



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# LA ILEGÍTIMA APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DEL TERCER JUZGADO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO DE LIMA

Rosario de la Fuente-Hontañón, Carmen  
Dávila Seminario

Lima, setiembre de 2020

FACULTAD DE DERECHO



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

**1.-Introducción.- 2.-Exposición de la sentencia y comentario.- 3.-¿En el caso S.Y.H.M, está legitimado el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima para declarar un estado de cosas inconstitucional?.-4.- ¿Estado Constitucional vs Estado convencional de Derecho?: reflexiones y aportes**

## **1.- Introducción**

El pasado 30 de julio del 2020, el **Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Lima** emitió la sentencia en la que se **ordena a Reniec que, mediante un procedimiento administrativo deba permitir el cambio de nombre, sexo e imagen a las personas trans e intersex y que respete los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Opinión Consultiva 24/17. Asimismo, declara la existencia de un estado de cosas inconstitucionales a favor de las personas trans e intersex, porque se reconoce la existencia de una vulneración masiva a los derechos** de las personas transexuales e intersex por no existir un procedimiento administrativo válido y coherente con el respeto de la identidad. Todo ello con apoyo en la legislación y jurisprudencia de países latinoamericanos, europeos, y de Australia, Alemania, Nueva Zelanda, Nepal e India, donde se ha permitido que en la partida de nacimiento se señale un “tercer género”, que no es femenino ni masculino, o quede de “manera indeterminada”.

A lo largo de toda la sentencia, y con apoyo en la técnica del estado de las cosas inconstitucional<sup>1</sup>, la Jueza hace múltiples referencias a las personas trans e intersex, pero veremos que el demandante no entra en esa categoría, y entre las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se apoya para argumentar su posición, y aplicable al caso, la Jueza menciona la STC n° 6040-2015-PA/TC, del 21 de octubre de 2016<sup>2</sup>, por la que se estableció la vía para el cambio de sexo en el proceso judicial en caso de disforia de género, por la vía sumarísima. Recordamos que, el Alto Tribunal, declaró fundada en parte la demanda, al

---

<sup>1</sup> Cfr. Nuestro comentario, infra nn. 3 y 4

<sup>2</sup> Fue objeto de análisis y comentario, cfr. DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R., “En torno al derecho a la identidad: ¿enemistad con la realidad y con la ciencia? En Revista *Gaceta Constitucional&Procesal Constitucional*, enero 2017, Tomo 109, pp. 78-86

haberse acreditado la afectación al derecho fundamental de acceso a la justicia de una mujer transexual R.R.S (ahora A.R.S), e improcedente la demanda de Agravio constitucional respecto al pedido de cambio de nombre y cambio de sexo, pudiendo acudir a la vía judicial que corresponda. Además, dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC, del 18 de marzo del 2014, por la que se desestimó la pretensión de una mujer transexual (P.E.M.M) de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento, por “la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro civil corresponde a su sexo biológico” (fto. 31).

En la STC n° 6040-2015-PA/TC, la persona transexual R.R.S, por decisión propia decidió ser mujer<sup>3</sup>, si bien tuvo que pasar por unos exámenes psicológicos y psiquiátricos realizados en Francia, y *de hecho*, decidió autodenominarse A.R.S, por lo que acude al *Derecho*, en la presentación del recurso de Amparo, porque “dejó de ser un varón para ser ahora una mujer”, solicitando el cambio de nombre y de sexo. Es decir, la identidad adoptada por R.R.S, como A.R.S, no ha venido dada por la naturaleza, sino que ha sido fruto de su elección personal. Más adelante nos referiremos a otras cuestiones que también se plantean por el cambio legal de sexo y sus efectos.

Ante la pretensión del demandante, S.Y.H.M, es en este cambio jurisprudencial, donde debió fijarse la Jueza para dar la solución al caso concreto, y no extender su resolución a las personas del colectivo LGTBI, en cuanto a la protección de sus derechos humanos, sin discriminación alguna y para que “puedan adecuar su data contenida en los registros públicos y documento de identidad, conforme con su identidad auto-percibida”<sup>4</sup>. Con la STC n° 6040-2015-PA/TC, los transexuales pueden solicitar el cambio de sexo en el DNI, por el proceso sumarísimo (art. 546.6 del Código Procesal Civil).

