

¡ALTO A LA “NORMALIZACIÓN”! EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS DE SALUD PARA INTERSEXUALES RECIÉN NACIDOS¹

Patricio Ato del Avellanal Carrera²
Observatorio de Género Perú
Categoría Profesionales

Sumilla

Ante la incertidumbre respecto del sexo de un recién nacido, considerando el miedo que puedan tener los padres por verse expuestos a una realidad que quiebra el binarismo en el que habían estado inmersos, los pediatras usualmente proponen realizar una intervención quirúrgica y prescriben un tratamiento hormonal para “normalizar” al bebé. Para cuando esta persona toma conciencia de la violencia médica a la que fue expuesta, ya no habrá proceso de amparo que pueda tutelar la vulneración irreparable sufrida. La única vía restante será atacar la constitucionalidad del protocolo que haya establecido el Ministerio de Salud a través de un proceso de acción popular para que otras personas no pasen por el mismo sufrimiento. Por ello, en el presente trabajo explicamos los alcances del juez constitucional para expulsar del ordenamiento aquella política pública de salud que vulnera los derechos fundamentales de los intersexuales recién nacidos.

No es ninguna novedad, hoy en día, leer o ver en las noticias que la comunidad LGTBIQ+ es víctima constante de abusos que conllevan a la vulneración de sus derechos fundamentales. Con los años, la visibilidad de la comunidad ha crecido, y con ella, los sectores representados en las letras que nombran al colectivo: lesbianas, gay, trans, bisexuales, intersexuales, queer y el resto de identidades que no comulgan con el binarismo socialmente impuesto. Todas las personas pertenecientes a la comunidad parten de una misma demanda, la cual hace que salgan a las calles a denunciar que la lucha sigue: el reclamo por la igualdad.

Los miembros de la comunidad LGTBIQ+ desean ejercer sus derechos como cualquiera; sin embargo, la intolerancia e ignorancia de muchos sectores de la población, incluido el Es-

1 Für mein liebes *Grillenbeinchen*, in Hoffnung, dass sie stolz auf mich wird.

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia para los cursos de Derecho Constitucional dictados por el profesor Abraham García Chávarri en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro del consejo directivo del Observatorio de Género Perú. Miembro de la asociación Perspectiva Constitucional. Abogado del Estudio Jurídico Ato del Avellanal.

tado, impiden su integración pacífica en la sociedad³. Cada miembro de la comunidad tiene sus reclamos en particular, dado que la manifestación de violencia contra ellos recae de forma distinta en los diversos ámbitos de la vida en sociedad. Por ello, cuando se estudia la situación de vulnerabilidad en la que estas personas se encuentran, es posible percibir lo compleja que es dicha realidad, así como entender lo ciego que se estaba por los propios privilegios.

Las personas intersexuales forman parte de la comunidad LGBTQ+:

La intersexualidad engloba variaciones naturales del cuerpo de las personas que nacen con esta condición, las cuales difieren del estándar corporal masculino y femenino. Dado que el sistema sexo-género construido socialmente se caracteriza, entre otras cosas, por ser binario –es decir, infiere la existencia de sólo dos sexos y dos géneros–, la intersexualidad supone un cambio profundo de paradigmas y evidencia la resistencia a una forma incluyente de entender y construir el sexo y el género de las personas. Tal resistencia se observa por parte de las autoridades y de la sociedad en general, que por temor, desconocimiento y prejuicios perpetúan y agravan las violaciones a derechos humanos de las personas intersex, sea por acción u omisión. (“Intersexualidad y derechos humanos”, 2018, p. 3)

El drama de la “normalización” de sus cuerpos a través de una serie de intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo durante su niñez ha sido catalogado como tortura en el último informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2018)⁴.

En el ámbito del derecho constitucional, existe la preocupación latente de tutelar vulneraciones de derechos fundamentales, entre estas la incidencia de las políticas públicas o la falta de ellas, dado que, para asegurar desde el Estado el ideal del liberalismo político, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser protegidos en función de las obligaciones estatales bajo los estándares internacionales:

Respetar (**abstenerse de interferir en el disfrute del derecho**), proteger (**impedir que otras personas interfieran en el disfrute del derecho**) y realizar (**adoptar medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad del derecho**) los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019, párr. 6)

El derecho a la salud se enmarca dentro de aquellos derechos fundamentales y que a su vez “son los derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad” (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2019, párr. 1).

Para efectos de la tutela de derechos fundamentales frente a la ejecución u omisión de implementación de políticas públicas, a lo que se ha recurrido ha sido al control constitucional de aquellas normas que tengan ese tipo de incidencia, vía un proceso de cumplimiento, procesos de amparo o procesos de acción popular. El caso que aquí es materia de análisis se refiere al manejo

3 “[C]onviene reconocer la actitud deliberada al interior de muchas organizaciones no gubernamentales LGBT en acoger la intersexualidad. Así, esta se ha visto inmersa en un doble proceso de invisibilización tanto social como al interior de estos grupos que defienden los intereses de minorías según su orientación sexual, expresión sexual e identidad de género, que incluyendo-excluyendo la intersexual solo generan dudas acerca de los intereses y prioridades de este otro grupo que apoya por su parte el cuestionamiento de los estereotipos basados en la dicotomía sexo-género.” (Camacho, 2018b, p. 34)

4 “a) Considerar como tortura las intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado.” (CIDH, 2018, p. 140)

y asignación de sexo a recién nacidos intersexuales⁵. Así, en el presente trabajo se desarrollará en términos generales lo que se entiende como *políticas públicas* y los alcances en el Perú de los procesos constitucionales como supuesto remedio ante las limitaciones o fallas de estas, con el objetivo evaluar los alcances del juez constitucional para expulsar del ordenamiento la política pública de salud que vulnera los derechos fundamentales de los recién nacidos intersexuales.

La Intervención Quirúrgica de Neonatos Intersexuales

Todas las personas tienen el mismo derecho a no ser objeto de violencia, persecución, discriminación y estigmatización. Las leyes internacionales en materia de derechos humanos establecen obligaciones jurídicas para los Estados a fin de garantizar que todas las personas, sin distinción alguna, puedan gozar de tales derechos. . . . Las Naciones Unidas y otras organizaciones han documentado violencia física y psicológica generalizada contra personas LGBTI en todas las regiones, incluyendo asesinatos, agresiones, secuestros, violaciones, violencia sexual, así como torturas y malos tratos, tanto en el ámbito institucional como en otros. Las mujeres lesbianas, bisexuales y trans y los jóvenes LGBTI se encuentran particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y comunitario. (Organización de las Naciones Unidas, 2015, párr. 1)

La presente investigación analiza el caso de los intersexuales recién nacidos. Ante la incertidumbre del sexo de un recién nacido, considerando el miedo que puedan tener los padres por verse expuestos a una realidad que quiebra el binarismo en el que habían estado inmersos, el pediatra, luego de haber realizado algunos exámenes, suele proponer una intervención quirúrgica⁶ y prescribir un tratamiento hormonal para “normalizar” al bebé⁷. Esta “normalización” de sus cuerpos se da, en realidad, a través de una serie de intervenciones quirúrgicas durante su niñez, práctica que ha sido catalogada como tortura de acuerdo al último informe emitido por la CIDH⁸:

Se ha denunciado que estas cirugías y procedimientos –en su mayoría innecesarios desde un punto de vista médico– generan enormes daños en niños, niñas y adultos intersex que

