como las interpretaciones vinculantes del CEDAW, del Comité de DESC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, si bien no reconocen expresamente el derecho al cambio de sexo registral, recogen el presupuesto para su admisión, esto es, el reconocimiento de del derecho a la "identidad de género", como una identidad conformada por elementos distintos al biológico (psicológicos, sociales y culturales), no han sido consideradas en la sentencia en mayoría, la que más bien ha adoptado una tesis contraria a esta doctrina convencional: la de que el Derecho solo puede admitir el sexo biológico como elemento configurador de la identidad sexual de una persona. En conclusión, bien puede decirse que la sentencia en mayoría no solo contiene una fundamentación claramente *inconvencional*, sino que ella misma resulta contraria a las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de protección de derechos humanos al desconocer el "derecho identidad de género" como derecho conformante del ordenamiento jurídico peruano.

Por si esto fuera poco, la única premisa autoritativa en la que se basa la sentencia en mayoría es abiertamente errónea. Dicha premisa es la que afirma que el Tribunal Constitucional peruano en la STC 2273-2005-PHC/TC reconoció que el único elemento a considerar en la definición de la identidad sexual es el sexo biológico, lo que le llevó a formular la doctrina de la indisponibilidad del sexo por el sujeto. Esta afirmación es simplemente falsa, pues el Tribunal Constitucional en la referida sentencia ni dijo que el sexo biológico era la única dimensión de la identidad sexual relevante, ni formuló ninguna doctrina de la indisponibilidad del sexo.

En efecto, cuando el Tribunal Constitucional dice en la STC 2273-2005-PHC/TC que *"Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico"* (FJ. 15), no lo hace para afirmar –como concluye la sentencia en mayoría- que el único elemento a considerar en la identidad sexual es el elemento biológico, sino sólo para recodar que los otros elementos que conforman la identidad sexual solo ingresarán a tallar con el desarrollo del niño(a). Por esta razón es que el TC completa la frase arriba citada, diciendo que, *"ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse"* (FJ. 15). Por otro lado, en el mismo fundamento 15 citado, el Tribunal llega a afirmar que: *"El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, **sicológico**, registral y **social**, los mismos que **interactúan** en el sujeto*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 30

de tal forma que lo configuran". La cita jurisprudencial en la que se sustenta la mayoría ni siquiera ha sido citada pues de modo completo a efecto de comprender bien la aseveración hecha por el Tribunal. Lo más cuestionable, sin embargo, no es que se extraiga una conclusión a partir de una lectura tendenciosa y parcial de una frase contenida en un fundamento de la STC 2273-2005-PHC/TC, sino que se afirme que el Tribunal ha dicho algo que en realidad nunca dijo. Como ya vimos *ut supra*, la sentencia en mayoría sostiene su argumento de autoridad, en el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, donde el Tribunal habría afirmado que el sexo es un rasgo de carácter **objetivo** (fundamento 5 de la sentencia en mayoría). Sin embargo, el Tribunal nunca llega a realizar tal aseveración, pues cuando clasifica los elementos que configuran la identidad en elementos objetivos y elementos subjetivos, nunca menciona que el sexo tenga que incluirse entre los primeros. Ésta es la cita literal del fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC:

> "Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)".

Lo curioso del caso es que el Tribunal no solo no llega a hacer la afirmación categórica que se recoge en el fundamento 6 de la sentencia en mayoría, sino que de los fundamentos de la STC 2273-2005-PHC/TC donde se desarrolla el derecho a la identidad, parece desprenderse una lectura más bien *habilitante* de la interpretación según la cual otros elementos distintos al sexo biológico pueden determinar la identidad sexual del individuo. Veamos qué es lo que dijo en realidad el Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC (FF.JJ. 22 y 23):

> "La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso **algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva**, sino que eventualmente **pueden ceder paso a estos últimos** o simplemente **transformarse** como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.
> Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha

de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas".

Finalmente, como ya adelantamos, en el propio fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC –mal utilizado por la mayoría-, el Tribunal llega a reconocer que *"El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico,* ***sicológico****, registral y* ***social****, los mismos que* ***interactúan*** *en el sujeto de tal forma que lo configuran"*.

¿Cómo es entonces que con base en la STC 2273-2005-PHC/TC se afirma que *"Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético"*?

Por otro lado, el Tribunal nunca formuló una "doctrina de la indisponibilidad del sexo" como afirma la sentencia en mayoría en su fundamento 7, ni ésta se deriva de lo resuelto por el TC en el punto resolutivo 2 de la STC 2273-2005-PHC/TC. Si bien allí se dispuso *"la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.° 35, supra –mandato judicial–"*, ello no fue en razón a que el Tribunal entendiese que dichos otros elementos no podían ser cambiados, sino porque la razón que llevó a ordenar el cambio de prenombre del recurrente de masculino a femenino era la preexistencia de una sentencia con calidad de cosa juzgada, la que había dispuesto dicho cambio de prenombre pero que no había ordenado el cambio de otro elemento identitario (léase sexo). Con base en el respeto de una sentencia con calidad de *cosa juzgada* el Tribunal ordena al RENIEC el cambio de prenombre de masculino y femenino, pero con base en ese mismo respeto dispone que permanezcan los otros elementos identitarios que dicha sentencia no había cambiado. Es preciso destacar además que la *pretensión* de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas no fue que se cambie su sexo en el DNI, sino que se le entregue un duplicado de su DNI, el que no se le entregaba en razón a que el RENIEC se resistía a cumplir la sentencia del Poder Judicial con calidad de cosa juzgada que disponía su cambio de prenombre de masculino a femenino. La demanda fue interpuesta pues en respeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la autoridad de cosa juzgada de una sentencia firme, por lo que la STC 2273-2005-PHC/TC no podía excederse de los términos de dicha sentencia judicial. La no incursión en un supuesto de pronunciamiento *extra petita* y el respeto por la cosa juzgada llevaron al Tribunal

a disponer que no se cambie el sexo en el DNI de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero en ningún caso la consideración de que dicho cambio no era posible o estaba prohibido, como afirma con suma ligereza la sentencia en mayoría.

En conclusión, el argumento de autoridad utilizado por la mayoría para fundamentar la desestimación de la demanda de cambio de sexo registral no tiene, pues, ningún asidero, y revela más bien un empleo parcializado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

4. En cuanto al **argumento científico**, éste ha sido construido obviamente para desacreditar como "anormal" la pretensión de reconocimiento legal de la subjetividad de una persona trans que manifiesta una identidad cruzada. La sentencia en mayoría, pues, más que centrarse en un examen jurídico del alcance de la autonomía moral y el derecho a la identidad en el caso de autos, centra su atención en sostener que la ciencia considera como patológica la identidad cruzada de un transexual. Y es que si el deseo de un transexual de ser reconocido como una persona del otro género es producto de una alteración mental, obviamente dicho deseo no podrá ser asumido como una manifestación de la libertad del sujeto para autodefinir su identidad: y el Derecho no podrá reconocer una libertad que no es tal. Sucede, sin embargo, que la construcción argumentativa de esta supuesta afirmación científica es abiertamente incorrecta, y ello no solo porque la lectura que se hace de las fuentes científicas citadas para afirmar la anormalidad del transexualismo es parcial, en un caso; dichas fuentes ni siquiera aparecen en otro; y se han obviado muchas fuentes científicas que refutan la idea de la anormalidad de la persona trans.

   En primer lugar, en lo relativo a la afirmación de que el transexualismo es un "error de la mente" o una patología psicológica, dado que la Organización Mundial de la Salud así lo ha considerado al incluirlo en el CIE-10 o *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Trastornos mentales y del comportamiento*, lo que la sentencia en mayoría no menciona es que esta inclusión, así como la que efectúa el DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Americana de Psiquiatría, se encuentra fuertemente discutida, no solo por movimientos y activistas por los derechos de las personas trans (vid. la página web de la STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization http://www.stp2012.info/old/es), sino por la propia comunidad científica que entiende que la persona transexual no tiene ningún rasgo patológico, sino solo una expresión diferente de su identidad sexual que si bien se aleja de los cánones

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 33

tradicionales de la "normalidad" sexual (que determina la identidad sexual en base al sexo biológico), no por ello puede considerarse patológica (puede verse al respecto, entre otros, el libro de Silvia Di Segni *Sexualidades. Tensiones entre la psiquiatría y los colectivos militantes*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, pp. 242 y ss).

Lo que tampoco menciona la postura mayoritaria es que el propio DSM-IV-TR, donde se contiene el trastorno de la identidad de género, exige unas ciertas condiciones para considerar como patológico al transexualismo. En efecto, el DSM-IV-TR no solo afirma que para realizar el "diagnóstico diferencial" del trastorno de la identidad de género el profesional encargado debe verificar la ausencia de cualquier patología que suponga una alteración del sentido de la realidad, sino que requiere como condición para el diagnóstico de este trastorno "pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo", con lo que el trastorno de identidad de género, en puridad, solo se puede diagnosticar cuando la condición por la cual una persona se siente del sexo opuesto a su sexo biológico, genera en ella un "malestar clínicamente significativo": *contrario senso*, si la persona trans acepta esta condición y no tiene afectado ningún ámbito de su desenvolvimiento social, su identidad cruzada no podrá ser catalogada de "trastorno" (*Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Masson, Barcelona, 2005, p. 645). La presencia de estos elementos en el diagnóstico diferencial del transexualismo recuerda, significativamente, el primer paso seguido por la Academia Americana de Psiquiatría para excluir la homosexualidad del DSM, cuando dijo que sólo la *homosexualidad egodistónica* era un trastorno, esto es, la ansiedad o malestar generado por la condición homosexual y no la homosexualidad en sí misma. Hoy no existe ni la homosexualidad en sí misma ni la homosexualidad egodistónica en el DSM.