---

<sup>3</sup> Cfr. las palabras del abogado Rafael Alonso Ynga Zevallos, en la audiencia pública en la sede del Tribunal Constitucional, del día 30 de marzo del 2016, donde afirma que su patrocinada tiene una “disforia de género”, por lo que después de los exámenes mencionados, se sometió también a diversas operaciones de “reasignación de sexo” <http://www.tc.gob.pe/tc/audiencia/filmacion/item/30032016/hist-51d92be1c6hj9rj2ld2e5e7a07da55b26>

<sup>4</sup> Cfr. Nuestro comentario infra, nn. 3 y 4

## 2.- Exposición de la sentencia y comentario

El 31 de mayo de 2018, Promsex interpone demanda de amparo en representación de S.Y.H.M, considerada como una persona intersex, contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) y su procuraduría; la Municipalidad Distrital de Sillapata Huánuco; la Red de Salud de San Miguel; la Universidad Mayor de San Marcos; la Superintendencia Nacional de Educación Superior (Sunedu) y su Procuraduría; EsSalud; y Procuraduría Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Mediante la resolución n°1 de fecha 13 de julio del 2018, se resolvió admitir a trámite parcialmente la presente demanda, rechazándose únicamente la Primera Pretensión Principal con sus respectivas pretensiones accesorias, declarada improcedente en parte por incluir a los demandantes ya retirados del proceso, corriéndose así traslado únicamente al RENIEC y su Procurador Público, al Ministerio de Salud y la Procuraduría Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Por lo que las pretensiones de la demanda se concretan en tres principales con sus respectivas accesorias:

A) “Segunda pretensión principal: Se declare el estado de cosas inconstitucional en el caso del derecho a la identidad, integridad psicológica y vida privada de las personas intersex, en virtud de la arbitraria asignación legal y social del sexo que tempranamente se les realiza, esto es, al momento del nacimiento y al registro del mismo, debiendo entenderse los anteriores derechos en el marco de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación.

a. Pretensión accesoría 1: Se ordene al RENIEC eliminar la categoría sexo de los Documentos Nacionales de Identidad, debiendo para ello modificar su Reglamento de Inscripciones.

b. Pretensión accesoría 2: Se ordene al RENIEC dejar sin efecto el actual formulario de Certificado de Nacido Vivo aprobado mediante la Resolución Gerencial N°001-2012-GOR/RENIEC de fecha 24 de febrero del 2012 y, en consecuencia, se disponga la aprobación de un nuevo formulario en que se prescinda de la categoría sexo.

B) “Tercera pretensión principal: Se declare el estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres y

el sexo en los documentos nacionales de identidad de las personas trans y de las personas intersexuales por constituirse violación sistemática al derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad y personalidad jurídica, derecho a la dignidad; inobservándose así los estándares establecidos por la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, de fecha 24 de noviembre del 2017.

a. Pretensión accesoria 1: Se ordene a RENIEC prever y regular un procedimiento administrativo de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la CIDH, a fin de que las personas interesadas en cambiar sus prenombrados y sexo puedan hacerlo de manera expedita y en forma gratuita. Dicho procedimiento debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante y sin que deba acreditarse operación quirúrgica y hormonal alguna, diagnósticos médicos y/u opiniones médicas o psicológicas, debiendo para ello modificarse el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de RENIEC, aprobada mediante la Resolución Jefatural N°156-2017-JNAC/RENIEC, a fin de incluir lo pertinente a la tramitación de estas solicitudes”.