- 5 Para efectos de este caso, se ha tomado la Resolución Directoral 058-2015-INSN-DG, la cual aprueba la *Guía de Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual*.
- 6 “Lo que sí resulta a todas luces paradójico e incomprensible es que, mientras se condena la mutilación genital femenina en niñas y mujeres porque dicha práctica carece de beneficio en la salud y se motiva básicamente en creencias culturales, el mismo escenario se repita sobre las corporeidades de menores de edad intersex y no digamos nada. Es más, que al interior del colectivo LGBT se desconozca con frecuencia el significado de la letra “i” –casi de invisibilidad– y lo que ello representa en términos de violación a los derechos humanos y activismo.” (Camacho Gutierrez, 2018c, párr. 8)
- 7 “184. La CIDH ha recibido cada vez más información sobre la realización de cirugías de asignación de sexo y operaciones de los genitales realizadas sin el consentimiento informado en niños, niñas y adultos intersex, la mayoría de las cuales son de naturaleza irreversible y dirigidas a tratar de ‘normalizar’ la apariencia de los genitales de la persona. La CIDH ha sido informada sobre casos documentados en Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Estados Unidos y Uruguay, entre otros. No obstante, la CIDH ha sido informada de que estas intervenciones son parte de una práctica estándar en los países a lo largo del continente americano. La Comisión nota que la documentación y los datos recopilados sobre esta problemática son escasos, lo cual se abordará con mayor profundidad en el capítulo 6 de este informe, cuando se analiza la obligación estatal de recopilar datos.” (CIDH, 2015, pp. 126-127)
- 8 Recomendación 15: “a) Considerar como tortura las intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado.” (CIDH, 2018, p. 140)

incluyen, entre otros: dolor crónico, trauma permanente, insensibilidad genital, esterilización y capacidad reducida o pérdida de la capacidad de sentir placer sexual. La información recibida por la CIDH señala que la mayoría de los procedimientos no consisten en una sola intervención, sino que involucran varias cirugías invasivas (que exponen reiteradamente a niños y niñas a los riesgos inherentes de la anestesia y la cirugía durante la infancia) y el uso recurrente de aparatos de dilatación o administración de hormonas. Durante estos procesos, se suele someter a niños y niñas intersex a exposiciones abusivas, así como a exámenes repetitivos con fines científicos o de entrenamiento, que constituyen tratos humillantes y pueden causarles daños psicológicos profundos. Por ejemplo, la Comisión ha sido informada que con frecuencia luego de la vaginoplastia se somete a las personas intersex a procesos de dilatación vaginal regular. Esto se realiza a través de la introducción forzosa y reiterada de un objeto en la vagina, práctica que ha sido descrita como ‘extremadamente dolorosa, altamente traumática y comparable al abuso sexual, en cuanto a la experiencia del paciente’. El Relator de Naciones Unidas para el derecho a la salud lo ha descrito como un procedimiento doloroso y de alto riesgo sin que tenga beneficios médicos comprobados. (2015, p. 128)

Ante esta situación, que se presenta en toda la región, decidí realizar una investigación sobre el proceder de los médicos en el Perú frente al nacimiento de personas intersexuales⁹. Después de larga búsqueda, logré encontrar la Resolución Directoral 058-2015-INSN-DG, del 30 de enero de 2015, la cual aprueba la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015). En la resolución se indica que la guía fue realizada según lo planteado en el Congreso Internacional 2006, conformado por expertos de la Sociedad Europea de Endocrinología Pediátrica y de la Sociedad de Endocrinología Pediátrica Lawson Wilkins. En la guía, los desórdenes de desarrollo sexual (*disorders of sexual development*, DSD por sus siglas en inglés) son considerados *anomalías de la diferenciación sexual* (ADS):

Las ADS son un conjunto amplio de patologías congénitas caracterizadas por un desarrollo atípico del sexo genético, gonadal o fenotípico, que se producen por la alteración de alguna de las fases primordiales del desarrollo sexual normal. Algunas ADS se hacen evidentes en la morfología de los genitales externos del neonato y otras se manifiestan en etapas posteriores de la vida. (Ministerio de Salud, 2015, p. 2)

Desde esta definición inicial resulta claro el carácter controvertido de la aproximación, dado que manifiesta la intersexualidad como patológica. Luego, la guía explica en tres pasos el procedimiento que debe seguir del médico ante un caso de intersexualidad: revisión de antecedentes, realización de exámenes bioquímicos y genéticos, y finalmente la asignación de un género¹⁰. Parecería, en principio, un procedimiento simple, pero dependiendo del caso en

9 Ninguna investigación nace de cero, y por más activismo que haya realizado en favor de la comunidad LGTBIQ+ desde hace algunos años a través del Observatorio de Género Perú, me es imperativo indicar que, gracias a Lucía Camacho Gutiérrez, logré comprender de mejor forma la problemática de las personas intersex. Ella ha investigado ampliamente el tema y, entre sus tantos logros, ha sido seleccionada como ganadora del concurso de ensayos de la Academia en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University School of Law con el escrito titulado *Intersexuales en Estado de Excepción: Violencias contra las Corporeidades Diversas* (2018a). Recomiendo también leer *Intersexualidad y la Opinión Consultiva 24/17: Retos Pendientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2018b), así como *Mutilación Genital a Personas Intersex: ¡Es Tortura, no Tratamiento!* (2018c).

10 “Ante una ADS, en primer lugar, se debe revisar el cuadro clínico, los antecedentes personales y familiares. En

cuestión, el médico necesita tiempo para realizar todos los exámenes que le permitan obtener un resultado concreto sobre el tipo de intersexualidad que tiene el neonato¹¹.

Es importante saber que, para ese momento, el intersexual recién nacido tiene solamente el Certificado de Nacido Vivo (CNV), que identifica a la madre, y al profesional que atendió el parto o cesárea. Para obtener el Acta de Nacimiento, dependiendo del tiempo que uno tarde en acercarse al registro, deberá realizar el trámite respectivo: dentro de los primeros 60 días, se realiza la inscripción de nacimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RE-NIEC); si vence dicho plazo, se podrá realizar una inscripción de nacimiento extemporánea¹².

En algunos países, como España, existen plazos limitados por ley para inscribir al neonato, lo cual determina que muchos médicos decidan resolver la incertidumbre del sexo en función a lo que les sea más fácil realizar en el momento, y solo informan parcialmente a los padres sobre la decisión¹³. En Perú no existe ese tipo de presión; sin embargo, sin el Acta de Nacimiento, el recién nacido no es formalmente un ciudadano y podría tener eventualmente problemas para acceder a cualquier servicio o institución. Por otro lado, es relevante el carácter conservador de la sociedad peruana, hecho que determina la existencia de una mayor probabilidad de que los médicos, no necesariamente progresistas en su mayoría, ofrezcan información parcializada a los padres, que contenga ciertos prejuicios en favor de la “normalización”. Sin embargo, la guía indica que es importante no angustiar a los padres mientras los médicos aún realizan los exámenes para determinar ante qué tipo de intersexualidad se encuentran¹⁴:

segundo lugar, realizar los exámenes bioquímicos y de imágenes correspondientes, al mismo tiempo que se realizan estudios genéticos como el cariotipo, el cual demora varios días. El método de hibridación fluorescente in-situ (FISH por sus siglas en inglés, fluorescence in-situ hybridization) detecta rápidamente la presencia del gen masculino SRY. En tercer lugar, realizar pruebas dinámicas hormonales según el caso. Se debe tener en cuenta que la asignación de un género debe hacerse una vez que se ha evaluado el caso con todas las herramientas de juicio disponibles y se recomienda la interacción entre los integrantes del equipo multidisciplinario y los padres.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, pp. 13-14)

- 11 “Debido a la complejidad de las diversas etiologías de las ADS, muchas veces es difícil o toma algún tiempo establecer el diagnóstico diferencial. Los signos de ambigüedad sexual pueden ser muy similares en una niña virilizada con los de un niño deficientemente virilizado, motivo por el cual los exámenes auxiliares y la interacción del equipo multidisciplinario son vitales para llegar al diagnóstico definitivo. Algunos ejemplos: un recién nacido aparentemente varón con falo normal y criptorquidia bilateral puede ser en realidad una niña virilizada con HSC [Hiperplasia Suprarrenal Congénita] clásica; o una recién nacida con genitales externos femeninos y ‘hernias’ inguinales puede ser en realidad un varón con SIAC [Síndrome de Insensibilidad a Andrógenos] y criptorquidia bilateral.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 14)
- 12 Para más información; ver *Obtener Partida de Nacimiento* (<https://www.gob.pe/340-obtener-partida-de-nacimiento>)
- 13 “Los bebés como Claudia, con algún tipo de discrepancia genital, vienen con un espinoso interrogante bajo el brazo: ¿Niño o niña? La ley española obliga a inscribir al recién nacido en el Registro Civil bajo uno de los dos sexos en un plazo de 72 horas. Un juego de dados contrarreloj, en el que los padres escuchan al equipo médico interdisciplinar (endocrinos, pediatras, cirujanos y genetistas) que estudia las características preponderantes en el bebé para asignarle un género. La decisión queda en manos de los progenitores, pero las asociaciones activistas denuncian que durante muchos años la información que se les ha proporcionado era escasa y ambigua, y aún persiste un gran déficit” (Ayuso, 2016)
- 14 “Las ADS provocan angustia en los padres, particularmente si la anatomía genital es atípica. Siempre se debe atender con prontitud y tacto las preocupaciones de los padres en el área psicosocial, si es posible con ayuda de profesionales de salud mental con experiencia en estos casos. Se debe tener especial cuidado en no empeorar la incertidumbre de los padres evitando que el personal de salud se comunique con ellos como que el paciente ‘parece’ o ‘puede ser’ de uno u otro sexo. Es mejor indicarles que se están realizando los estudios necesarios para determinar el sexo y que se les comunicará oportunamente, mientras tanto deben posponer la asignación de género.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 15)