La premisa asumida por la sentencia en mayoría según la cual la subjetividad de la persona trans es "anormal", "patológica", deja además de tener el asidero científico que afirma, cuando comprobamos no solo que la comunidad científica cuestiona fuertemente la inclusión en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR del "trastorno de identidad de género"; algunos de sus organismos más autorizados como la Academia Americana de Psiquiatría permiten una lectura no patológica de la identidad cruzada (cuando no hay "malestar clínicamente relevante"), sino cuando comprobamos que, en realidad, no existe un tratamiento orientado a "curar" la alteración psicológica que supondría el transexualismo. La afirmación hecha en la sentencia en mayoría en el sentido de que existen escuelas científicas que abogan *"por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el*

transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él" no solo no se encuentra sustentada en ninguna fuente científica, sino que resulta ser una de las más cuestionables de la sentencia.

En efecto, la sentencia en mayoría, inconcebiblemente, no solo no cumple con explicitar cuáles son las supuestas escuelas científicas que afirman este "tratamiento psicológico-psiquiátrico" de adaptación mental del transexual, sino que enuncia una supuesta posición científica que no tiene ningún asidero en la ciencia. Si revisamos someramente la literatura científica al respecto, veremos que el tratamiento indicado para afrontar el trastorno de la identidad de género en ningún caso supone un ejercicio de transformación de la mente del transexual que le permita adecuar su psiquis a su cuerpo. En sentido contrario, el tratamiento psicológico-psiquiátrico para este "trastorno" está indicado básicamente con el objeto de procurar la aceptación por parte de la persona trans de su condición, así como con el objetivo de permitir el adecuado desenvolvimiento social de estas personas. Como afirma la Guía Clínica para el Diagnóstico y Tratamiento de los Trastornos de Identidad de Género de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (disponible en http://shbtrans.wordpress.com/guia-clinica/):

> "La psicoterapia no es un requisito absolutamente necesario para el proceso terapéutico, y dependerá de las necesidades individuales, estableciéndose objetivos y duración. Se debe tratar al paciente de una forma global, prestando interés a todos los aspectos, no sólo al problema de identidad de género. La psicoterapia **no intenta curar** el TIG sino ayudar a la persona a sentirse mejor con su identidad y a enfrentar otros problemas distintos, aclarando y aliviando conflictos" (resaltado nuestro).

De acuerdo a esta Guía Clínica, el tratamiento comprende, además del acompañamiento psicológico, intervenciones endocrinológicas u hormonales, el ejercicio de la llamada "Experiencia de la Vida Real", donde la persona trans empieza a desenvolverse socialmente de acuerdo al género con el que se identifica, y finalmente las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual, donde trata de adaptarse el cuerpo al género sentido por la persona trans. Como enfatiza esta Guía Clínica:

> "En el transexualismo, a falta de conocimientos claros sobre su etiología, el **único tratamiento posible es rehabilitador**, esto es, la reasignación de sexo, adecuando de la manera más completa y rápida posible el fenotipo al sexo que el sujeto se siente pertenecer mediante intervenciones psicológica, hormonal y quirúrgica" (resaltado nuestro).

La referencia pues a escuelas científicas que abogan por un tratamiento

psiquiátrico "curativo" no solo no se encuentra sustentada, sino que es contraria a la forma cómo las guías clínicas certificadas manejan el trastorno de la identidad de género. La pretensión de "curar" la mente del transexual, por lo demás, hace recordar episodios oscuros de la ciencia psiquiátrica que, en su intento de preservar la "normalidad sexual", sometió a homosexuales y lesbianas a procedimientos médicos altamente cuestionables como la lobotomía, la terapia de aversión, los electroshocks, entre otros. Actualmente las "terapias de reorientación sexual" (que pretenden adaptar la mente de un homosexual a la de un heterosexual) se encuentran ampliamente rechazadas por la comunidad científica en general, al punto que la misma Asociación Americana de Psicología aprobó el 5 de agosto de 2009 una resolución por cual invocó a todos los profesionales de la salud mental a no utilizar ni recomendar este tipo de terapias a sus pacientes, dado que no solo se encontraba demostrada su ineficacia, sino por los efectos perjudiciales de dicho tratamiento sobre la salud mental de las personas homosexuales (Vid. esta Resolución en *Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, USA, 2009, disponible en http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf).

Las terapias reparativas que permiten adaptar la identidad o el deseo sexual al sexo biológico, de las que se habla en la sentencia, no tienen pues ningún asidero científico y se encuentran más bien rechazadas por la comunidad científica por sus implicancias negativas también en el plano ético. En realidad, este tipo de terapias más que sustentadas en escuelas verdaderamente científicas, como se sabe, se encuentran respaldadas e indicadas por determinadas religiones para las cuales la voluntad del sujeto puede quebrar la orientación sexual "antinatural" que éste experimenta (Puede verse al respecto Blanco, Pablo: "La conducta homosexual. Una aproximación cristiana a la cuestión", disponible en http://www.iglesia.net/pdf/laconductahomosexual.pdf).

En síntesis, más allá que actualmente el transexualismo se encuentre incluido como un "trastorno" en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR, la propia ciencia médica nos indica que la persona trans es una persona normal, que no tiene alteración alguna del sentido de la realidad, que solo debe ser tratada psiquiátrica o psicológicamente si muestra malestar o deterioro en sus relaciones sociales producto de su condición, y que el tratamiento que debe recibir es, en todo caso, solo de aceptación y acompañamiento de su condición, más nunca un tratamiento "curativo", que pretenda repararlo del "error que tiene en la mente", como afirma la sentencia en mayoría. El respaldo que la mayoría quiere encontrar en la ciencia para desacreditar la pretensión de la recurrente no es pues tal. Contrariamente, la ciencia nos indica que la persona trans es psíquicamente normal y, por tanto, en

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 36

ejercicio de su autonomía moral debe poder escoger la mejor forma de afrontar su condición. A lo que este Tribunal se enfrentaba en realidad era a determinar si el derecho a la identidad de la recurrente podía incorporar esta subjetividad normal como factor determinante para definir su identidad de género.

En este punto, la sentencia en mayoría solo hace una breve referencia al debate respecto a la distinción entre sexo y género, distinción donde –según la mayoría- pretende fundarse el reconocimiento de otra dimensión conformante de la identidad sexual distinta a la dimensión biológica (dimensión psicológica). Esta distinción, sin embargo, -afirma la mayoría- es materia de disputa, y se encuentra minoritariamente reconocida en los ordenamientos jurídicos.

Esta aseveración, una vez más, pretende desconocer una realidad abiertamente distinta. Y ésta no solo es la doctrina acogida en el ámbito internacional, que reconoce la categoría jurídica de *identidad de género*, fundada justamente en la distinción entre sexo y género, sino también la aceptación que muchos ordenamientos jurídicos han efectuado del cambio de sexo registral, sea a través de sus legislaciones, sea a través de la jurisprudencia.

La problemática planteada en el caso de autos no es pues nueva ni mucho menos privativa de nuestro país. En diferentes contextos y realidades las personas trans han requerido el reconocimiento legal de su identidad sexual, tal y conforme ésta era subjetivamente experimentada por ellos. Este movimiento por el reconocimiento del derecho a la identidad de género y otros derechos derivados de dicho reconocimiento llevó a muchos Estados a pronunciarse con relación a la posibilidad de efectuar un cambio de sexo en los respectivos documentos de identidad, lo que se concretizó tanto en la emisión de leyes específicas regulando el derecho a la identidad de género y el cambio de sexo, como en una serie de pronunciamientos jurisdiccionales que habilitaron la posibilidad de un cambio de sexo, fundados en una determinada comprensión del derecho a la identidad sexual.

El desarrollo legal y jurisprudencial no debe quedar ajeno a la mirada de un Tribunal Constitucional y, ello, no en razón a que las decisiones adoptadas en otras jurisdicciones deban ser acogidas por nuestro país en mérito de algún principio de jerarquía o en razón de algún prurito académico comparatista, sino porque, como ha sostenido acertadamente Gustavo Zagrebelsky, el examen de fuentes extranjeras legales y jurisprudenciales supone el reconocimiento modesto de otras perspectivas y puntos de vista de quiénes han avanzado de un modo más amplio y profundo que nosotros en temas de común entronque como son los

derechos humanos. Como gráficamente lo ha señalado Zagreblesky, se trata de recurrir a "un amigo con gran experiencia" para hacernos pensar mejor, para desvelar energías potenciales latentes y para extender y enriquecer las argumentaciones respecto a la controversia constitucional que concretamente se le plantea al juez constitucional nacional. La imagen de la comparación jurídica como un espejo dónde podemos observarnos y comprendernos mejor es la que resume esta idea del beneficio que reporta la recepción de fuentes extranjeras por parte de los tribunales constitucionales (Cfr. Zagrebelsky, Gustavo (2008) "El juez constitucional en el siglo XXI". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, Año 2008, pp. 249-267).