C) Cuarta pretensión principal: Se declare el estado de cosas inconstitucional, sobre la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte del Seguro Social de Salud (en adelante ESSALUD) de las personas intersex, debido a que el diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de Essalud y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRES) supedita la atención en salud al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas.

a. Pretensión accesoria 1: Se ordene a ESSALUD elaborar lineamientos de atención en salud libres de discriminación de personas intersex, dirigido a personal de salud y administrativo, con el objetivo de regular los estándares de atención de calidad y no discriminación, en el marco de derechos humanos, de estas personas en atención a sus necesidades médicas.

b. Pretensión accesoria 2: Se ordene a ESSALUD dejar sin efecto el software del Sistema de gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRES) de ESSALUD y vinculadas a ella, que actualmente rige todas las prestaciones de salud.

c. Pretensión accesoria 3: Se ordene a ESSALUD la creación e implementación, en el más breve plazo, de un nuevo software que no supedite ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo, como ocurrió en el presente caso, debiendo el mismo, obviar la categoría “sexo”, por no ser relevante para garantizar la atención en salud”.

La Jueza del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima:

- a) “declara fundada en parte la demanda y resuelve “declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de los pre nombres, el sexo, y la imagen en los documentos nacionales de identidad y demás registros públicos de las personas trans y de las personas intersexuales por constituirse violación sistemática al derecho a la identidad (de género) y libre desarrollo de la personalidad”<sup>5</sup>, y ordena a Reniec, a fin de que en el plazo máximo de un año, cumpla con implementar un procedimiento administrativo de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva C 24/17 de la CIDH.
  
- b) “declara el estado de cosas inconstitucional, sobre la limitación injustificada en el acceso a prestaciones de salud por parte del Seguro Social de Salud (ESSALUD) de las personas intersex debido a que el diseño del sistema de cobertura de la Gerencia de Acreditaciones de Essalud y el software del Sistema de Gestión Hospitalaria de las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPRRES) supedita la atención de determinadas prestaciones de salud al sexo legal asignado a los documentos de identidad y no a las necesidades de salud de las personas. Por lo que, ordena a ESSALUD a fin de que en el plazo máximo de 02 meses, cumpla con adecuar dicho software a fin de que no se supedite ninguna prestación de salud a la pertenencia de los asegurados(as) a un determinado sexo”.

---

<sup>5</sup> Cfr. Nuestro comentario infra nn. 3 y 4

Apreciamos que se desestiman algunas pretensiones accesorias, que debieron seguir a las pretensiones principales, por lo que la Jueza debió declararlas también fundadas. Se trata de una incoherencia, por lo que podemos decir que la sentencia sería incongruente<sup>6</sup>.

Lo que ahora interesa resaltar y destacar, es la persona del demandante, S.Y.H.M, que acude a los tribunales porque han sido vulnerados determinados derechos, y al que se le define en la sentencia como trans o intersex, Por los datos recogidos en la demanda, no estaríamos ante un intersex o un trans, sino que la persona tiene trastornos malformativos del desarrollo sexual, y en concreto en el caso que nos ocupa, un trastorno del desarrollo sexual 46, XY por defecto del metabolismo de la testosterona.

Actualmente la OMS clasifica esta situación como Malformative Disorder of Sex Devolepment, dentro del marco de Developmental Anomalies y, por lo tanto, esta situación concreta de S.Y.H.M, no sería un estado de transexualidad, en la que no hay alteración biológica entre el sexo genético, gonadal y fenotípico; y no sería una situación de intersexualidad en la que hay una alteración en el cariotipo.<sup>7</sup> Es lo que se denomina como DDS, desorden en la diferenciación sexual, no se trata por lo tanto de una disforia de género, ni de una persona intersex<sup>8</sup>. Los desórdenes de diferenciación sexual son condiciones clínicas en las que existe una discrepancia entre el sexo cromosómico y el sexo fenotípico de un individuo. Los genéticamente varones 46XY pueden presentarse con genitales externos

---

<sup>6</sup> Código Procesal Civil, Artículo 87: “La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, **al declararse fundada la principal, se amparan también las demás**. Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante. Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.”

<sup>7</sup> Cfr. <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/749282256>, esta es la manera médica adecuada de clasificarlo, como se aprecia en general en los artículos académicos y en los libros de medicina.