La asignación del género de los pacientes con ADS debe realizarse luego de una exhaustiva evaluación que tenga en cuenta el diagnóstico, las características de los genitales, las opciones quirúrgicas, la necesidad de terapia hormonal de reemplazo de por vida, la fertilidad y la opinión de los padres, respetando sus tradiciones culturales. Se recomienda la toma de decisiones en junta médica del equipo multidisciplinario. La asignación de género y todo procedimiento debe contar con el consentimiento informado de los padres a quienes previamente se les han dado las explicaciones correspondientes, quedando constancia de ello. Toda información importante debe ser compartida con los padres. (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 15)

Otro problema que puede detectarse respecto del protocolo señalado en la guía es que se asume que en todos los casos las personas son atendidas en un centro médico que cuenta con un equipo multidisciplinario. La guía menciona a psicólogos con experiencia en el manejo de dichas situaciones como de dicho equipo, el cual tiene como tarea un monitoreo de la persona hasta la adolescencia¹⁵. En el “Anexo 1” del protocolo se puede observar un flujograma en inglés de la Sociedad Europea de Endocrinología Pediátrica y de la Sociedad de Endocrinología Pediátrica Lawson Wilkins (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015), el cual es usado para la elaboración del protocolo. Esta guía, más que un instrumento de ayuda para los pediatras encargados, es una suerte de escudo legal por parte del MINSA, dado que procura convalidar protocolos extranjeros para justificar la actuación del médico, cuando ya la CIDH ha condenado aquellas prácticas.

La *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* es un documento de 20 páginas donde, a mi parecer, la sección más importante es la siguiente:

La genitoplastia debe realizarse solo cuando se tiene el diagnóstico preciso del tipo de ADS y se ha asignado un género considerando el resultado sexual que se obtendrá en la etapa post puberal. **De no tener certeza suficiente, se debe posponer la genitoplastia hasta tenerla, pues esta incluye procedimientos irreversibles** [énfasis agregado] como la reducción del falo y la castración en pacientes criados como mujeres, y en la resección de tejidos útero-vaginales en pacientes criados como varones. Cuando es necesaria la vaginoplastia, se puede aprovechar la abundante vascularidad e inervación de la piel de la zona labio-escrotal y del prepucio. La clitoroplastia puede afectar el paquete vasculo-nervioso con pérdida de la sensibilidad y la capacidad eréctil del clítoris. En general, se debe dar más importancia a la funcionalidad que a la estética y se debe contar con cirujanos con experiencia en este tipo de cirugías. La faloplastia puede incluir la corrección de la hipospadia, reconstrucción uteral y corrección del pene incurvado. Todos estos procedimientos pueden requerir de más de una intervención quirúrgica. (Instituto Nacional del Niño, 2015, p. 17)

15 “La identidad de género se desarrolla antes de los tres años, pero se desconoce la edad mínima en que puede ser evaluada de manera confiable. La idea generalizada de que los 18 meses es la edad máxima para la asignación sexual debe ser tomada con cautela y esta decisión debe darse después de una revisión exhaustiva. El psicólogo del equipo multidisciplinario debe tener la experiencia en el manejo de los problemas de adaptación psicosocial de la familia y el paciente. La participación de este profesional es importante en la toma de decisiones compartidas como la asignación o reasignación de género, edad de la cirugía y edad de inicio de tratamiento de reemplazo hormonal, así como información al propio paciente sobre su ADS en el momento apropiado según la edad y nivel de preparación. La consejería también es importante en los pacientes adolescentes cuando inician las relaciones de pareja.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 16)

No obstante, al evaluar el contenido total de la guía, queda claro que el sexo, y eventualmente la identidad del neonato van a ser impuestas por sus padres y los médicos. El aplazamiento de la genitoplastia, de acuerdo a la guía, solo parecería razonable en caso de que el médico no tuviera forma de tener certeza del sexo del recién nacido. Siendo esta la situación, ¿dónde queda el derecho a la salud del neonato?, ¿qué sucede con su derecho a la integridad?, ¿dónde queda su derecho a la identidad? ¿No tiene un recién nacido acaso derecho a proyectar un plan de vida personal? Todos estos derechos fundamentales parecerían quedar eclipsados por la patria potestad de los padres, quienes, influenciados por un supuesto criterio técnico o científico proveído por los médicos, toman unilateralmente la decisión. Ello lleva también a las preguntas siguientes: ¿son necesarias aquellas intervenciones quirúrgicas a tan temprana edad?¹⁶, ¿implican algún riesgo en la salud del neonato?

En el informe de la CIDH titulado *Avances y Desafíos hacia el Reconocimiento de los Derechos de las Personas LGBTI en las Américas* (2018) se recoge la recomendación expuesta en el informe titulado *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en Américas*:

La CIDH recomienda que los Estados Miembros de la OEA revisen las prácticas y protocolos médicos vigentes que establecen la realización de intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex sin su consentimiento previo, libre e informado. Estas cirugías deben posponerse hasta que la persona involucrada esté en capacidad de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, y la decisión de no someterse a estas cirugías debe ser respetada. El hecho de no someter a una persona intersex a una intervención médica no debe obstaculizar o retrasar el registro del nacimiento ante las autoridades estatales pertinentes. Además, dada la necesidad de erradicar el estigma que rodea a las personas intersex, los Estados Miembros de la OEA deben procurar generar conciencia sobre las violaciones de derechos humanos que afectan a las personas intersex, a través de políticas y programas que sensibilicen al público en general y a la comunidad médica. La Comisión recomienda que las clasificaciones médicas que patologizan a todas las personas intersex o todas las variaciones de las características sexuales sean revisadas y modificadas respectivamente con el fin de asegurar que las personas intersex gocen efectivamente del derecho al nivel más alto posible de salud y otros derechos humanos. (CIDH, 2015, párr. 450)

Además, la octava recomendación del último informe de la CIDH, *Avances y Desafíos hacia el Reconocimiento de los Derechos de las Personas LGBTI en las Américas*, establece lo siguiente:

Adoptar y hacer cumplir medidas efectivas para prevenir y sancionar la discriminación contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en el sector de la salud. . . b. Prohibir toda intervención médica innecesaria en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. (2018, p. 138)

Ante el presente escenario, se hace necesario profundizar sobre el control constitucional frente a una vulneración de derechos fundamentales por la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de una norma reglamentaria que forma parte de la implementación de una política pública en salud.

16 “Los pretendidos actos de cura inscritos en lo que se denomina protocolo de medicalización, modelo hegemónico que propone el entendimiento de la intersexualidad como enfermedad a la cual se diagnostica como desorden o trastorno en el desarrollo del sexo, han sido acogidos como *lex artis* por la comunidad médica desde que dicho protocolo fuera propuesto en 1950 por el Dr. John Money, vinculado a la Universidad Johns Hopkins de los Estados Unidos de América.” (Camacho Gutierrez, 2018b, p. 13)

¿En qué Consisten las Políticas Públicas?

El concepto de *políticas públicas* carece de corporeidad, dado que, en sí, es abstracto y solo puede hacerse visible mediante instrumentos jurídicos: un plan, una ley, un decreto supremo, entre otras normas. La finalidad de la implementación de políticas públicas es la solución de problemas de carácter público, es decir, aquella vulneración de derechos que repercute en un grupo de personas. Por lo tanto, una política pública se crea a través de una secuencia de decisiones del Estado para resolver un problema público, y procura a su vez garantizar derechos. En ese sentido, el Estado decide cual es el problema, cómo se resuelve y si debe intervenir, y luego actúa de alguna forma al respecto o deja que los ciudadanos decidan. Al respecto, María das Graças Rúa (2014) señala por lo menos tres elementos a tener en consideración.

En primer lugar, menciona la *importancia de las decisiones*: el desafío de toda política está en la adopción de decisiones, y estas deben recoger la multiplicidad de enfoques e intereses que puede haber en juego. Si bien es cierto que la riqueza de enfoques puede arrojar una multiplicidad de soluciones, la pugna se presenta ante la realidad de que los recursos son limitados (Molina, 2002). Aquel conflicto traslapado “dificulta los procesos decisorios que contribuyen a la construcción de las políticas” (Molina, 2002, p. 2). Es así que Rúa (2014), citando a Schmitter (1984), indica que la política puede concebirse como la resolución pacífica de conflictos.