En esta línea, en lo que sigue se recogen una serie de precedentes jurisdiccionales de diversos tribunales extranjeros, así como legislaciones que han desarrollado el tema de la identidad de género y del cambio de sexo registral, y que han adelantado una comprensión particular de cómo debe entenderse la identidad sexual como sustrato para la admisión del cambio de sexo en el ordenamiento jurídico.

a) En el caso "B contra Francia" del 24 de enero de 1992, el ***Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),*** conoció la petición de una persona que se había realizado una cirugía de reasignación de sexo y que las autoridades francesas le habían denegado la rectificación registral de su nombre y sexo. En esta causa, el Tribunal estimó que con la negación de rectificación se había violado el derecho al respeto a la vida privada y familiar del solicitante.

b) Pero en el caso "Christine Goodwin contra Reino Unido" del 11 de julio de 2002, el mismo TEDH fue más contundente en su decisión y, por ende, más fiel a su labor protectora de los derechos. Se trataba de una persona que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo y cuyo desenvolvimiento guardaba identidad con el género femenino, y que había sido objeto de acoso laboral y se encontraba inmersa en un conflicto vinculado a las contribuciones al sistema de seguridad social. De acuerdo a la normatividad legal vigente en el país de la peticionante, los hombres realizan aportes al sistema de seguridad social hasta los 65 años, en tanto que las mujeres sólo hasta los 60 años, sin embargo, como en su documento de identidad se encontraba consignado el sexo masculino, se vio en la imperiosa necesidad de explicar esta verdad personal y revelarle a su empleador de que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo, a fin de realizar los aportes acordes a su nuevo género.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 38

A juicio del TEDH, con el no reconocimiento del cambio de género de la peticionante se suscitaba un conflicto entre su situación legal y su realidad social y, por tanto, los derechos al respeto a la vida privada y familiar y a contraer matrimonio, protegidos en los artículos 8° y 12°, respectivamente, de la Convención Europea de Derechos Humanos, resultaban violados. Pero también precisó el Tribunal, que el reconocimiento jurídico de la nueva identidad no afectaba la función registral, el derecho de familia y de sucesiones, las relaciones laborales, la seguridad social y la justicia penal.

c) A través de la Sentencia del 2 de julio de 1987 la Sala Primera del **Tribunal Supremo de España** admitió el recurso de casación presentado por "A. C. G." en el marco del proceso declarativo sobre rectificación de sexo, considerando que la falta de reconocimiento de la nueva identidad de la persona solicitante violaba el artículo 14° (derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación) de la Constitución española por cuanto suponía una discriminación por razón de sexo.

d) Por su parte, la **Suprema Corte de Justicia de Argentina** en el fallo "C. H. C." del 21 de marzo de 2007, dispuso a favor de la solicitante, que ya había sido intervenida quirúrgicamente para lograr la reasignación de sexo, que se cambie su sexo registral así como su nombre, y se le expida un nuevo documento de identidad, por considerar que la discusión en torno a su identidad sexual afectaba su dignidad, libertad y desarrollo de la personalidad, pero también, porque en tanto ocurriera una discordancia entre la inscripción registral que la designaba con un género y su identidad que reflejaba otro, no podía ejercer completamente todos sus derechos reconocidos constitucionalmente.

e) Y dos años después la **Suprema Corte de Justicia de México,** a través de la Ejecutoria num. P. LXVIII/2009, estimó la demanda de amparo presentada en contra de la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que dispuso la rectificación de nombre y sexo en el documento de identidad del peticionante manteniendo la anotación de su sexo original. Al respecto, el alto Tribunal señaló que si el acta de nacimiento de una persona transexual mantiene los datos consignados originalmente y únicamente se realiza una nota marginal de la sentencia judicial que dispone la rectificación, este hecho viola los derechos de la persona involucrada; por lo que dispuso, la reserva del acta primigenia.

f) Finalmente, la **Corte Constitucional de Colombia,** reiterando su ya sentada jurisprudencia, observa en la "Sentencia de Tutela N° 918/12", fundamento 7.3, que "tratándose de una persona trans, quien a través de tratamientos psicológicos, hormonales y quirúrgicos ha logrado la reasignación del sexo que vive como propio, no sería suficiente alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su identidad y, por ende, un estado de bienestar integral, si no pudiera también adecuar su sexo legal a aquel con el que se identifica y no al biológico con el que se hizo el registro inicial".

Por otro lado, la pretensión de cambio de sexo registral ha sido adoptada por legislaciones de diversos países, como veremos a continuación:

a) ***Estados Unidos,*** empezó a legislar sobre el cambio de sexo a partir de la década de los 60's. En el estado de Illinois, desde 1961, los registradores pueden efectuar la rectificación de sexo luego de que la persona interesada haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación; y, en símil sentido sucede en Arizona desde el año 1967. Por su parte, los estados de Louisiana y California a partir de 1968 y 1977, respectivamente, han promulgado leyes que validan el cambio de sexo siempre y cuando se haya acudido previamente a la vía judicial para que ésta lo autorice en base a una operación quirúrgica. En tanto que en el estado de Nueva York se realiza la rectificación de sexo de acuerdo a lo que establece una particular reglamentación que data de 1971.

b) ***Suecia,*** con la dación de la Ley del 21 de abril de 1972 buscó reglamentar el estado civil de las personas transexuales. Con esta ley advirtió, pues, que el cambio jurídico de sexo era viable siempre y cuando la persona sintiera desde la juventud su pertenencia a otro género; haya vivido ejerciendo el rol del otro género durante un tiempo; sea mayor de 18 años y tenga la nacionalidad sueca; no haya contraído matrimonio; y, sea infértil debido a causas naturales o como consecuencia de una intervención quirúrgica.

c) ***Alemania,*** siguiendo el ejemplo sueco decidió promulgar la Ley del 10 de setiembre de 1980, no obstante estableció mayores condiciones para autorizar el cambio del sexo registral. Así, exigió que la persona tenga 25 años y ostente la nacionalidad alemana; haya vivido durante 3 años de acuerdo al género con el cual guarda identificación; no haya contraído matrimonio; se encuentre imposibilitada físicamente para procrear; y, se haya sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Se debe advertir que el Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que el requisito etáreo y de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 40

nacionalidad son violatorios de los derechos a la igualdad, dignidad humana y libertad individual consagrados en la Constitución.

d) ***Italia,*** a través de la Ley 164 del 14 de abril de 1982, constituyó la posibilidad de rectificación del sexo en los registros siempre que la persona interesada, consecuencia de una orden judicial, haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo.

e) ***Holanda,*** con la Ley del 24 de abril de 1985 ordenó modificar el artículo 29° de su Código Civil con el propósito de autorizar la rectificación del registro civil de aquella persona que estuviera convencida de su pertenencia al género distinto. En esa línea, precisó que el solicitante debe probar ante los tribunales, desde una perspectiva psicológica o médica, que ha desarrollado una vida bajo el género deseado, y que físicamente está imposibilitado de procrear.

f) ***Inglaterra,*** aprobó en el año 2004 la Ley de reconocimiento de género. Esta norma precisa que una junta integrada por expertos en leyes y medicina será la que decida, atendiendo la identidad sexual de la persona, la modificación del género, por lo que no constituye requisito la reasignación quirúrgica del sexo. Así, pues, estableció como requisitos que la persona sea mayor de 18 años; que padezca o haya padecido de disforia de género; que haya vivido por lo menos 2 años con el género que se identifica; y, que busque vivir de acuerdo al nuevo género el resto de su vida. Y, en esa línea, prohibió a funcionarios públicos, empleadores y cualquier otra persona que haya tenido tratos comerciales con el peticionante, que difundan información relacionada con su anterior identidad.

g) ***España,*** a través de la promulgación de la Ley 3 de 2007 estableció la "Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas". En esta norma se señala como requisitos que el peticionante tenga nacionalidad española, sea mayor de edad y, por tanto, tenga capacidad suficiente; asimismo, que haya sido diagnosticado con disforia de género y haya recibido tratamiento por un período no menor a dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo solicitado. Y con el ánimo de proteger su derecho a la intimidad, también autoriza al peticionante para reclamar el traslado total del folio registral, con lo que se cancelaría el anterior asiento y se elaboraría uno nuevo.

h) ***México,*** a través de una modificación a su Código Civil que data del año 2009, en particular la incorporación del artículo 135°Bis, precisó que es posible que las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género soliciten "el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo–genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia".

i) ***Uruguay,*** en octubre de 2009 publicó la Ley 18.620, denominada "Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios". Esta norma exige que las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros, reflejen la consonancia entre identidad, nombre y sexo que ostenta cada persona. Así señala que para solicitar la adecuación de la mención registral de nombre, sexo, o ambos, basta acreditar i) que el nombre, el sexo, o ambos, consignados en el acta de nacimiento son discordantes con la propia identidad de género de la persona; y, ii) la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años. Precisando también que para la concesión de la adecuación registral del nombre, el sexo o ambos no se exigirá la cirugía de reasignación sexual.

j) ***Argentina,*** en el año 2012 aprobó la Ley 26.743 sobre identidad de género. Con esta ley se habilita la posibilidad de rectificar los datos registrales de todas aquellas personas que sean mayores de edad o que actúen a través de sus representantes legales en caso de no serlo. Asimismo, la norma no establece como requisito la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, ni la acreditación de terapias hormonales, ni de algún tratamiento psicológico o médico.

De la apreciación de los precedentes jurisdiccionales citados y de las leyes que han desarrollado la posibilidad del cambio de sexo registral, aunque existen variaciones en cuanto a los requisitos para la procedencia de éste, se desprende que existen ciertos elementos comunes que parecen conformar un *continuum* en el diálogo jurisdiccional y legal iniciado alrededor de este tema: i) en primer lugar, el entendimiento de la identidad de género como un concepto que no solo comprende el aspecto morfológico o biológico del sexo, sino que acoge elementos sociales y culturales en la comprensión del género al que se pertenece; ii) luego, el valor dado a la subjetividad del sujeto en la identificación del género al que pertenece; y, iii) la preponderancia otorgada a la libertad de autodefinirse como perteneciente a determinado género, y, como consecuencia de ello, el

reconocimiento legal de dicha autodefinición a través del cambio en el documento de identidad.

Esta realidad de desarrollo legal y jurisprudencial del cambio de sexo registral a nivel comparado se encuentra pues increíblemente obviada también por la sentencia en mayoría.

5. Finalmente, en cuanto al **argumento de tipo consecuencialista**, éste resulta en realidad inadecuado desde el punto de vista de la tutela que pretende brindar primariamente el amparo, esto es, una tutela de tipo subjetiva y concreta. Y es que la recurrente no ha venido en amparo para pretender solución a todas las cuestiones que se derivarían de la aceptación del cambio de sexo registral. En efecto, resulta inadecuado pronunciarse sobre si cabría el matrimonio de la recurrente con una persona de un sexo registral distinto (aunque cromosómicamente igual), sobre si este matrimonio puede constituir un fraude a un tercero, sobre si cabe el cambio de sexo registral de una persona casada y con hijos, etc.

Tampoco se ha solicitado que el Tribunal establezca los requisitos que deberían cumplirse para que proceda el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. Aunque es deseable que estos requisitos existan con claridad para que en el futuro los casos similares se resuelvan con predictibilidad, estos requisitos también corresponden ser fijados, en principio, por el legislador y supletoriamente por los jueces, de acuerdo a cómo se vayan presentando los casos particulares. Para el caso de autos, como veremos luego, lo que importa es que se encuentre suficientemente acreditado que la recurrente está firmemente identificada con el sexo que pretende adoptar.