<sup>8</sup> Cfr. J.D. Farías-Cortés, F.Monakata-Ochoa e I. Sedano-Portillo, “Síndrome de insensibilidad completa a los andrógenos: reporte de un caso, ilustración del manejo quirúrgico”, en Revista Mexicana de Urología”, Ed. Elsevier, 2014 (2): 117-122



fenotípicamente femeninos o ambiguos. El síndrome de insensibilidad a los andrógenos se podría considerar una enfermedad causada por la resistencia a la acción androgénica, causada por la mutación Xq11-12, que afecta los receptores androgénicos<sup>9</sup>. La incidencia de los DDS puede variar según el grupo étnico, por ejemplo, uno de cada 5,000 recién nacidos vivos en Alemania vs. uno de cada 3,000 en Egipto, esto debido a la mayor tasa de consanguinidad<sup>10</sup>.

A nuestro juicio, consideramos que no todo lo que se presenta como progresista en el campo de los cambios legislativos en Europa, y en otros países, lo es. Muchos de esos cambios no están contribuyendo a proteger la dignidad humana de las personas que reclaman este tipo de presuntos derechos. Por ello aportamos la siguientes consideraciones y datos científicos:

1. La identidad sexual se basa en aspectos que vienen dados en buena medida por la biología. Si bien la identidad sexual consta de más elementos, como el sexo cromosómico, el gonadal, el psicológico, el conductual. Una identidad bien construida debe serlo en armonía con el sexo cromosómico y biológico. El hecho de que la identidad sea dinámica, evolucione, haya un elemento de libertad en su desarrollo, no cambia nada del postulado que acabamos de señalar.
2. El derecho no puede funcionar a base de la voluntad arbitraria de las personas. desde el punto de vista jurídico el derecho no puede amparar y proteger todo aquello que se base en la voluntad de las personas. El derecho y especialmente el derecho civil protege realidades y obligaciones naturales, como por ejemplo las paterno-filiales etc, obligaciones y deberes que se siguen del uso de la biología y de la sexualidad, con independencia de que las personas quieran o no asumirlo. En ese ámbito se inserta el reconocimiento de la paternidad, la obligación de alimentos etc. El derecho debe respetar el ser de las cosas y además se rige por el principio de no contradicción, no se puede ser y no ser al mismo tiempo. Tampoco es posible que el derecho de cobertura a los continuos cambios de voluntad de las personas.
3. La larga experiencia en Europa demuestra que el cambio de sexo en el registro civil no resuelve un problema de identidad que es psíquico y psicológico, por mucho que utilice la figura jurídica de la *fictio iuris*. Ni el derecho, ni la cirugía, pueden crear órganos genitales

---

<sup>9</sup> Cfr. Oc., “Síndrome de insensibilidad...”, p. 117.

<sup>10</sup> Cfr. Oc., “Síndrome de insensibilidad...”, p. 118.

del sexo contrario, tampoco produce fertilidad en unas relaciones de suyo infértiles, cuando no impotentes. El legislador ha elaborado leyes, que deben ser aprobadas por mayoría, en las que se prevea todos los efectos que se siguen cara a terceros y *erga omnes*.

4. Tanto el cambio de nombre, como con más razón el cambio de sexo tiene consecuencias en numerosos actos jurídicos y obligaciones previas contraídas, también contractuales, mercantiles, profesionales. Sea lo que fuere que demuestre en algún momento la ciencia médica<sup>11</sup>, lo único que cambiaría es el tipo de tratamiento médico, pero eso es algo que tampoco resolverá, ni curará el derecho a base de admitir el cambio de sexo en el registro civil.

5. El derecho internacional no puede imponer a los Estados una filosofía de deconstrucción del dimorfismo social, disfrazada de una aparente defensa de los derechos humanos.