En segundo lugar, señala la *existencia de acciones*; afirma que, para que una política pública pueda considerarse real, esta debe ser ejecutada. Las decisiones deben traducirse en acciones y ello implica que se entienda la noción de *acción* en su sentido más amplio, como la obligación de hacer, pero también de no hacer. Ambos escenarios generarán un resultado determinado (Molina, 2002).

Finalmente, indica *el alcance de lo público*, que se relaciona con la legitimidad que tiene el actor que emite la decisión para que el mismo Estado o alguna entidad por delegación la ejecute. Aquella legitimidad se origina con idoneidad en el cargo, es decir, en que aquella persona haya sido elegida o designada democráticamente para asumir el rol de decidir. La eficacia de una política pública radica en la legitimidad que tenga el actor en cuestión (Molina, 2002).

Debido a “la multiplicidad de afectados”, “se hace necesario que existan espacios de deliberación ciudadana que permitan un análisis abierto y colectivo de las políticas que se perfilan” (Molina, 2002, p. 3). De acuerdo a la coyuntura, habrá espacios formales (por ejemplo, el Plan Nacional de Derechos Humanos) e informales (Mesas de Trabajo¹⁷) para llegar a un acuerdo. Estos últimos son espacios no institucionalizados que terminan siendo institucionalizados para darle solución a un conflicto social. Todo conflicto social tiene que ver con un problema de políticas públicas, porque se trata de un problema público no resuelto. Cuando estos espacios de participación ciudadana no se dan o se frustran, entra a tallar el control de otros organismos constitucionalmente autónomos como la judicatura ordinaria o extraordinaria. Es así como las salas constitucionales del Poder Judicial (PJ) y/o el Tribunal Constitucional (TC)

17 “117. El Estado de Perú informó a la CIDH sobre la creación del grupo de trabajo denominado Mesa de Trabajo para Promover los Derechos de Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales, a través de la Resolución Ministerial 294-2016-MIMP, de 3 de noviembre de 2016, como un mecanismo de coordinación entre el Estado y la sociedad civil. Según la información, el objetivo de la Mesa de Trabajo es promover propuestas de sensibilización orientadas a la sociedad en su conjunto para combatir la discriminación de la población LGBTI, desarrollar acciones para la protección de sus derechos fundamentales y la promoción del ejercicio de los mismos, así como a la construcción de propuestas de políticas públicas inclusivas.” (CIDH, 2018, pp. 67-68)

juegan un rol importante en la ponderación de los derechos en pugna. Sin embargo, en la discusión doctrinaria, se debate si el control constitucional podría tener ciertos límites cuando se desea evaluar decisiones políticas o *political questions* (Dworkin, 1997).

¿Son las *Political Questions* un Verdadero Límite para el Control Constitucional?

La definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, porque la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas. (Strum, 1974, p. 1)

El debate sobre las *political questions*, de acuerdo a Landa (2000), se suscita en Estados Unidos a raíz de la discusión de la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*¹⁸: por un lado, están aquellos que propugnan que los casos difíciles deban ser resueltos bajo una óptica autorrestrictiva (*selfrestraint*), dado que existen cuestiones constitucionales no justiciables; por otro lado, están aquellos que afirman que no hay áreas exentas al control constitucional (*judicial activism*); por otro, están aquellos que desde una posición funcional exigen razones prácticas para la intervención judicial (*judicial activism moderated*) (Shapiro, 1964).

En cuanto a dicha discusión, en el Perú aún existe la pugna sobre los alcances que deba tener el juez constitucional frente a las decisiones de los actores políticos. Mientras Bobbio (1987) explica que, para el derecho, el eje de análisis es el concepto de *validez*, Goldschmidt (1987) indica que, para efectos de la política, el concepto de análisis es *la conveniencia*¹⁹. Considerando ambos conceptos, un análisis de conveniencia deja poco espacio para el control constitucional, a menos que se esté evaluando la progresividad con que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales necesitan ser implementados. Quizás desde el criterio de conveniencia el juez constitucional pueda emitir un fallo crítico sobre el actuar político de sus pares, los Organismos Constitucionalmente Autónomos. Sin embargo, Giandoménico Majone (2005) señala que la política no es la decisión sola: lo más importante es que aquella decisión tiene que ser argumentada y justificada. Una política es más fuerte en cuanto más válidos y lógicos sean sus argumentos. Siguiendo esa lógica, Landa (2018) explica lo siguiente:

Lo que se pretende es que se reconozca que, ante la crisis de la representación y, en particular, el descrédito ante la opinión pública del Congreso y la imagen del Presidente, es necesario contar con métodos y técnicas de interpretación constitucional respecto de sus actos y normas por parte de los órganos legitimados en su origen y ejercicio como el Tribunal Constitucional. (2018, p. 37)

Así, haciendo uso del *principio de autonomía procesal*, reconocido en el *Código Procesal Constitucional*, de la mano de la naturaleza ordenadora que tiene el derecho procesal constitucional, el TC complementa a través de su jurisprudencia las limitaciones que pueda tener dicho código:

18 Sobre el caso *Marbury vs. Madison*, ver Sosa (2015).

19 “Al hablar de ‘política’ hacemos referencia a cualquier tipo de consideración de conveniencia, trátese de alta política, oportunismo personal o satisfacción de pasiones elevadas o bajas.” (Goldschmidt, 1987, p. 106)

Esta capacidad para delimitar el ámbito de sus decisiones por parte del Tribunal tiene como presupuesto la necesidad de dotar de todo el poder necesario en manos del Tribunal para tutelar los derechos fundamentales más allá incluso de las intervenciones de las partes, pero sin olvidar que la finalidad no es una finalidad para el atropello o la restricción. Este ‘sacrificio de las formas procesales’ sólo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los Jueces. (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, fundamento 38)

En ese sentido, la idea de un *activismo judicial* podría ser una línea de acción peligrosa en el contexto peruano. Por ello, Landa (2018) indica lo siguiente:

Las resoluciones del Tribunal, en el marco de un ‘activismo judicial moderado’, constituyen una garantía de independencia y control jurisdiccional frente al poder político. Asimismo, dichas resoluciones representan un ejercicio discrecional -no arbitrario- basado en su potestad de ser un órgano jurisdiccional con capacidad para interpretar la norma constitucional de acuerdo al caso sub litis bajo los parámetros de argumentación jurídica, en función de lo cual podrá ejercer el rol de una corte arbitral que debe asegurar el equilibrio entre los poderes y el respeto de los derechos fundamentales, el mismo que no está sometido, directa o indirectamente, a controles políticos o judiciales. (pp. 37-38)

El Rol de la Organización Mundial de la Salud para Efectos de las Políticas Públicas

La Organización Mundial de la Salud (OMS, o WHO por sus siglas en inglés) es el “es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial” (Misión Permanente de Colombia ante Naciones Unidas en Ginebra, s. f., párr. 1)²⁰. Los 196 Estados miembros de la OMS la gobiernan a través de la Asamblea Mundial de la Salud. Entra las labores que realiza está el elaborar la Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD, por sus siglas en inglés) (OMS, s. f.).

La OMS tiene seis oficinas regionales, siendo la Oficina Regional para las Américas (AMRO) o, como regionalmente se conoce, la Organización Panamericana de la Salud (OPS o PAHO en sus siglas en inglés) se creó en 1902²¹. La misión de la OPS, es “[cooperar] con los países de la región para mejorar y proteger la salud de su población” (OPS, s. f.). En otras palabras, su finalidad es lograr el desarrollo humano sostenible de la región mediante la cooperación técnica ofrecida a los Ministerios de Salud, Organizaciones No Gubernamentales, universidades, entre otras entidades. Su secretaría es la Oficina Sanitaria Panamericana (OPS, s. f.) y a su vez funciona como la oficina regional (AMRO) de la OMS.