En la jurisdicción constitucional si bien se crea Derecho, esta creación depende del caso concreto. La creación jurisprudencial del Derecho es, en puridad, la respuesta de un órgano judicial a un vacío normativo que requiere ser llenado para responder a la controversia planteada por el demandante. No puede, por tanto, discutirse la forma cómo se deben llenar otros vacíos normativos que no sean conducentes para dar respuesta al caso concreto, sin que con ello no se afecten las competencias del legislador encargado de regular de modo general y detallado una determinada materia.

En resumen, el argumento de tipo consecuencialista es erróneo, pues no puede denegarse justicia constitucional con base en la idea de que la estimación de la demanda traería una serie de cuestiones controvertidas a las que el Derecho aún no ha dado respuesta. Bueno, dichas cuestiones deben ser respondidas por el

legislador o, eventualmente, por los jueces, pero ello no implica que no pueda brindarse respuesta a la concreta cuestión controvertida que ha planteado la recurrente. No hacerlo supondría, más bien, infringir el principio de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, contenido en el artículo 139.8 de la Constitución.

6. Hasta aquí hemos procedido a rebatir todos los argumentos en base a los cuales la sentencia en mayoría ha procedido a desestimar la demanda. Cabe, sin embargo, ahora la pregunta de ¿cuál era la forma correcta de plantear y resolver la demanda de autos? Como ya adelantamos, el caso de autos debía resolverse en una reflexión jurídica, apoyada por la ciencia médica, relacionada a la forma cómo la subjetividad del sujeto condicionada culturalmente podía constituirse en un elemento clave para la construcción de la identidad de género. En suma, si dicha subjetividad (o autonomía) de la persona trans podía configurar el alcance del derecho fundamental a la identidad de género en el caso de autos. Esta es nuestra respuesta a dicha interrogante.

El derecho fundamental a la identidad

7. A pesar de que todos los seres humanos son iguales, la diversidad es un rasgo que caracteriza a ese conglomerado llamado humanidad ello, por cuanto, la libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una identidad propia que la conlleve a concretizar su proyecto individual de vida, convirtiéndola, por tanto, en diferente a las demás personas.

8. Cada ser humano en tanto persona libre diseña su propio proyecto de vida y busca realizarlo en la mayor medida posible. Ese proyecto de vida guarda un sello único, irrepetible e intransferible por lo que el llevarlo a cabo delinea la personalidad del ser, cómo es que la persona aparece en el mundo exterior con sus características sociológicas, culturales, psicológicas y espirituales que guardan relación con los valores que en ejercicio de su autonomía moral profesa y defiende.

9. Esa personalidad que trasciende en la identidad le otorga a cada ser humano su propia verdad, la misma que lo individualiza y le permite decir "soy yo". El hecho de que cada ser humano posea su verdad personal exige que se le reconozca "tal como es" y que nadie pueda transfigurar su identidad atribuyéndole características, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le corresponden, mucho menos negar su bagaje ideológico, social, cultural, su forma de pensar y comportarse.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 44

10. En suma, "la persona es única e idéntica sólo a sí misma. La libertad permite a cada uno elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia. La identidad personal, entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real" (Hooft, Pedro Federido (2008) "Transexualidad. 'Cambio de sexo y nombre legal' o 'reconocimiento de sexo y nombre real'. En: AA.VV. (2009) *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego.* Lima, Motivensa Editora Jurídica S.A., p. 228).

11. El derecho fundamental a la identidad, como ha puesto de relieve la doctrina, no puede ser apreciada como un concepto unitario, que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo. Así, pues, se plantea que la identidad posee una faceta *estática,* es decir, no cambia con el devenir del tiempo. Pero, también posee una faceta *dinámica,* aquella que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona.

12. Durante mucho tiempo la identidad *estática* ha sido la única considerada jurídicamente, y comúnmente era denominada como "identificación". Siendo los elementos que la configuran el código genético, el lugar y fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, entre otros. Por su parte, la identidad *dinámica* está conformada por el conjunto de atributos y calificaciones de la persona de cariz variable como son las creencias filosóficas, religiosas, ideológicas, la profesión, las opiniones, preferencias políticas y económicas, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros.

13. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece una percepción sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos (Cfr. STC N° 2273-2005-PHC, F.J. 22). Ello, porque si colocamos a los elementos objetivos de la identidad por encima de los subjetivos, que son los elementos que tienen relevancia moral porque encuentran fundamento en el principio de dignidad y autonomía, el Derecho y la protección

que éste otorga terminará objetivando la esencia moral de los individuos, y, por tanto, a sus derechos.

14. La identidad personal es, por tanto, el conjunto de componentes estáticos y dinámicos que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea "uno mismo" y "no otro". Este plexo de atributos y características, que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona,* en lo que ella es en cuanto ser humano único e irrepetible. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica, como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que consiste cada persona (Cfr. Fernández Sessarego, Carlos (2005) "Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar". En: Gutierrez Camacho, Walter (director) (2005) *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo.* Lima, Gaceta Jurídica S.A., p. 20).

El derecho a la identidad de género

15. Por su parte, en lo atinente específicamente al derecho a la identidad de género como expresión del derecho a la identidad, consideramos oportuno partir de la diferencia que contemporáneamente se ha establecido entre sexo y género. Aunque históricamente las categorías *sexo* y *género* han sido utilizadas de manera indistinta, es preciso puntualizar la diferencia que existe entre estos dos conceptos, a efectos de tener mayor claridad sobre el ámbito de protección que alcanza el derecho fundamental a la identidad en el presente caso. Así, de modo sintético, se afirma que el sexo se concibe como un dato biológico, en tanto que el género se define como una construcción social.

16. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado esta diferencia de la siguiente manera:

> 17. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJ
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 46

18. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", se interpreta que la categoría "sexo" comprende también la categoría "género", con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral" (subrayado nuestro).

17. En efecto, aunque tradicionalmente se ha asumido que la identidad del individuo se define en base al sexo anatómico, lo que queda recogido en el documento nacional de identidad a través del dato "sexo", es preciso advertir que el desarrollo del concepto de género permite precisar mejor el objeto de protección del derecho a la identidad. La identidad de género, en tanto componente esencial del individuo, no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que se completa, con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad. Así, el niño con su desarrollo se "identifica" como *varón* o como *mujer*, no solo a partir de su sexo biológico, sino tal y como va interiorizando estos constructos de género en su subjetividad. Su identidad, en este ámbito, se va integrando entonces no solo con el sexo anatómico o con el dato registral asignado, sino con la identificación que asume con la representación social del *género* masculino o femenino.

Desde esta perspectiva, la identidad de género no es un elemento de identificación *estático* del individuo, sino que al constituir una representación subjetiva marcada por el contexto social, se define como un elemento de identificación *dinámico*, en el cual se integran poderosamente, además del dato biológico, elementos de caracterización psicológica, social y cultural. Así, la vestimenta, los modales y los roles de género, comúnmente asignados a uno de los sexos de modo exclusivo, se han ido compartiendo o intercambiando con el otro sexo en el curso del tiempo; así como la expresión misma de masculinidad o femineidad ha ido variando según los valores que cada sociedad ha querido expresar en un momento determinado.

De este modo, lo ha entendido también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado que:

"En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez

> que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición: desde esta perspectiva se ha señalado que [...]la identidad de género... no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas" (párrafo 7).

18. En la generalidad de los casos, esta *identidad de género* construida por el sujeto en su interacción con la sociedad coincidirá con la *identidad* del individuo colocada en el documento nacional de identidad en base al sexo anatómico. No obstante, existen algunos casos en los cuales el dato registral del sexo colocado al nacer no será asumido por el sujeto. Éste es el caso de las personas *trans*, que se identifican sólida y permanentemente con el género opuesto, teniendo la necesidad de pertenecer y ser reconocidos socialmente en dicho género, además de manifestar malestar o insatisfacción por las características físicas que acompañan su sexo biológico original.

De acuerdo al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", el término "trans" se define como:

> "Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos" (párrafo 19).

Mientras que el término "transexual" indica:

> "Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social".

19. En estos casos, al margen del dato biológico de su sexo anatómico, la identidad se conforma preponderantemente por la consideración subjetiva de la persona respecto de su género, esto es, por la forma cómo el sujeto interioriza su pertenencia a uno de los géneros en su relacionamiento con la sociedad. Y esta consideración subjetiva no es meramente accesoria respecto de algunas cualidades o características del otro sexo que el sujeto puede apreciar, sino que supone una identificación profunda con el otro género en su totalidad. Como ha sostenido el propio DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 48

> "El trastorno de la identidad sexual puede diferenciarse del comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo por la magnitud y la extensión de los deseos, de los intereses y de las actividades propias del otro sexo. Este trastorno no se refiere al comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo, como, por ejemplo, los comportamientos de "marimacho" en las niñas y de "afeminado" en los niños. Por el contrario, el trastorno representa una **profunda** alteración del sentido de identidad del individuo con respecto a la masculinización o a la feminización" (p. 649).

Esta identificación profunda con el otro género se inserta pues en la personalidad del individuo de un modo tal que bien puede decirse que dicha identidad cruzada es parte de su propia verdad personal, de una realidad que no puede rebatirse a costa de sacrificar la propia esencia del individuo. Aunque el género es una característica del individuo conformada socialmente, como ya se dijo líneas arriba, una vez asumida una determinada identidad, ésta llega a pertenecer a la categoría de características *esenciales* de la persona, en el sentido de que sin la misma la persona no podrá reconocerse a sí misma, dotada de dignidad. Como ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> "[…]en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la (…) **identidad de género** dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, "entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad".
> Esta aparente contradicción, refiere jurídicamente a dos aristas de la categoría (…) identidad de género. Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada (…) identidad de género. No obstante, esta categoría y esta posible fluctuación y movilidad de esta categoría inherente a la persona no supone que pueda ser modificada por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad" (Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", párrafos 7 y 8).