### **3.- ¿En el caso, S.Y.H.M, está legitimado el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima para declarar un estado de cosas inconstitucional?**

Desde hace algunos años, el Tribunal Constitucional peruano ha utilizado la figura de la declaración de estado de cosas inconstitucional (en adelante ECI) en varias oportunidades<sup>12</sup>; sin embargo, poco se sabe del origen, naturaleza jurídica y finalidad de la declaración de ECI<sup>13</sup>, de ahí que sean varias las interrogantes que surgen en torno a su aplicación. Una de estas interrogantes es la que intenta ser respondida en la sentencia objeto de análisis: ¿pueden los jueces constitucionales del Poder Judicial declarar un ECI?

En opinión de la Jueza del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima que resuelve el caso S.Y.H.M., los jueces constitucionales del

---

<sup>11</sup> Cfr. Supra nt. 8

<sup>12</sup> Desde el año 2004, el Tribunal Constitucional ha realizado declaraciones de estado de cosas inconstitucional hasta en 15 oportunidades, aunque ninguna de ellas en relación al derecho fundamental a la identidad.

<sup>13</sup> Un estudio detallado del tema puede encontrarse en: DÁVILA, Carmen, “Legitimidad del Tribunal Constitucional para declarar un estado de cosas inconstitucional: Alcance y límites de dicha atribución”. En *Desafíos del Constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2018, volumen (1), 363-378.

Poder Judicial son competentes para declarar un ECI. Las razones que le llevan a concluir tal afirmación son, principalmente, las siguientes<sup>14</sup>: 1) la jurisdicción constitucional no es monopolio del Tribunal Constitucional, siendo el Poder Judicial el primer garante de los derechos fundamentales, de ahí que la declaración del ECI no sea competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y 2) la falta de prohibición expresa y clara por parte del Tribunal Constitucional de que el Poder Judicial declare un ECI.

Al respecto, debemos señalar que tales razones se han formulado sin tener en cuenta la naturaleza jurídica y finalidad de la declaración de ECI. A nuestro juicio, lo decisivo para responder a la interrogante planteada está en verificar si existen razones que justifiquen la aplicación de la figura por parte del Tribunal Constitucional, para luego analizar si estas también pueden predicarse de los jueces constitucionales del Poder Judicial, específicamente, del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Antes de ello, cabe señalar que la declaración de ECI es una figura creada por la Corte Constitucional colombiana y que ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional peruano a través de su jurisprudencia<sup>15</sup>. Por tanto, nos encontramos ante una figura que no se encuentra reconocida expresamente en nuestra Constitución, ni regulada en el Código Procesal Constitucional o en alguna otra norma legal; de ahí la necesidad de determinar si existen razones que otorguen legitimidad al Tribunal Constitucional para hacer uso de ella.

Ha señalado el Tribunal Constitucional que la declaración del estado de cosas inconstitucional es una regla jurídica<sup>16</sup>. Siguiendo al profesor Robert Alexy, una regla es un tipo de norma<sup>17</sup>, por tanto, se podría decir que la técnica de la declaración de un estado de cosas inconstitucional vendría a ser una norma y, como tal, tiene efectos de alcance general,

---

<sup>14</sup> Si bien es cierto, en el fundamento 3.10. de la sentencia se mencionan otras razones para justificar que los jueces constitucionales del Poder Judicial tienen competencia para declarar un ECI, aquí se hará referencia únicamente a las principales.

<sup>15</sup> Cfr. HAKANSSON, Carlos, “La recepción del estado de cosas inconstitucional y su aplicación por el Tribunal Peruano”. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. 2016, n° 100, p. 81-90.

<sup>16</sup> EXP. N° 2579-2003-HD/TC, fundamento 18.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81.

es decir, sus efectos no se limitan al caso concreto, sino que vinculan plenamente y puede aplicarse a todos los casos futuros en los que se cumpla el supuesto de hecho de dicha regla.