Si bien es cierto que en el marco de la 72 Asamblea Mundial de la Salud se despatologizó las identidades trans en la décimo primera revisión ICD, para efectos de los intersexuales, este listado añade como patologías la *incongruencia de género en la infancia* (HA61)²², así como la *incon-*

20 Para mayor información, ver <https://www.who.int/about/who-we-are/es/>

21 Para mayor información sobre la OPS, ver https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=91:about-paho&Itemid=220&lang=es

22 “Gender incongruence of childhood is characterized by a marked incongruence between an individual’s experienced/expressed gender and the assigned sex in pre-pubertal children. It includes a strong desire to be a different gender than the assigned sex; a strong dislike on the child’s part of his or her sexual anatomy or anticipated secondary sex characteristics and/or a strong desire for the primary and/or anticipated secondary sex characteristics

gruencia de género en la adolescencia y adultez (HA60)²³, decisión que ha sido duramente criticada por las organizaciones que velan por los derechos humanos de los intersexuales²⁴. Siguiendo con esta tendencia a patologizar a los intersexuales, desde 2006 la ICD incluye los DSD.

Es la información científica previamente mencionada la que ofrece tanto la OPS como la OMS para la creación de políticas públicas nacionales y/o regionales (a través de la cooperación técnica). No obstante, es importante mencionar que aquellos insumos también juegan un rol importante en los tribunales constitucionales nacionales para efectos de evaluar el grado de vulneración de algún derecho fundamental en la implementación de una política pública, al igual que en la CIDH y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para efectos de determinar la responsabilidad internacional de algún Estado miembro.

Los Procesos Constitucionales

Los procesos constitucionales son aquellos medios empleados para tutelar urgentemente la vulneración de derechos fundamentales. Así, en el artículo 200 de la *Constitución Política del Perú* (1993), se establecen como garantías constitucionales los distintos procesos constitucionales:

- 1) La *acción de hábeas corpus*, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos
- 2) La *acción de amparo*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente, y no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular
- 3) La *acción de hábeas data*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6, de la Constitución.
- 4) La *acción de inconstitucionalidad*, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congre-

that match the experienced gender; and make-believe or fantasy play, toys, games, or activities and playmates that are typical of the experienced gender rather than the assigned sex. The incongruence must have persisted for about 2 years. Gender variant behaviour and preferences alone are not a basis for assigning the diagnosis.” (OMS, 2019a, párr. 1)

23 “Gender Incongruence of Adolescence and Adulthood is characterized by a marked and persistent incongruence between an individual’s experienced gender and the assigned sex, which often leads to a desire to ‘transition’, in order to live and be accepted as a person of the experienced gender, through hormonal treatment, surgery or other health care services to make the individual’s body align, as much as desired and to the extent possible, with the experienced gender. The diagnosis cannot be assigned prior the onset of puberty. Gender variant behavior and preferences alone are not a basis for assigning the diagnosis.” (OMS, 2019b, párr. 1)

24 “‘But it does not end there’, points out Kitty Anderson, Co-Chair of OII Europe. ‘The ICD-11 establishes a new diagnosis, called <Gender incongruence of childhood>, which has been strongly opposed by trans and intersex experts alike. In 2015 a group of intersex experts already pointed towards the fact that this diagnoses has no medical utility and carries the risk of promoting stigma and discrimination. For intersex children ‘normalizing’ procedures are frequently justified by the ‘imperative’ of creating bodily congruence – for example, by removing ‘incongruent’ organs or making them ‘congruent’ with stereotypical male and female anatomies. We are very concerned about the practices that may evolve on the basis of this diagnose.’” (“WHO publishes ICD-11”, 2018, párr. 7)

so, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo

- 5) La *acción popular*, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones, y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen
- 6) La *acción de cumplimiento*, que procede contra cualquier autoridad o funcionario reuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley

Existe un consenso respecto al reparto de competencias que el poder constituyente otorga a los poderes constituidos. Sin embargo, algunos asumen (entre ellos algunos magistrados del TC) que el hecho de que el poder constituyente le haya otorgado la potestad de tener la última palabra frente a la interpretación de los derechos los coloca en una situación en la cual la judicatura ordinaria se vería subordinada ante todo pronunciamiento del TC²⁵. Tanto Eloy Espinosa-Saldaña (2008)²⁶ como Aníbal Quiroga (2007)²⁷ indican desde una posición crítica que no se debe confundir una competencia con jerarquía, dado que en un Estado Constitucional de Derecho las competencias de los órganos constitucionalmente autónomos se reparten para la limitar el poder, sistema que se conoce como *check and balances*.

Respecto al caso que aquí es materia de análisis, la intervención quirúrgica en neonatos intersexuales, existirían, en principio, dos vías posibles para cuestionar constitucionalmente aquella regulación que vulnera sus derechos fundamentales. Por un lado, está el cuestionamiento de la mencionada política pública por generar una vulneración al derecho a la salud; vinculado a este estaría el derecho a la integridad, a la identidad y al desarrollo de un plan de vida. En ese sentido, la vía aparentemente idónea sería interponer una demanda de amparo.

25 Un claro ejemplo de aquella visión puede revisarse en la Sentencia del Expediente 0006-2006-CC/TC.

26 “Analizando entonces lo prescrito por el Tribunal Constitucional peruano, debo decir, con todo respeto, que aquí el Tribunal incurre en una gran y grave confusión conceptual. El ser el supremo intérprete de la Constitución no le otorga una situación de privilegio y/o preponderancia sobre los demás organismos estatales, los cuales obviamente no son inferiores jerárquicos subordinados a sus designios. Es más, si ello fuera así, justamente se negaría aquella limitación del poder que es un elemento central en la configuración del Estado Constitucional. Lo que justifica considerar al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución es que dentro del Estado Constitucional es indispensable que alguien cuente con esa competencia. El que las decisiones tomadas por un legislador, un ministro o un juez pudiesen ser revisables por este Tribunal no hace a éste superior jerárquico de legisladores, ministros o jueces. Estamos pues ante un tema de competencias y no de jerarquías, y lo dicho por el Tribunal Constitucional en este caso debiera ser dejado de lado a la brevedad posible.” (Espinosa-Saldaña, 2008, pp. 198-199)

27 “Así, la última palabra en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en el Tribunal Constitucional sólo estará reservada al Tribunal Constitucional frente a fallos adversos en sede judicial, más no frente a los fallos estimativos del Órgano Jurisdiccional, los cuales no serán revisados ni por el Tribunal Constitucional ni por nadie en el Estado peruano. Luego, la interpretación que en los casos estimados haga el Poder Judicial también habrá de constituir jurisprudencia constitucional vinculante e intangible. ¿Cómo entonces se puede concluir que el Poder Judicial se halla subordinado al Tribunal Constitucional? ¿De qué parte, no tergiversada, de la Constitución surge ésta, por demás interesada, conclusión? Pues de ninguna, tanto más si, como ya se ha expresado, en el Perú el sistema de control constitucional es mixto, habiendo la Constitución provisto de una serie de instrumentos (de control orgánico y de la jurisdicción de la libertad) en sede judicial como en sede del Tribunal Constitucional, formando un todo, una distribución sistemática y no jerárquica. Nada hay, pues, en el texto ni en el espíritu de nuestra actual Carta Constitucional que avale semejante conclusión interpretativa.” (Quiroga, 2007, p. 127)

Por otro lado, está el cuestionamiento normativo de la guía, el cual debe ajustarse a los parámetros legales, constitucionales y convencionales del ordenamiento. Así, la vía pertinente sería aparentemente la interposición de una demanda de acción popular. Ambas vías inician en el PJ, pero mientras el proceso de amparo puede ser visto en última instancia por el TC, el proceso de acción popular es visto en última instancia por el PJ. Entonces, se trata, para efectos prácticos, de una situación en la cual dos organismos constitucionalmente autónomos cuentan con las competencias para impartir justicia constitucional.

El proceso de amparo

El *Código Procesal Constitucional*, en su artículo 37, indica cuales son los derechos fundamentales que pueden ser tutelados a través de un proceso de amparo, y su numeral 25 permite que la lista que los reúne pueda ser ampliada, tomando en consideración todos los derechos fundamentales que no han sido enumerados y que no tengan otra vía para ser tutelados.