20. En estos supuestos, al margen de la decisión de la persona *trans* respecto al apoyo clínico que requiera, físico o psicológico, para afrontar las circunstancias que aparejan esta condición, es evidente que la *autonomía moral* del sujeto solo puede ser respetada si el ordenamiento jurídico admite el reconocimiento de su identidad tal y como ésta es experimentada y vivida por el sujeto, y no conforme ésta es impuesta por la sociedad. No reconocer el derecho de la persona *trans* a autodefinirse y ser reconocido según su propia *subjetividad*, obviamente demostrada mediante elementos *objetivos*, supondría desconocer en sí el derecho de estas personas a la identidad de género: la supresión de un derecho fundamental para un grupo específico de personas, y un supuesto de

discriminación, dado que en su caso, la autonomía moral o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tendrían menos valor que en las demás personas, sin ningún motivo justificado.

21. En este contexto, queda claro que el hecho de que la identidad se conforme no solo con el sexo biológico, sino con consideraciones subjetivas que son construidas en el seno de la sociedad, hace que sea necesario utilizar el término identidad de género, en lugar del clásico de identidad sexual, en tanto el primero permite incorporar mejor el haz de posiciones ius-fundamentales que se desprenden del reconocimiento de la subjetividad del individuo en la definición de su propia identidad. Así, el **derecho a la identidad de género**, entendido como el derecho de la persona a autoidentificarse con el género masculino o femenino, tal y como estos géneros son experimentados y vivenciados por el sujeto, permite incluir en su ámbito de protección los supuestos en los cuales el género asumido por el sujeto se desprende de su subjetividad situada socialmente y no del dato del sexo biológico registrado, como es el caso típico de las personas trans.

Análisis del caso concreto

22. En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de la representada. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de Jorge Luis a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

23. De autos fluye que efectivamente se ha expedido a favor de P.E.M.M. una resolución judicial autorizando su cambio de nombre, de prenombre masculino a prenombre femenino (Sentencia de fecha 20 de octubre de 2009, expedida por el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, fojas 131-143 del cuaderno acompañado al principal). Y aunque en la parte resolutiva de esta sentencia solo se ordena el cambio de prenombre, en la parte *considerativa* se expresa claramente que la razón de admitir el cambio de un prenombre masculino a uno femenino radica justamente en el hecho de que la demandante ha acreditado fehacientemente identificarse con el género femenino, identificación que debía ser reconocida por el ordenamiento jurídico, con base en el derecho a la identidad sexual. En efecto, en el fundamento 26 de la precitada sentencia, el juez estableció que:

> "A ello, ha de sumar que está probado en autos, que socialmente el accionante es aceptado como persona de **sexo femenino**, debido incluso a su propia apariencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 50

> fisiológica, ya que incluso se ha sometido a tratamientos quirúrgicos de reasignación sexual de hombre a mujer, tal como es la prótesis mamaria en el año 2000 y la vaginoplastia cutánea, realizada en el año 2001, así como el tratamiento hormonal, así se acredita con las constancias expedidas por la Unidad de Género de la Clínica Mediterránea (folios 7) y la Unidad de Identidad de Género del Hospital Universitari Clinic Barcelona (folios 74). Ello implica que el accionante ostenta psicológica, física y socialmente el sexo femenino, el que no concuerda con el sexo cromosómico y registral consignado en la partida de nacimiento, y mucho menos con el nombre asignado al momento de nacer".

Del mismo modo, el juez concluyó su razonamiento expresando que:

> "Siendo ello así y conforme se ha desarrollado en los considerandos 13, 15 y 22 de la presente sentencia y en base al principio de identidad, desarrollo personal y dignidad del ser humano, debe disponerse el cambio de prenombre, máxime si el mismo informe psicológico asistencial de folios 74 de autos, recomienda "se regularice su situación administrativa (cambio de nombre y género en el DNI y otros documentos pertinentes) para favorecer la total adaptación psicosocial a los roles propios del sexo femenino"".

La precitada sentencia adquirió la calidad de *cosa juzgada* mediante resolución de fecha 27 de enero de 2010, la que la declaró consentida, al no haberse presentado ningún recurso impugnatorio por parte del representante del Ministerio Público. En este contexto, consideramos que, aún cuando no se haya ordenado el cambio de sexo registral en la sentencia antes referida, en el proceso de cambio de nombre se tuvo por plenamente acreditado la identificación de P.E.M.M. con el género femenino; por lo que dicha acreditación procesal debe ser tenida en cuenta por este Tribunal para la resolución de la presente controversia constitucional.

Además de ello, de las pruebas presentadas en el presente expediente se puede constatar la identificación de P.E.M.M. con el género femenino: i) las declaraciones ofrecidas (fojas 106 del cuaderno acompañado al principal); ii) la apariencia que ostenta en las fotografías (fojas 133, 149, 150, 194); iii) el reconocimiento de su nueva identidad por parte de las autoridades españolas, dado que ostenta pasaporte español donde se consigna su nombre P.E.M.M. de sexo "femenino" (fojas 3 del cuaderno acompañado al Exp. N° 423-2010-0-2208-JR-CI-01), además de la Resolución N° 42995/2003-1, de fecha 31 de marzo de 2005, donde se consigna que se ha reconocido la nacionalidad española a doña P.E.M.M. (fojas 11 del cuaderno acompañado al principal); y iv) el Certificado Médico suscrito por el Cirujano Plástico Reconstructivo y Estético de la Unidad de Género de la Clínica Mediterrania de Barcelona, donde se consigna que P.E.M.M. ha sido diagnosticada de *disforia de género*, que ha recibido tratamiento hormonal por un tiempo superior a un año y que ha sido intervenida con una

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FOJAS
OTDA
FOJAS 51

cirugía de reasignación de sexo (fojas 7 del cuaderno acompañado al principal), además del Certificado Médico suscrito por la Especialista en Psiquiatría, Dra. E. Gómez Gil, y el Especialista Senior en Psicología, J. Mª Peri, de la Unidad de Identidad de Género de la Clínic Barcelona Hospital Universitari, de fecha 23 de julio de 2008, en el cual se revela que la señora P.E.M.M. fue sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer entre los años 200 y 2001, y que venía siendo atendida hormonalmente desde los 16 años debido a su diagnóstico de trastorno de la identidad de género (fojas 74 del cuaderno acompañado al principal).

24. Estas razonas fácticas aunadas a las razones jurídicas ya expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia en el sentido **i)** de que la identidad de género es una manifestación del derecho a la identidad que guarda absoluta relevancia en la medida que la sexualidad forma parte de las diferentes manifestaciones de la personalidad del individuo, y, por tanto merece protección; **ii)** de que los distintos componentes del género –cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, social y registral– interactúan en la persona de forma tal que le permiten configurar su género de acuerdo a su propia y autónoma experiencia vivencial; **iii)** que entre la identidad que revela la verdad personal y los datos consignados en un documento de identidad no puede existir disociación alguna; y, **iv)** que si el Derecho solo otorga protección a la dimensión formal o estática de la identidad del individuo, termina *objetivando* su esencia moral, así como su dignidad; constituyen justificación para autorizar que el sexo registral de P.E.M.M. sea modificado en su partida de nacimiento, así como en su DNI.

25. La libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una *identidad* propia que la conlleve a concretizar su propio proyecto personal. La libertad –como ha señalado este Tribunal-, en tanto fundamento de la identidad, permite revelar la verdad personal y propicia el reconocimiento y respeto de los individuos tal y como éstos se reconocen, sin imposiciones externas que los desfiguren.

26. P.E.M.M. en ejercicio de esa libertad se ha identificado con el género femenino y ha logrado cambiar incluso el pronombre que figuraba en su DNI de uno masculino a uno femenino; por ello, mantener el dato de sexo masculino en su DNI, no solo perjudica injustificadamente su identidad, sino que también lesiona su dignidad y, con ello, pone en cuestionamiento el goce efectivo de otros derechos que la propia Constitución le reconoce y propicia, a su vez, situaciones diferenciadoras de trato que afectan su derecho a la igualdad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 342

Por estas razones nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho a la identidad de género y al reconocimiento de la personalidad jurídica y, en consecuencia,

2. **ORDENAR** que la Municipalidad Distrital de Miraflores de la Provincia de Lima inscriba la anotación de cambio de sexo respectiva en la partida de nacimiento de P.E.M.M.

3. **ORDENAR** que el RENIEC efectúe el cambio de sexo registral en el DNI de P.E.M.M. y le expida uno nuevo.

SS.
ETO CRUZ
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

OSCAR ZAPATA ALCÁZAR
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 2273-2005-PHC/TC
LIMA
KAREN MAÑUCA
QUIROZ CABANILLAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del Magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 73, su fecha 2 de marzo de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), tras considerar que al denegarle el otorgamiento de un duplicado correspondiente a su Documento Nacional de Identidad (DNI) se vulneran sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Manifiesta que la emplazada no le otorga el duplicado de su DNI N.° 19327439 desde hace más de 4 años, no obstante haber cancelado los pagos correspondientes para tal expedición, y que tampoco ha emitido resolución alguna en la que señale los motivos por los cuales no le ha entregado el duplicado en referencia; por el contrario, los funcionarios de la entidad demandada le indicaron, en forma verbal, que su identidad se encontraba cuestionada, siendo necesario que presente su Partida de Nacimiento, requerimiento que oportunamente cumplió. Sin embargo, y pese a ello, le han continuado denegando el duplicado correspondiente. Expresa, además, que en el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre Rectificación de nombre y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial dispuso la rectificación de su nombre, conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad. Con dicha acta es que se apersonó a la entidad demandada con la finalidad de que se consignen sus nombres rectificados judicialmente, razón por la cual se le entregó el DNI N.°

19327439, cuyo extravío ha originado el que tenga que tramitar el duplicado que, sin embargo, ahora se le niega.