Esto cobra sentido si tenemos en cuenta que la finalidad de la declaración de ECI es eliminar una vulneración generalizada y masiva de derechos fundamentales ejercida por organismos del Estado con el incumplimiento de sus obligaciones como garantes de derechos y, cuando este supuesto se dé, se aplicarán los siguientes efectos o consecuencias: 1) extender los efectos *inter partes* de las sentencias a terceros que no forman parte del proceso, pero que se han visto afectados de manera similar en sus derechos fundamentales, y 2) la emisión de órdenes por parte del Tribunal Constitucional a los órganos públicos involucrados para cesar la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales que se ha identificado, incluso si estos no han sido emplazados en la demanda<sup>18</sup>.

De esta manera, cuando el Tribunal Constitucional utiliza esta figura, interpreta las disposiciones contenidas en la Constitución y constata si la situación de hecho producida por las conductas realizadas por algunos órganos del Estado, vulnera o no derechos fundamentales de varias personas y, de verificarse que ello ha ocurrido, la declara como ECI.

Siendo así, se tiene la declaración de ECI es una norma constitucional creada por el Tribunal Constitucional que concreta el artículo 44 de la Constitución<sup>19</sup>, a través de la cual se concluye que existe una obligación del Estado, y por tanto, de todos los órganos que lo componen, de promover la plena vigencia de los derechos humanos como un modo de conseguir la más plena realización de todas las personas, en la medida que son consideradas fin supremo<sup>20</sup>. Por tanto, el deber de protección de los derechos fundamentales que tienen todos los órganos públicos, exigen que el Tribunal haga uso de mecanismos como la declaración de ECI para garantizar su cumplimiento y proteger mejor los derechos y principios constitucionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional puede crear normas de alcance general como lo es la declaración de ECI debido su posición de supremo intérprete de la Constitución. Esta

---

<sup>18</sup> EXP. N° 2579-2003-HD/TC, párrafos 5 y 6 del fundamento 19.

<sup>19</sup> Artículo 44: Son deberes primordiales del Estado: (...); garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...)

<sup>20</sup> Art. 1 de la Constitución Política del Perú

razón también puede predicarse del órgano de mayor jerarquía dentro de la estructura del Poder Judicial, esto es, de la Corte Suprema de Justicia quien también tiene la condición de intérprete vinculante de la Constitución. Esto está justificado en la medida que el juez no solo es el secundario controlador de la constitucionalidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino que además por la naturaleza de la función jurisdiccional que tiene atribuida este órgano, cada vez que para decir el derecho deba interpretar la Constitución, lo hará con el carácter vinculante y alcance general propio de toda norma<sup>21</sup>. Por tanto, las reglas que crea la Corte Suprema también gozan de la generalidad propia de toda norma, la misma que le permitirá a la Corte Suprema aplicar la figura de la declaración de ECI conforme a su naturaleza jurídica.

Por tanto, cuando el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Poder Judicial, en un caso concreto, interpretan la Constitución e identifican que las actuaciones de los órganos públicos son contrarias a ella y que vulneran de manera masiva y generalizada los derechos constitucionales ahí reconocidos, estarán legitimados para declarar un ECI<sup>22</sup>.

A diferencia de la legitimidad para crear normas de alcance general (como la declaración de ECI) que se reconoce a estos intérpretes vinculantes por la posición jerárquica que ostentan, el constituyente peruano ha determinado que sea el juez el llamado a resolver los casos concretos<sup>23</sup>. Esto significa que, aun cuando los demás jueces constitucionales del Poder Judicial – tanto los jueces de primera como los de segunda instancia - también ostentan la posición de intérpretes de la Constitución, la regla que estos crean y establecen en el fallo de sus sentencias es aplicable exclusivamente al caso concreto que conocen, siendo los únicos vinculados a ella quienes formaron parte del proceso. De ahí que estos se encuentren imposibilitados de aplicar los efectos propios de la declaración de ECI, esto es, extender los

---

<sup>21</sup> Una mayor justificación de porqué la Corte Suprema sí tiene legitimidad para declarar un ECI puede encontrarse en: “¿Pueden los jueces del Poder Judicial aplicar la figura de la declaración de estado de cosas inconstitucional? Algunas precisiones en torno a la denominada declaración de estado de cosas ilegal”; en VILCHEZ, Ronald y DÍAZ, Lelia. (Coordinadores), *VI Convención de Derecho Público*, Universidad de Piura – Palestra editores, Lima agosto 2019, ps. 425 a 445.