En el caso de la intervención quirúrgica de neonatos intersexuales, se cuestionaría el derecho a la salud, entre otros que también se vincularían. El numeral 24 del artículo 37 del *Código Procesal Constitucional* (2004) tutela expresamente el derecho a la salud vía el proceso de amparo. Tal como queda claro en la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015), se trata de una serie de intervenciones que se realizan en un lapso de años, las cuales conllevan a muchos riesgos, entre ellos físicos, psicológicos y reproductivos:

Estas cirugías “normalizadoras” en personas intersex generalmente se llevan a cabo de conformidad con protocolos médicos aprobados por el Estado y no se reportan en los medios ni se denuncian por las víctimas, los familiares o las organizaciones. La CIDH observa también que, en general, las personas intersex y sus familias experimentan profundos sentimientos de vergüenza y miedo; lo que contribuye a que el tema permanezca invisible y en secreto. Estos sentimientos negativos, incrementados por los tabús existentes en la sociedad sobre la sexualidad y los genitales, afectan de manera grave a las personas intersex. (CIDH, 2015, párr. 106)

La finalidad del proceso de amparo viene a ser la protección de los derechos fundamentales, mediante la reposición de la situación al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental. Esta idea está contenida en el artículo 1 del *Código Procesal Constitucional* (2004). En ese sentido, el problema que se suscita, entonces, es que para el momento en que la persona toma conciencia de todas las decisiones que se tomaron en su nombre y entiende que podría estar en la capacidad de reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales, lamentablemente, la vía queda trunca: “No proceden los procesos constitucionales cuando: . . . 5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable” (2004, art. 5).

El desafío ante esta situación se encuentra en cómo se podría legitimar a una persona, sea natural (intersex) o jurídica (asociación pro intersex) para poder denunciar estas vulneraciones de derechos fundamentales. Entonces, lo que se tendría que evaluar detalladamente para efectos de la legitimación es lo siguiente:

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. (2004, art. 40, párr. 3)

Para efectos de calificar un derecho como *difuso* es importante esgrimir que aquella colectividad es indeterminable. Por lo pronto, una forma de cesar la vulneración de derechos sería atacar la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de la norma que permitió aquella vulneración.

El proceso de acción popular

En la Constitución de 1993 se señala, como garantía constitucional, en qué casos procede el *proceso de acción popular*: “La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen” (“Constitución Política del Perú”, 1993, art. 200, inc. 5).

De igual manera, el artículo 76 del *Código Procesal Constitucional* indica lo siguiente:

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. (“Ley 28237”, 2004, art. 76)

En ambos casos se enfatiza que el control constitucional y/o legal se aplica contra normas de rango reglamentario de carácter general. Sobre el particular, el *Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Constitucional y Contencioso Administrativo* (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016) se pronuncia con respecto a la identificación de las normas objeto de control en los procesos de acción popular, al respecto de lo cual se indica lo siguiente, acordado por unanimidad:

Para identificar las normas –reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter general– que son objeto de control en los procesos constitucionales de acción popular, y en consecuencia evaluar su procedencia, los jueces deberán observar los criterios de (1) *pertenencia al ordenamiento jurídico* [análisis de incorporación al ordenamiento para interpretar, modificar o desplazar una norma jurídica anterior preexistente], (2) *consunción* [análisis de permanencia y reiterancia] y, en menor medida, (3) *generalidad* [análisis de abstracción]. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, p. 27)

En ese sentido, es importante indicar que el *criterio de generalidad* no es el preponderante al evaluar una norma reglamentaria. De acuerdo al Pleno Jurisdiccional, el *criterio de pertenencia al ordenamiento jurídico* se aplica en primer lugar para evaluar la finalidad de la norma cuestionada: solo si su finalidad al incorporarse al ordenamiento es modificar, innovar, derogar o interpretar, se trata de una norma reglamentaria. Luego, como segundo paso de análisis, se aplicará el *criterio de consunción*, mediante el cual se evalúa la vocación de permanencia de la norma en cuestión. Al respecto, Morón diferencia los actos generales las normas reglamentarias de la siguiente manera:

Estos actos generales tal cual sucede con los singulares, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste. Para una nueva exigencia habrá que dictar eventualmente un acto del mismo tipo (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o una nueva orden general). En cambio, la norma reglamentaria no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos: sigue regulando la actividad de los administrados desde el sistema jurídico. (2013, pp. 107-108)

Finalmente, el Pleno Jurisdiccional indica respecto al *criterio de generalidad* que “empero, la existencia de actos administrativos generales no normativos como de leyes especiales hacen que el criterio de generalidad, si bien es útil, no resulta determinante para distinguir actos administrativos de normas reglamentarias” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, p. 26).

En el presente trabajo, la norma que se analiza es la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual*, aprobada mediante Resolución Directoral 058-2015-INSN-DG (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015), en virtud de la Resolución Ministerial 826-2005/MINSA, la Ley 26842 y la Ley 26657. La Resolución Ministerial 826-2005/MINSA aprueba las *Normas para la Elaboración de Documentos Normativos del Ministerio de Salud*, que indican la naturaleza jurídica de la guía:

5.1. Se considera como Documento Normativo, a todo aquel documento oficial que tiene por objetivo el transmitir información estandarizada y aprobada sobre aspectos técnicos, sean estos asistenciales y/o administrativos, relacionados al ámbito del Sector Salud, en cumplimiento de sus objetivos funcionales, así como facilitar el adecuado y correcto cumplimiento de sus funciones, procesos, procedimientos y/o actividades, en los diferentes niveles y subsectores, según correspondan.

5.2. Los Documento Normativos (DN) según correspondan están dirigidos a las instituciones públicas y privadas que conforman el Sector Salud en general, a las unidades orgánicas y dependencias del Ministerio de Salud en particular; y por extensión a las organizaciones públicas y privadas de otros sectores y la sociedad, en lo pertinente. . .

5.3. Los Documentos Normativos que se emitan tendrán la siguiente denominación según el caso: . . .

– Guía Técnica. . .

6.1.3. **Guía Técnica:**

Definición y Características. Es el Documento Normativo del Ministerio de Salud, con el que se define por escrito y de manera detallada el desarrollo de determinados procesos, procedimientos y actividades. En ella se establecen metodologías, instrucciones o indicaciones que permite al operador seguir un determinado recorrido, orientándolo al cumplimiento de un objetivo de un proceso y al desarrollo de una buena práctica.

Las Guías Técnicas pueden ser del campo administrativo o del campo asistencial; cuando se aboca al diagnóstico o tratamiento de un problema clínico recibe el nombre de Guía Práctica Clínica (GPC), y en este caso contiene recomendaciones desarrolladas sistemáticamente que orienten y faciliten el proceso de toma de decisiones para una apropiada y oportuna atención de salud.

Ámbito de Aplicación. La Guía Técnica es de aplicación en todas las Unidades Orgánicas o dependencias del Ministerio de Salud expresamente indicadas. Los demás establecimientos del Sector Salud a nivel nacional pueden aplicarlas, o citarlas como referencia en la elaboración de sus propias guías. (MINSA, 2015, párrs. 5.2-5.3 y 5.1.3)

Para efectos del proceso de acción popular, debe considerarse que el documento normativo, bajo el criterio de permanencia en el ordenamiento, tiene por objeto innovar el ordenamiento al orientar y facilitar el proceso de toma de decisiones de los operadores para una adecuada atención de salud. Bajo el criterio de consunción, la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* tiene vocación de permanencia en la medida que no se agota en su aplicación. En ese sentido, se requeriría de la emisión de una nueva guía para que los operadores sigan nuevos lineamientos para la toma de decisiones.

Finalmente, bajo el criterio de generalidad se entiende que esta guía práctica clínica es un documento normativo “que tiene por objetivo transmitir información estandarizada y aprobada sobre aspectos técnicos, sean estos asistenciales y/o administrativos, relacionados al ámbito del Sector Salud” (MINSA, 2015, artículo 5.1).

En el presente caso, el proceso de acción popular se iniciaría en una sala constitucional de la Corte Superior de Lima, siguiendo lo indicado en el inciso 2 del artículo 85 del *Código Procesal Constitucional*. A diferencia del proceso de amparo, la demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona (“Ley 28237”, 2004). Ya que el juez constitucional en sede ordinaria es el responsable de efectuar la evaluación de los derechos fundamentales vulnerados, es importante revisar los alcances que este puede tener.

El control de convencionalidad

El Perú, durante el periodo republicano, ha suscrito diversos tratados internacionales, los cuales son vinculantes en función a las condiciones que haya formulado el Estado al suscribirlo. Es así que, de acuerdo al artículo 19 del *Convenio de Viena* (1969), todo Estado puede suscribir un tratado planteando las reservas que crea pertinente²⁸. Respecto del caso aquí analizado, los tratados suscritos y ratificados por el Perú que versan sobre *derechos humanos* tienen una relación directa con el artículo tercero de la Constitución, en el que se indica que todo derecho “de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo” (“Constitución Política del Perú”, 1993, art. 3) también será garantizado por la Constitución. Entonces, los derechos abarcados en los tratados como la *Convención Americana de Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* pueden considerarse parte integrante de dicha Constitución (art. 55).