Practicadas las diligencias de ley se recibe la declaración de don Eduardo Octavio Ruiz Botto, en su condición de Jefe del RENIEC, quien manifiesta que asumió el cargo en el mes de octubre de 2002 y, por ende, hace cuatro años no era jefe, ni tuvo conocimiento de alguna negativa de otorgar la identidad a la parte demandante. Por otra parte, expresa que la validación de los datos se realiza en la Gerencia de Operaciones, efectuándose un promedio de veinte mil trámites diarios relacionados con el DNI. En todo caso, precisa que por información obtenida con posterioridad a la interposición de la demanda ha tomado conocimiento que se canceló el DNI de la parte actora por haber realizado múltiples inscripciones; es decir, que tenía varios números de DNI con nombre masculino y femenino, desconociendo si fue debidamente notificada de la cancelación de su DNI con identidad femenina o si ha sido denunciada penalmente por la comisión de tales hechos.

El Procurador Público del RENIEC se apersona al proceso y expresa que la parte actora ostenta una trayectoria pretensora de doble identidad sexual, como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas y como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas; que con fecha 4 de mayo de 1976 obtuvo una Boleta de 7 dígitos o Libreta Electoral N.° 1211481 bajo el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas con sexo masculino; posteriormente, con fecha 19 de octubre de 1984, obtiene la Partida de Inscripción N. ° 19203903 en base a la inscripción anterior y nuevamente a nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, con sexo masculino. Luego, con fecha 8 de junio del 2001, se presentó ante la Agencia de Lima solicitando un trámite de rectificación de datos del DNI N.° 19203903, el cual fue rechazado con la observación "Por Oficiar Partida de Nacimiento", siendo pertinente puntualizar que, a la fecha, es el citado DNI el que se mantiene habilitado en el sistema computarizado ANI/RENIEC. Por otra parte, con fecha 26 de junio de 1989, la misma persona obtiene la Inscripción N.° 19238729 a nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, con sexo femenino, posteriormente, con fecha 1 de julio de 1992, obtiene la inscripción N.° 19327439, teniendo como sustento el documento anterior, consignando los mismos nombres, género y demás datos. Finalmente, con fecha 25 de febrero de 1997, la parte actora obtiene el Documento N.° 19327439, según el Formulario N.° 00209464, a través del trámite de duplicado, identificándose nuevamente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. A raíz de todos estos hechos la Unidad de Investigaciones de la GO/RENIEC realizó un Examen de Confrontación Monodactilar que concluyó que existía identidad dactilar entre todas las muestras, tratándose de una misma persona biológica que, sin embargo, había realizado dos inscripciones. Por tales razones se canceló la Inscripción N.° 19327439 a nombre de Karen Mañuca, por tratarse de una nueva inscripción efectuada por el ciudadano Manuel Jesús Quiroz Cabanilas, no habiéndose vulnerado derecho constitucional alguno.

El Trigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de febrero de 2005, declara improcedente la demanda de hábeas corpus, por considerar que la parte actora no ha esclarecido su verdadera identidad, ni tampoco ha señalado los pormenores

relacionados a su doble inscripción en el RENIEC. Por otra parte, las anomalías que pudieron cometerse en el proceso regular deben resolverse dentro de él mismo y no en uno de naturaleza constitucional, ya que no hay vulneración a la libertad individual.

La recurrida, confirma la apelada esencialmente por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. Según fluye de autos, mediante la demanda la parte actora persigue que el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) expida el duplicado de su Documento Nacional de Identidad, tras considerar que la negativa de realización de dicho trámite vulnera sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, y a la libertad personal.

2. En el contexto señalado, es pertinente precisar que lo que la parte actora reclama en el presente caso no sólo se limitaría a la expedición formal del citado documento de identificación, sino a que éste contenga los datos renovados que señala (nuevo nombre), en mérito a la rectificación de su Partida de Nacimiento, de manera que no sólo se trataría de un nuevo documento sino de una nueva forma de identificarse, ya no como don Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, sino como doña Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, la cual ya ha ostentado, según se aprecia de la copia del DNI que corre a fojas 8 de autos.

Los problemas colaterales alrededor del presente caso

3. En principio, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar que del caso de autos subyacen una serie de problemas respecto de los cuales es necesario emitir pronunciamiento, habida cuenta que la discusión planteada contiene elementos que van más allá de un asunto meramente formal o legal, pues comprometen otros valores constitucionales que, por su propia relevancia, requieren de definición expresa.

4. En tal sentido, este Colegiado se pronunciará acerca de lo que representan el principio de dignidad, el derecho a la identidad y el rol del Documento Nacional de Identidad.

El Principio Derecho Dignidad y sus alcances

5. Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento.

Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que "La defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que "La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)".

6. Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)", el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" sino que "(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana".

7. De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como "(...) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover" [STC N.º 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva]
De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales.
Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna.
Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana.

8. En ese sentido, este Tribunal debe establecer que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que lo poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el "deber ser" y el "ser", garantizando la plena realización de cada ser humano.

9. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

   Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprehensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica[1] (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido).

   Una vez identificado este contenido práctico –objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres-, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el *principio-derecho* de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC N.º 0050-2004-AI (acumulados), N.º 0019-2005-PI/TC, N.º 0030-2005-PI, N.º 1417-2005-AA, N.º 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un *principio* como un *derecho fundamental*, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

10. El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:
    Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

La partida de nacimiento

11. Es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana.

Naturaleza jurídica y trascendencia de la partida de nacimiento

12. La partida de nacimiento constituye un asiento registral y sus certificaciones instauran probanza legal:

- Del hecho de la vida.
- De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.
- Del apellido familiar y del nombre propio.
- De la edad.
- Del sexo.
- De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.
- De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio.

Es el documento que acredita la filiación y paternidad, la nacionalidad por la estirpe, la mayoridad automática, por el transcurso del lapso legal, y la inscripción en otros registros, para efectos causales.

La partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, debe constituir microbiografía jurídica de cada persona.

De acuerdo con la legislación de cada país, está establecido que el registro civil expide documentos que los interesados utilizan con el objeto de acreditar los hechos que han sido motivo de registro. En algunos países se expide solamente un tipo de documento para cada especie de hecho, el cual es una copia textual del asiento efectuado originalmente para realizar la inscripción del hecho en el registro; a este documento se denomina partida. En otros países los documentos se expiden para cada hecho y pueden ser de texto diferente, según el objeto al cual esté destinado.

Elementos de la partida de nacimiento : nombre del individuo al nacer

13. 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 otros.

El apellido

14. Designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno.

    El apellido no puede cambiarse respecto al que consta en la partida de nacimiento, salvo por tramitación administrativa judicial. El apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. Se transmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos dado el caso por sentencia judicial.

El sexo del individuo

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

Fecha de nacimiento (hora, día, mes y año del nacimiento - día de la inscripción)

16. Establece la mayoría de edad automática; en el caso peruano, el derecho a obtener el documento nacional de identidad (DNI) se detenta desde los 18 años. La fecha de nacimiento determina límites para la celebración de actos jurídicos

(matrimonio, adopción). Asimismo, la edad constituye un requisito para acceder a cargos públicos y para el goce de los derechos previsionales. Mediante la fecha de nacimiento se establece el momento en que se adquiere la ciudadanía, y se dota de derechos y deberes a la persona, con los cuales puede participar, dentro de sus limitaciones, en la vida pública del Estado; tales derechos pueden ser los relacionados con los beneficios que garantiza el Estado, así como la entrega del documento de identidad nacional, asistencia consular en el exterior o cualquier otro derecho contemplado en las normas del Estado.

El lugar de nacimiento

17. Vínculo político y social ("nacional") que une a una persona con el Estado al que pertenece. Establece la nacionalidad, que a su vez significa la pertenencia de una persona a un sistema jurídico concreto dictado por un país. Este vínculo del individuo con un Estado le genera derechos y deberes recíprocos.

Identidad y dirección de los padres

18. Establece la filiación y la paternidad es decir, el vínculo familiar respecto al hijo en primer grado de consanguinidad en línea recta; asimismo, otorga deberes y derechos tales como la patria potestad y la complejidad de otros que de ella derivan. En el ámbito del derecho penal sirve para establecer circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes. Estos datos, como la identidad, la dirección, nacionalidad y profesión de los padres, tienen efectos útiles para fines estadísticos.

Nombres y apellidos del registrador

19. Mediante estos datos se corrobora la formalidad y legalidad de la información que se consigna en la partida de nacimiento, de acuerdo a la legislación peruana. La partida de nacimiento debe contener el nombre y apellido, así como la edad, estado civil, naturaleza, profesión u oficio y domicilio de las partes que intervienen en el acto de inscripción.

Tratamiento de la partida de nacimiento en la legislación

20. La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece que los actos concernientes al estado civil de las personas –en primer término, por supuesto, el nacimiento– se harán constar en el registro civil. Las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas dependencias.

    Las inscripciones de los nacimientos no contemplados en el párrafo anterior, se efectuarán dentro de un plazo de treinta (30) días y se llevarán a cabo,

preferentemente, en la dependencia del registro bajo cuya jurisdicción se ha producido el nacimiento o del lugar donde reside el niño.

Las partidas del registro civil contienen la información referente al nombre de la persona. Ello permite, dado que los registros son públicos, que cualquier persona pueda solicitar la transcripción literal de la partida en la que consta de modo auténtico el nombre que corresponde a todo sujeto de derecho. La partida acredita en forma veraz el hecho en ella contenido, es una prueba preconstituida, salvo que se demuestre judicialmente su falsedad.

En efecto, de conformidad con el artículo 41º de la Ley Orgánica del Registro Civil de Identificación y Estado Civil, el registro del estado civil de las personas es obligatorio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44º del mismo cuerpo normativo, los nacimientos se inscriben en el registro de estado civil.

La inscripción del nacimiento es el acto oficial en virtud del cual la persona legitimada por ley pone en conocimiento del funcionario competente del registro de estado civil, el nacimiento de una persona y el nombre propio con el que quedará inscrita; por ello, es razonable que se remita la prueba del nombre a lo que resulte en dicho registro, máxime cuando cualquier variación y los actos que de una u otra forma inciden en el nombre de la persona, también se inscriben en el citado registro; ya que, además, se inscriben en este los cambios o adiciones de nombre, las adopciones, las sentencias de filiación y el reconocimiento de hijos, entre otros.