<sup>22</sup> Cabe señalar que, además, se deben verificar otros requisitos para su correcta aplicación.

<sup>23</sup> Art. 138 de la Constitución política del Perú

efectos *inter partes* de las sentencias y emitir órdenes a los órganos involucrados aun cuando estos no hayan sido emplazados en la demanda.

En ese sentido, la falta de contenido normativo de alcance general de las interpretaciones que de la Constitución realizan los jueces del Poder Judicial (con excepción de la Corte Suprema), permite concluir que estos no están legitimados para declarar un ECI. Por tanto, el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio no debió aplicar la figura de la declaración de ECI.

Aunado a ello, es necesario precisar que en el caso de autos no se cumplen los requisitos necesarios para declarar un ECI. Pues, aun cuando nuestro Tribunal Constitucional no haya establecido un listado expreso de requisitos para declarar un ECI, a diferencia de la Corte Constitucional colombiana que sí lo ha hecho<sup>24</sup>, tales requisitos vienen impuestos por la finalidad que persigue la figura.

Si la finalidad de la declaración de ECI es, como se indicó líneas arriba, eliminar una vulneración generalizada y masiva de derechos fundamentales ejercida por organismos del Estado con el incumplimiento de sus obligaciones como garantes de derechos; parece lógico que el primer requisito exigible para aplicar la figura es la existencia real de una vulneración de derechos fundamentales con tales características.

Que una vulneración de derechos fundamentales sea masiva y generalizada significa que, además del demandante, exista un número considerable de personas que han visto afectados sus derechos fundamentales de la misma manera que aquel. Verificar el cumplimiento de este requisito es indispensable porque la consecuencia de declarar un ECI será que a aquellos se les aplique los efectos de la sentencia, sin que para ello deban iniciar un proceso de tutela individual<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-025/2004 que establece los requisitos para declarar un ECI.

<sup>25</sup> Es cierto que en algunas oportunidades el Tribunal Constitucional ha declarado un ECI sin que se verifique el cumplimiento de este requisito causando una desnaturalización de la figura de ECI. Sin embargo, que el Tribunal Constitucional haya incurrido en tal equivocación, no significa que se deje de exigir el cumplimiento de tal requisito.

En el caso de autos no se ha demostrado la existencia de una vulneración masiva y generalizada de derechos fundamentales que amerite realizar una declaración de ECI, más aún si, como se ha visto en el apartado anterior, que RENIEC no cuente con un procedimiento de cambio de nombre, sexo e imagen, no constituye una verdadera vulneración al derecho a la identidad de S.Y.H.M.

En consecuencia, si la Jueza del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio no estaba legitimada para declarar un ECI debió desestimar todas las pretensiones destinadas a obtener una declaración de esta naturaleza y limitarse a resolver lo pertinente al caso concreto.

#### **4.- ¿Estado Constitucional vs Estado convencional de Derecho?: reflexiones y aportes.**

A propósito de la declaración de ECI que se realiza en esta sentencia, la Jueza del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio ordena a RENIEC implementar un procedimiento administrativo de cambio de nombre, sexo e imagen de acuerdo a los estándares fijados en la Opinión Consultiva 24/17 de la CIDH.

Este mandato encuentra justificación en la errada interpretación que dicha magistrada realiza sobre el denominado control de convencionalidad de los tratados internacionales. Así, en los fundamentos 4.1. a 4.5. de la sentencia, se concluye que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional están obligados a realizar control de convencionalidad, esto es, a evaluar la compatibilidad de una ley interna, práctica, conducta o falta de acción, con lo establecido en los tratados internacionales de los que Perú es parte y en las interpretaciones que de dichos tratados han realizado los organismos internacionales competentes. En esa misma línea, pero atribuyendo una afirmación inexacta a Castillo Córdova, la magistrada señala que hemos pasado de ser un Estado constitucional de derecho a uno convencional<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Conviene aclarar que en la sentencia se atribuye una afirmación inexacta a Castillo Córdova, al citar su investigación: “Control de convencionalidad (Derecho constitucional)”. En *M. Álvarez y R. Cippitani (Coord.), Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica* (pp. 81-87). México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterey, Università degli studi di Perugia. Pues contrario a lo señalado en la sentencia, para dicho autor, por el momento no es posible hablar del surgimiento de un Estado convencional del derecho.