En cuanto a la interpretación de estos derechos, la cuarta disposición final y transitoria de la *Constitución Política del Perú* (1993) indica que los derechos fundamentales deben interpretarse en función de los tratados que versen sobre derechos humanos. Ello responde también a lo indicado en el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969), el cual le niega a los Estados la posibilidad de justificar el incumplimiento de los tratados apelando al derecho interno. Si bien es cierto que algunos los jueces constitucionales del PJ han estado aplicando el control de convencionalidad en sus resoluciones, es importante notar que la mayoría de las veces le rehúyen al uso del término.

Para realizar una adecuada interpretación de la dimensión de los derechos establecidos en los tratados mencionados, es fundamental revisar la jurisprudencia de las cortes internacionales. Respecto al tratamiento de derechos humanos en la región, resulta imperativa la revisión de las resoluciones, recomendaciones y opiniones de la Corte IDH, así como de la CIDH.

En el caso de las intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales es importante partir del derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación establecido en el inciso 2 del artículo 2 de la *Constitución Política del Perú* (1993). De acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria de la misma carta, se debe tomar como referencia la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada en 1989. En aquella convención se indica lo siguiente:

28 Para mayor detalle sobre el derecho a formular reservas, revisar la sección segunda del *Convenio de Viena*.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (art. 2, inc. 2)

En esa misma lógica, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*²⁹, de 2012, señala lo siguiente:

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. (2012, párr. 82)

El siguiente paso consiste en analizar cómo se interpreta la tutela del derecho de los niños, la cual se encuentra en la Constitución de 1993: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño” (art. 4). Aplicando la cuarta disposición final y transitoria de la misma carta, corresponde nuevamente recurrir a la *Convención sobre los Derechos del Niño*:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño** [énfasis agregado]. (1989, art. 3, inc. 1)

En ese sentido, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* indica lo siguiente:

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’. (2012, párr. 108)

29 “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.” (Corte IDH, 2012, párr. 80)

Teniendo clara la interpretación del derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, así como el interés superior del niño, el juez constitucional peruano debería poder, sin problema alguno, expulsar del ordenamiento la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015). Sin embargo, creo que es necesario que se planteen a su vez medidas complementarias para que el vacío normativo no cause mayor perjuicio. Así, propongo aquí que se aplique adicionalmente el *Estado de Cosas Inconstitucional* en sede ordinaria.

El Estado de Cosas Inconstitucional

El Estado de Cosas Inconstitucional es un mecanismo procesal o una técnica introducida por el Tribunal Constitucional, haciendo uso del *principio de autonomía procesal*³⁰, que toma como referencia la *Sentencia de Unificación 559/1997* de la Corte Constitucional de Colombia³¹. El TC explica lo siguiente:

Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el ‘estado de cosas inconstitucionales’, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. Se trata, en suma, de extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público. (TC, 2004, fundamento 19)

30 “Esta capacidad para delimitar el ámbito de sus decisiones por parte del Tribunal tiene como presupuesto la necesidad de dotar de todo el poder necesario en manos del Tribunal para tutelar los derechos fundamentales más allá incluso de las intervenciones de las partes, pero sin olvidar que la finalidad no es una finalidad para el atropello o la restricción. Este ‘sacrificio de las formas procesales’ sólo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los Jueces.” (TC, 2005, fundamento 38)

31 “(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado *estado de cosas* resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.” (Corte Constitucional de Colombia, 1997, fundamento 31)

Una vez declarado el Estado de Cosas Inconstitucional a través de una sentencia, si posteriormente llegara a un juez constitucional un caso análogo, se debería ordenar la remisión de copias de los actuados por la vulneración del derecho fundamental y disponer que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del TC.

Ahora, para efectos de la evaluación de una política pública, el TC ha manifestado la necesidad de efectuar un test para verificar el desempeño de la entidad estatal respecto al respeto de los derechos fundamentales y la materialización de aquellos mediante la implementación de políticas públicas a las que la entidad estatal se encuentra obligada, precisando a su vez que al TC “no le corresponde. . . fijar el contenido de las [mismas]” (TC, 2016, fundamento 39)):

Aquello que puede revisar la judicatura constitucional en este caso implica evaluar si:

- 1) Se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud (**déficit de existencia**);
- 2) Se ha incumplido la materialización efectiva de un plan adecuadamente formulado (**déficit de ejecución**);
- 3) Se ha desatendido algunas de las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de una política pública en salud (**déficit de consideración**);
- 4) Se ha establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud (**déficit de violación manifiesta**) o claramente inconducentes (**déficit de razonabilidad**) o insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud (**déficit de protección deficiente o déficit de protección de niveles esenciales de salud**);
- 5) Se ha obviado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en salud (**déficit de confrontación de problemas estructurales salud**). Esto último puede ocurrir si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o los directamente afectados en la política pública involucrada (**déficit de participación política**); se ha actuado sin precisar mecanismos de rendición de cuentas (**déficit de transparencia**); o se ha procedido olvidando el establecimiento de una línea de base e indicadores de derechos humanos que permitan evaluar el impacto de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud (**déficit de evaluación de impacto**) [énfasis agregado]. (TC, 2016, fundamento 39)

Para poder aterrizar adecuadamente la prueba propuesta por el TC, es importante revisar las recomendaciones contenidas en el último informe de la CIDH, titulado *Avances y Desafíos hacia el Reconocimiento de los Derechos de las Personas LGBTI en las Américas*:

8. Adoptar y hacer cumplir medidas efectivas para prevenir y sancionar la discriminación contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en el sector de la salud.
 - b. Prohibir toda intervención médica innecesaria en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. . .
 15. . . a. Considerar como tortura las intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. (2018, párrs. 8.b y 15)

En el caso de las intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales, existe en el Perú una política pública implementada en el año 2015 a través de la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015), el mismo año en que la Organización de las Naciones Unidas emitió un comunicado

en contra de la violencia hacia la comunidad LGTBIQ+ (2015) y la CIDH publicó su informe titulado *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América:*

Sobre las personas intersex,

- a. Prohibir toda intervención médica innecesaria en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. Las cirugías que no sean necesarias médicamente en niños y niñas intersex deben ser postergadas hasta que la persona intersex pueda proporcionar su consentimiento pleno, de manera libre, previa e informada. La decisión de no someterse a procedimientos médicos debe ser respetada. La falta de intervención no debe obstaculizar o retrasar el registro del nacimiento por parte de las autoridades estatales relevantes.
- b. Incorporar salvaguardas específicas para niños y niñas intersex en los instrumentos legales y los protocolos médicos dirigidas a proteger y garantizar el derecho al consentimiento informado, particularmente en el contexto de cirugías e intervenciones médicas innecesarias.
- c. Adoptar medidas para garantizar que las y los profesionales de la salud informen adecuadamente a las y los pacientes y a sus padres y madres sobre las consecuencias de intervenciones quirúrgicas y otras intervenciones médicas.
- d. Capacitar al personal médico y a la comunidad médica para proporcionar tratamiento y apoyo adecuados para las personas intersex y sus familias. Tomar medidas para apoyar a las personas intersex y a sus familias a través de equipos interdisciplinarios durante todas las etapas del desarrollo desde la infancia, pasando por la niñez y adolescencia, y hasta la adultez.
- e. Garantizar que las personas intersex tengan acceso a sus expedientes médicos.
- f. Adoptar medidas para prevenir que se fotografíen y se realicen exámenes médicos y exámenes de los genitales innecesarias y excesivas a las personas intersex en el marco de investigaciones no consentidas.
- g. Garantizar que se consulte efectivamente a las y los activistas, organizaciones, grupos de apoyo y otros defensores y defensoras de derechos de personas intersex, en el diseño e implementación de todas las medidas estatales para prevenir y erradicar la violencia contra las personas intersex. (CIDH, 2015, párr. 56)

Al revisar la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015), resulta notorio que el MINSA solo se enfocó en la recomendación 82 del informe de la CIDH (2015), en la cual se indica la creación de grupos multidisciplinarios para proporcionar apoyo psicológico integral a toda la familia del neonato. Sin embargo, como se mencionó al exponer por primera vez el caso, esta guía se centra en el médico y/o el grupo multidisciplinario que determinaría el sexo del recién nacido, por lo que solo se prevé el retardo de una intervención quirúrgica en el caso de que no se tenga certeza médica al respecto. En ese sentido, si se aplica el test de políticas públicas del TC, resulta evidente un *déficit de confrontación de problemas estructurales en salud*, dado que “se ha obviado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en salud” (TC, 2016, fundamento 39). Asimismo, dado que la creación de la Mesa de Trabajo para Promover los Derechos de Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales recién tuvo lugar en noviembre de 2016³², es posible señalar también un *déficit de participación política*, ya que “se ha adoptado una política

32 La creación del grupo de trabajo denominado Mesa de Trabajo para Promover los Derechos de Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales se dio a través de la Resolución Ministerial 294-2016-MIMP, de 3 de noviembre de 2016.

pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o los directamente afectados en la política pública involucrada” (TC, 2016, fundamento 39).