Asimismo, dado que el registro del estado civil tiene carácter público, cualquier interesado puede solicitar la expedición de las constancias de inscripción respectivas, las que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58º de la citada ley orgánica, son consideradas instrumentos públicos y constituyen prueba fehaciente de los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad. En este sentido, la información relativa al nombre obrante en el registro del estado civil, acredita en forma veraz el nombre de una persona determinada.

No obstante, debe precisarse que si bien la inscripción del nacimiento de una persona en el registro de estado civil prueba el hecho del nacimiento y el nombre de la persona, ello no significa en modo alguno que dicha inscripción constituye también medio de prueba de la filiación de dicha persona. Incluso cuando al momento de inscribir el nacimiento y subsecuente nombre también se haya efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en tal caso, en puridad, será este último acto el que acredite la filiación, mas no la inscripción del nacimiento. Al respecto, el artículo 52º de la ley orgánica antes citada contempla una disposición expresa en el sentido señalado.

Por otro lado, si bien el incumplimiento de la obligación de registrar el nacimiento y subsecuente nombre de una persona impide la obtención del documento nacional de identidad (DNI) y la expedición de alguna constancia por el Registro

Nacional de Identificación y Estado Civil, y, consecuentemente, el ejercicio de los derechos para los que se requiere la previa obtención del DNI o la previa identificación de la persona, la falta de inscripción del nacimiento de una persona no autoriza en modo alguno que se desconozcan o nieguen los derechos que le corresponden como ser humano, que son inherentes a su condición humana, como son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la legítima defensa, etc.

Tales afirmaciones pueden apreciarse en situaciones concretas; así, se tiene, a guisa de ejemplo, un caso de prestación de alimentos resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N.º 462-2003 Cajamarca), que fue revisado por dicha Sala por haberse contravenido las normas que garantizan el debido proceso, vulnerado normas de carácter imperativo y perjudicado el derecho a accionar de una menor alimentista, privándola de la tutela jurisdiccional efectiva por no haber sido registrada en los registros civiles, preexistencia que no puede negarse porque el certificado médico de nacimiento acredita que nació viva y que, como tal, es sujeto de derecho. La Sala consideró que el solo nacimiento de la persona le otorga titularidad sobre los derechos que le corresponden, según el Código Civil, sin que sea requisito la inscripción del nacimiento, y que debe considerarse el interés superior del niño y el adolescente.

Así, una cosa es la posibilidad de ser identificado, la que se realiza, como se ha señalado ya, con el nombre, cuya prueba se remite a la inscripción del nacimiento en el registro del estado civil, y otra cosa muy distinta el derecho de gozar de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, el que corresponde por el simple hecho de tener vida. En este sentido, la imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale de ninguna manera a privarlo de sus derechos como ser humano.

Una vez que se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que éste conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga también el deber de mantener la designación que le corresponde.

Por ello, como regla general se ha establecido que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Sin embargo, existe una excepción, que se presenta cuando existen motivos justificados y media una autorización judicial, publicada e inscrita.

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.

Asimismo, podría proceder el cambio de nombre de una persona que es homónima de un avezado y famoso delincuente o de una persona que ha sufrido

escarnio público, pues tales coincidencias le impedirían realizar normalmente sus actividades cotidianas, por las continuas discriminaciones o temores de los que sería víctima.

Estos cambios de nombre deben ser debidamente garantizados por la publicidad, con la finalidad de que las personas que se sientan afectadas con tales hechos puedan impugnarlos oportunamente en sede judicial.

El artículo 826° del Código Procesal Civil vigente regula la rectificación de nombre, con trámite en vía no contenciosa, ante un Juzgado de Paz Letrado, pretensión que no puede equipararse a la de cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal, en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el Juez si encuentra que los motivos son justificados.

El derecho a la identidad

21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El

entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.

El Documento Nacional de Identidad y su importancia

24. En nuestro sistema jurídico, al igual como ocurre en otros modelos que ofrece el derecho comparado, los referentes objetivos con los que se determina la identidad suelen ser patentizados a través de algún documento especial. En el caso particular del Perú, es el Documento Nacional de Identidad el que cumple tal rol o función, constituyéndose en un instrumento que permite no sólo identificar a la persona, sino también le facilita realizar actividades de diverso orden, como participar en comicios electorales, celebrar acuerdos contractuales, realizar transacciones comerciales, etc.

25. En efecto, en nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función : de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, con lo que la carencia del mismo supone una limitación de otros derechos ciudadanos, uno de los cuales está referido a la libertad individual.

26. Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende no sólo la eficacia del derecho a la identidad, sino de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación, o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala.

27. Así, este Colegiado considera que en los casos en los que están de por medio discusiones sobre la identificación de las personas, generadas por la afectación de un Documento Nacional de Identidad, resulta imprescindible revisar, minuciosamente, el comportamiento de la autoridad, funcionario o persona emplazada, así como los eventuales daños que tal comportamiento haya podido generar. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que es en tales supuestos que debe centrarse la controversia de autos, encontrándose habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Análisis del caso concreto

28. En el presente caso se reclama la expedición de un duplicado del Documento Nacional de Identidad con los datos actualizados que venía registrando la parte demandante, quien anteriormente había poseído un documento sustentado en una inscripción registral que por razones que –según alega– desconoce, ha sido dejada sin efecto por parte de la entidad emplazada.

29. Como ya se ha adelantado, este Tribunal se encuentra habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el particular, no sólo por lo expuesto en el Fundamento N.º 27, *supra*, sino porque conforme al inciso 10) del artículo 25º del Código Procesal Constitucional, procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, en tanto conforma la libertad individual.

30. Aunque de autos fluye que la parte actora habría contado sucesivamente con dos identidades distintas ante el Registro Electoral –situación que, según alega la emplazada a fojas 18 de autos, constituye un ilícito penal– no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre el particular, en tanto la probable existencia de un ilícito debe ser determinada ante las instancias competentes. Se trata, por el contrario, de establecer si al no contar con documento de identidad, la parte demandante es perturbada en su derecho a la identidad, razón por la cual, corresponde evaluar la actuación de la administración.

31. Del análisis efectuado en la presente causa se aprecia que la parte demandante obtuvo dos inscripciones en fichas diferentes, ante el Registro Electoral, bajo distintos prenombres, según consta a fojas 22 y 26 de autos (la primera, el 4 de mayo de 1976, como Manuel Jesús; y la segunda, el 26 de junio de 1989 como Karen Mañuca), y que cuenta con un mandato judicial a su favor de rectificación, únicamente de nombres, de fecha 22 de marzo de 1989, mediante el que se modificaron los nombres consignados en su partida de nacimiento –fojas 5–. Sin embargo, con fecha 24 de mayo del 2000, y en virtud de un proceso de depuración del padrón electoral, se canceló la segunda inscripción y registro de la parte actora, en aplicación del artículo 67º, inciso 4) de la Ley N.º 14207 –depuración de las inscripciones múltiples– a fin de evitar una multiplicidad de éstas.

32. Así, con fecha 21 de junio del 2001, la parte demandante solicitó a la emplazada la rectificación de los datos contenidos en el registro N.º 19203903 (primer y único registro vigente como Manuel Jesús), trámite que fue rechazado en su aprobación con la observación "por oficiar partida de nacimiento", según se aprecia a fojas 24 de autos, situación que si bien nace a partir de una solicitud de su parte, el transcurso del tiempo en su ejecución –más de 4 años– y la consiguiente demora en la expedición del documento de identidad, así como la ausencia de una respuesta por escrito a dicho pedido, es una situación que vulnera los derechos a la dignidad e identidad de la parte demandante, pues dicha conducta administrativa (inactividad formal) resulta contraria a nuestro Texto Constitucional.

33. En efecto, en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que la autoridad administrativa no puede pretender ampararse en el hecho de tener la calidad de titular del Registro Único de Identificación para no emitir el correspondiente documento de identidad a favor de la parte actora. En efecto, si la emplazada consideraba que en el procedimiento que iniciara la parte demandante en junio del año 2001 –nueva rectificación del nombre de Manuel Jesús, según se aprecia a fojas 24– requería verificar, necesariamente, los nuevos nombres contenidos en la partida de nacimiento (rectificados por mandato judicial), resulta irrazonable que a la fecha de interposición de la presente demanda –9 de febrero de 2005– dicho trámite no haya concluido con la expedición del documento de identidad que le corresponda, o la emisión de una resolución administrativa que motive las razones de su rechazo.

34. En todo caso, importa señalar que este Tribunal no está desconociendo las competencias con que cuenta la emplazada. En efecto, si bien es cierto, las autoridades del RENIEC gozan de facultades para efectuar fiscalizaciones en los registros a fin de detectar irregularidades o duplicidad de inscripciones, en su calidad de Titular del Registro Único de Identificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 176º y 177º de la Carta Magna, sin embargo, lo que no puede hacer es ejercer dichas atribuciones en forma lesiva a los derechos fundamentales a la dignidad e identidad, como ha ocurrido en el caso de autos debido al excesivo tiempo transcurrido.

35. No debe perderse de vista que, si bien es cierto, la administración ha actuado con arreglo a ley, pues conforme al inciso 4) del artículo 67º, y el artículo 77º de la Ley N.º 14207, está permitida la depuración del registro electoral por inscripciones múltiples, en cuyo caso, **sólo la primera inscripción conservará su validez**, cancelándose todas las demás, sin embargo, **la parte demandante cuenta con una decisión judicial** que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento –no cuestionada en autos– según consta en la copia que corre a fojas 5, mandato **que ha adquirido la calidad de cosa juzgada** y que se encuentra vigente; en consecuencia, la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a "Karen Mañuca", quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original.