Pensamos que esta interpretación es errada, ya que no es posible concebir el control de convencionalidad, tal como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos humanos a través de sus pronunciamientos, esto es, reconociéndolo como un mecanismo de determinación de la validez jurídica de la normatividad interna de cada Estado. Atribuir tal significado al control de convencionalidad colocaría al derecho interno del Estado peruano en una posición jerárquica inferior a la de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), lo cual no ocurre realmente.

En virtud de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, toda Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos ingresa al sistema jurídico con rango constitucional; por ello, el derecho convencional no se encuentra en una posición jerárquica superior al derecho constitucional, sino que ambos están en un mismo nivel, el constitucional. Es por esta razón, que el Juez nacional no podría realizar control de convencionalidad; en todo caso, su labor consistirá en aplicar el derecho constitucional vigente para dar una solución justa a la controversia que resuelve y, para ello, su única obligación será la de aplicar el derecho que mejor se ajuste a las exigencias de justicia.

Asimismo, la relación que existe entre el derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional de derechos humanos, no es una de jerarquía sino de armonización<sup>27</sup>. Por tanto, un tribunal nacional (sea el Tribunal Constitucional o alguno del Poder Judicial) puede decidir no aplicar la CADH o la interpretación que de ella ha realizado la Corte IDH, siempre que justifique que estas resultan ser injustas al caso concreto o que encuentre una interpretación del derecho constitucional interno que le permita llegar a una protección más efectiva de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.

Todas estas razones permiten concluir que es incorrecto considerar a la Convención o Tratado internacional como el nuevo parámetro de validez jurídica de las actuaciones estatales y que, en virtud de ello, los tribunales nacionales estén obligados a realizar control de convencionalidad. De ahí que no exista tal paso del Estado constitucional de derecho al Estado convencional de derecho, como se pretende hacer creer en la sentencia.

---

<sup>27</sup> Crf. CASTILLO, Luis, “La relación de los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 10, número 2-2012, ps. 213-280.



A nuestro juicio, en el caso de autos, la Jueza se equivoca al señalar que la ausencia de un procedimiento administrativo de cambio de nombre, sexo e imagen conforme a las pautas establecidas en la OC 24/17 de la Corte IDH constituye una vulneración de derechos fundamentales. Puesto que, tal interpretación se ha realizado sin tener en cuenta la dignidad de la Persona humana, sus derechos fundamentales y demás exigencias de justicia reconocidas en nuestro ordenamiento nacional vigente.

Cabe recordar que, tanto el cambio de nombre, como el cambio de sexo tienen consecuencias en numerosos actos jurídicos y obligaciones previas contraídas; por ello, no es posible obligar a RENIEC a establecer un procedimiento administrativo que permita realizar tales cambios de manera tan sencilla, bajo el único argumento de que así lo ha establecido la Corte IDH. Por ello, corresponde realizar un exhaustivo análisis de la validez de esta medida y, si así lo exige el valor de la persona y sus derechos fundamentales, no aplicar lo establecido por la Corte IDH en la OC 24/17. Como el Estado peruano no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida la Jurisprudencia, a través de nuestros operadores jurídicos internos, se podría utilizar el criterio hermenéutico del margen de apreciación nacional, como herramienta de defensa para no cumplir el mandato que nos llega de la mencionada OC 24/17, obligándonos a un comportamiento como el que pretende la Jueza constitucional, cuando el modelo jurídico todavía no está preparado para poder hacerlo<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. BARBOSA DELGADO, F.R. “El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los Derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, pp. 1090-1117, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>