36. Por lo demás, conviene reiterar lo expuesto en el Fundamento N.º 30, *supra*, en el sentido que, independientemente de los supuestos ilícitos penales a los que alude la RENIEC a fojas 18 (aunque en autos no se ha acreditado que siquiera se haya interpuesto denuncia penal alguna), los que, de ser el caso, deben ser objeto de la investigación que corresponda, la administración está en la obligación de proveer a todo ciudadano que así lo solicite, como es el caso de la parte demandante, de un Documento Nacional de Identidad, lo cual resultará procedente en la medida que se presente la documentación sustentatoria necesaria para tales efectos y que

permita su plena identificación (en la presente controversia, la copia certificada de la partida de nacimiento que contiene la rectificación solo de nombre ordenada por mandato judicial). En todo caso, la autoridad administrativa se encuentra facultada para requerir la mencionada partida de nacimiento, o cualquier otra documentación adicional que estime pertinente (p. ej. Título Profesional), siempre que ello no se convierta en un obstáculo irrazonable –en particular, por el transcurso del tiempo– que no permita llegar a una solución que esclarezca la situación en la que la parte demandante se encuentra.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.

2. Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la parte demandante el duplicado de su Documento Nacional de Identidad con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.º 35, *supra* –mandato judicial–, y sin perjuicio de lo establecido en el fundamento N.° 36, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

EXP. 2273-05-PHC/TC
LIMA
KAREN MAÑUCA
QUIROZ CABANILLAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. El recurrente en su pretensión quiere que el RENIEC le otorgue un Documento Nacional de Identificación (DNI) cambiando el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas por el de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. Manifiesta que existe una resolución judicial de fecha 20 de mayo de 1,989 emitida en Proceso No Contencioso por el Juez Provisional en lo Civil de Pacasmayo, Sr. Víctor Correa Rojas, que en copia simple aparece a fojas 5 de autos, que ordena la "rectificación" de su partida de nacimiento en el sentido que él propone y que pese a ello el RENIEC le niega dicho derecho.

2. De lo actuado aparece la existencia de un primer DNI del recurrente, confeccionado en base a su partida de nacimiento y a los datos de identificación alcanzados al RENIEC por el propio titular Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, de sexo masculino.

3. Con posterioridad y en base a una "rectificación" de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en Procedimiento no contencioso que constituye para el caso, a no dudarlo, trámite irregular con el que dicho Juez rebasó sus atribuciones desde que no se limitó a los dictados de la ley procesal que le permitía sólo subsanar o corregir un error material evidente, alterando así la identidad del titular al cambiarle el nombre pues le puso Karen Mañuca (femeninos) por el original Manuel Jesús (Masculino) quedando así identificado el recurrente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. La partida original fue asentada el 04 de mayo de 1976 en el Registro civil de nacimientos a cargo del Concejo Provincial de Pacasmayo y la modificación por el juez de dicho lugar se realizó por auto de fecha 22 de mayo de 1,989 conforme la anotación marginal agregada el 03 de mayo de 1989 según la copia antes referida.

4. Teniendo el señor Manuel Jesús Quiroz Cabanillas la copia autenticada de su partida de nacimiento modificada, sorprende a los funcionarios de RENIEC para conseguir un nuevo documento de identificación en nueva inscripción en vez de

solicitar la rectificación del registro anterior que estaba vigente. Esta actitud vino a significar la titularidad del recurrente en dos partidas de identificación en el RENIEC, institución que le otorgó así el DNI 1211481 (libreta electoral) y después el DNI número 19203903, apareciendo en el primero como Manuel Jesús y en el segundo como Karen Mañuca.

5. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus registros, conforme al inciso 4 del artículo 67 de la ley número 14207, que señala que la depuración tiene por objeto excluir de este en forma definitiva o temporal las inscripciones múltiples, comprobó la irregular duplicidad procediendo a la anulación de la segunda partida, es decir del segundo DNI del recurrente numerado con el 19203903, lo que entraña que con esa anulación mantuvo su vigencia el primero, descartándose así como correspondía el instrumento de la partida anormalmente modificada por el citado Juez. Es menester señalar que tratándose de una intervención del Juez en tramite sin contención para el que la ley lo convierte en un funcionario administrativo, la decisión analizada no podía y no puede traer la consecuencia de la cosa juzgada. En conclusión el demandante tiene vigente el DNI que le corresponde y no puede pretender así que se le entregue copia del DNI que por anulado ya no existe, lo que precisa y expresamente ha reconocido la institución demandada cuando al contestar la demanda expresa "... que el recurrente está haciendo uso de una identidad cancelada por doble inscripción y lo ilegal no genera derecho... la inscripción primigenia como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas mantiene su eficacia jurídica quedando expedito su derecho para ejercerla...". Es pues necesario decir que el demandante no puede hacer, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificada sino alterada por juez competente a quien consiguió conducir al trámite administrativo judicial del denominado procedimiento no contencioso, exigencia de entrega de un instrumento oficial en el que aparecería con nombre cambiado de mujer. En todo caso de no estar conforme con la decisión anulatoria a la que hacemos referencia ha debido recurrir al proceso contencioso administrativo puesto que no se trata de una privación de su derecho a la obtención de su correspondiente documento de identificación que lo tiene sino de la persistencia de aparecer en el registro público, en nueva versión identificatoria, como mujer y no como hombre.

6. El artículo 19 del Código Civil señala que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, lo que obviamente incluye los apellidos. Sin embargo el referido código prohíbe cambiar el nombre o hacerle adiciones sin motivos justificados, a no ser que el cambio o la adición provenga de autorización judicial naturalmente en proceso en el que el recurrente acredite los hechos que fundamentan su pretensión, resolución que tiene que inscribirse en el Registro correspondiente (artículo 29). El artículo 1331º del Código de Procedimientos Civiles (con el cual se tramitó la "rectificación" en 1,989) previó que la rectificación de nombre se realiza en Proceso No Contencioso, lo que ha sido recogido por el inciso 9 del artículo 749 del Código Procesal Civil que permite la inscripción (a destiempo) y la "rectificación" de las partidas de los registros

civiles en trámite sin contención (mal denominada “jurisdicción voluntaria), código que incluso en su artículo 750 vino a establecer una competencia exclusiva de los Juzgados de Paz Letrados para estos casos, competencia que posteriormente por la ley 27155, artículo 3, al modificar el artículo 750 del Código Procesal citado, ratifica la competencia de los Juzgados de Paz Letrado y a su vez permite que las rectificaciones de partida se puedan hacer ante Notario Público, con lo que legalmente queda precisado que la participación del Juez de Paz Letrado constituye tarea simplemente administrativa.

La ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos ya había previsto la competencia del Juez de Paz Letrado y también la del Notario Público, a elección del interesado, para los asuntos de inscripción y rectificación de las partidas del registro civil, precisando en su artículo 15 que “las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios, se tramitarán ante notario. En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente”. Para la precisión de lo que significa rectificar o enmendar una partida, el Código procesal Civil señala en el artículo 829 lo siguiente: “Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra "de" o las letras "y", "i", "e" o "a", u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación. El Juez, sin observar el trámite del Artículo 754, dispondrá de plano la rectificación correspondiente.”

7. De lo expuesto en los fundamentos precedentes se infiere que la inscripción y rectificación de partida de nacimiento sólo procede cuando no se practicó dentro del plazo legal ante la autoridad competente (registrador) y cuando en la partida inscrita aparece a la vista un error de simple comprobación, ambos en el procedimiento administrativo respectivo y por ello la ley, señala que dicha inscripción y/o rectificación debe realizarse ante Juez o Notario, con lo que traslada el pedido administrativo a la vía judicial o notarial. En ambos casos, judicial o notarial, para la inscripción y/o rectificación de partida no hay emplazamiento válido ni contradicción, generándose así una resolución que no puede tener la calidad de cosa juzgada.

8. Por otra parte nos encontramos frente a supuestos de hecho diferentes: Rectificación, adición y cambio de nombre. La rectificación, según la Real Academia Española, es corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho. Dice la Academia que la adición es la acción y efecto de añadir, ello sirve para los supuestos en que la mujer aumenta el apellido del marido agregando la sílaba “de” y luego el apellido paterno del marido, y por último dicha institución establece que el cambio supone dejar una cosa o situación por otra, que es lo que

ha ocurrido en el caso de autos. El Código Procesal Civil señala que sólo proceden las inscripciones o rectificaciones en proceso no contencioso dejando la pretensión del cambio de nombre para el proceso de conocimiento que por su complejidad exige una amplia estación probatoria con defensa y contradicción por la relevancia que supone dicho cambio frente a los terceros.

9. El recurrente en base a una "rectificación" de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en procedimiento no contencioso y en trámite irregular en el que rebasó sus atribuciones, pues no se limitó a los dictados de la ley procesal para subsanar o corregir un error material, sino que alteró en la partida, la identidad del titular con el pre nombre de "Karen Mañuca", siendo el titular Manuel Jesús, que constituye el motivo que lo trae al proceso constitucional, tramita y obtiene en el RENIEC la expedición de un nuevo DNI, sorprendiendo al RENIEC al indicar como sexo el femenino, lo que significa dos documentos distintos para una misma persona.

10. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus Registros anula el segundo DNI, lo que significa que ha recobrado vigencia el primero, descartando como corresponde la alteración del Juez Civil que por lo dicho precedentemente no causó jamás cosa juzgada en relación al nombre modificado del recurrente, y esto es lo que persigue en el presente proceso y no el reconocimiento de su identificación que nadie puede negar. El demandante en consecuencia mantiene incólume su identidad conforme a su primer DNI, el que al habérsele "extraviado", le da derecho a solicitar y obtener un duplicado ante el RENIEC. Lo que no puede hacer es, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificada sino alterada por un Juez al que consiguió conducir al carril no contencioso, es conseguir administrativamente el reconocimiento oficial de una nueva identidad.

Por tanto mi voto es por que se declare **INFUNDADA** la demanda entendiéndose que el RENIEC, teniendo por vigente el primer DNI del demandante (Manuel Jesús), debe hacerle entrega del duplicado correspondiente ante la pérdida del documento original según afirma.

SR.

VERGARA GOTELLI

[1] PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid: Tecnos, 4ta. Edición, 180-184