Con toda la información a su disposición, el juez constitucional en sede ordinaria podría por primera vez declarar un Estado de Cosas Inconstitucional, lo cual obligaría al MINSA a elaborar, en el menor plazo posible, una nueva guía de prácticas clínica que aborde aquella situación desde un enfoque que respete los derechos fundamentales de las personas intersex, de acuerdo con las recomendaciones planteadas por la CIDH (2015; 2019).

Conclusiones

Hoy en día, mediante la aplicación de la *Guía de Prácticas Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015), los intersexuales recién nacidos padecen violencia mediante los tratamientos propuestos por los médicos pediatras con la finalidad de “normalizarlos”.

El sexo y eventualmente la identidad del neonato son por lo tanto impuestos por sus padres y los médicos. El aplazamiento de la genitoplastía, de acuerdo a la guía, solo se considera razonable en el caso de que el médico no tuviera forma de tener certeza respecto del sexo del recién nacido.

La OMS, en detrimento de los intersexuales, ha añadido en la lista de patologías de la ICD la Incongruencia de Género en la infancia (HA61), así como la incongruencia de género en la adolescencia y adultez (HA60), y desde 2006 incluye los trastornos de desarrollo sexual (DSD). Esta decisión ha sido duramente criticada por las organizaciones que velan por los derechos humanos de los intersexuales, dado que se continúa con la tendencia a patologizar a estas personas, pues es la cooperación técnica de la OPS y la OMS la que ofrece estos insumos para la generación de políticas públicas de los Estados miembro y a su vez nutre de referencias a las cortes nacionales.

En el contexto peruano, el control constitucional debe realizarse de acuerdo al activismo judicial moderado con la finalidad de garantizar la independencia y el control jurisdiccional frente al poder público.

El problema que se suscita con el proceso de amparo es que para el momento en que la persona intersexual toma conciencia de todas las decisiones que se tomaron en su nombre y entiende que podría estar en la capacidad de reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales, lamentablemente, la vía queda trunca, porque la vulneración al derecho fundamental que pretenda alegar ha devenido en irreparable, por lo que su demanda sería declarada improcedente.

La *Guía de Prácticas Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015) es un documento normativo, que, bajo el criterio de permanencia en el ordenamiento, tiene por objeto innovar el ordenamiento al orientar y facilitar el proceso de toma de decisiones de los operadores para una adecuada atención de salud. Bajo el criterio de consunción, esta guía práctica clínica tiene vocación de permanencia en la medida que no se agota en su aplicación. Finalmente, bajo el criterio de generalidad se entiende que esta guía es un documento normativo “que tiene por objetivo transmitir información estandarizada y aprobada sobre aspectos técnicos, sean estos asistenciales y/o administrativos, relacionados al ámbito del Sector Salud” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015. art. 5.1). Ya que la naturaleza jurídica de la guía es reglamentaria, se puede iniciar un proceso de acción popular.

En el caso de intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales es importante realizar un control de convencionalidad en el marco del proceso de acción popular, con la finalidad de darle una correcta interpretación a los derechos en cuestión, que son el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, así como del derecho a la tutela del niño, los cuales están expresados en la Constitución de 1993 y se desarrollan en *Convención sobre los Derechos del Niño* y en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

Finalmente, propongo que el juez constitucional del PJ, en el caso de intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales, declare un Estado de Cosas Inconstitucional, el cual obligue al MINSA a elaborar en el menor plazo posible una nueva guía de prácticas clínica que adopte un enfoque que respete los derechos fundamentales de las personas intersexuales, de acuerdo a las recomendaciones planteadas por la CIDH en sus informes de los años 2015 y 2019, dado que es posible identificar tanto un déficit de confrontación de problemas estructurales en salud como un déficit de participación política en la implementación de aquella política pública de salud.

REFERENCIAS

- Ayuso, B. (2016, 17 de setiembre). Soy intersexual, no hermafrodita. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2016/09/17/actualidad/1474075855_705641.html
- Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Camacho Gutierrez, O. (2018a). Intersexuales en estado de excepción: violencias contra las corporeidades diversas. *American University International Law Review*, 34(3), 535-566.
- Camacho Gutierrez, O. (2018b). Intersexualidad y la opinión consultiva 24/17: retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, 11-36.
- Camacho Gutierrez, O. (2018c, 4 de setiembre). Mutilación genital a personas intersex: ¡es tortura, no tratamiento! *Pólemos*. Recuperado de <http://polemos.pe/mutilacion-genital-personas-intersex/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>
- Constitución Política del Perú*. (1993)
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia de unificación 559/1997*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 24 de febrero). *Sentencia de la Corte IDH (Atala Riffo y niñas vs. Chile)*. Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). *I Pleno Jurisdiccional Supremo en materias constitucional y contencioso administrativo*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Dworkin, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Espinosa-Saldaña, E. (2008). Las tensiones entre la judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional: reflexiones a propósito de la sentencia Exp. 006-2006-PC/TC. En D. García Belaunde (Coord.), *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (pp. 191-202). Lima, Perú: Palestra.

- Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al derecho*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Instituto Nacional de Salud del Niño. (2015). *Guía práctica clínica de diagnóstico y tratamiento de las anomalías de diferenciación sexual*. Recuperado de http://www.insn.gob.pe/sites/default/files/2017-06/RD.%20N%C2%B0058-2015-INSN-DG_1.pdf
- Intersexualidad y derechos humanos (Editorial). (2018). *Dfensor*, 3. Recuperado de https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2018/07/dfensor_03_2018.pdf
- Landa, C. (2000). Justicia constitucional y political questions. *Pensamiento Constitucional*, año VII, 7, 173-203.
- Landa, C. (2018). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*. Lima, Perú: Palestra.
- Ley 28237, Código procesal constitucional. (2004, 31 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Majone, G. (2005). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Ministerio de Salud. (2005, 24 de octubre). *Resolución Ministerial 826-2005/MINSA*. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/252188-826-2005-minsa>
- Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas en Ginebra. (s. f.). *Organización Mundial de la Salud - OMS*. Recuperado de <https://ginebra-onu.mision.gov.co/organizacion-mundial-la-salud-oms>
- Molina, C. (2002). Modelo de formación de políticas y programas sociales [Notas de clase]. Recuperado de <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MIA/MIA-04/BLOQUE-ACADEMICO/Semana-1/lecturas/obligatorias/1.pdf>
- Morón, J. (2013). *Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias*. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4504/MORON_URBINA_JUAN_ACCION_POPULAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2019, 28 de julio). ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales? Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/WhataretheobligationsofStatesonESCR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (1969). *Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados*.
- Organización de las Naciones Unidas. (2015, setiembre). *Los organismos de las Naciones Unidas instan a los Estados a que tomen medidas urgentes para poner fin a la violencia y a la discriminación contra adultos/as, adolescentes y niños/as lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)*. Recuperado de https://www.who.int/hiv/pub/msm/Joint_LGBTI_Statement_ES.pdf?ua=1

- Organización Mundial de la Salud. (2019a, abril). International classification of diseases, 11th revision (ICD-11). *Conditions related to sexual health: HA60 gender incongruence of adolescence or adulthood*. Recuperado de <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f90875286>
- Organización Mundial de la Salud. (2019b, abril). International classification of diseases 11th revision (ICD-11). *Conditions related to sexual health: HA61 Gender incongruence of childhood*. Recuperado de <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f344733949>
- Organización Mundial de la Salud. (s. f.). *Trabajar para mejorar la salud para todos, en todas partes*. Recuperado de <https://www.who.int/es/about/what-we-do/who-brochure>
- Organización Panamericana de la Salud. (s. f.). *Acerca de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)*. Recuperado de https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=91:about-paho&Itemid=220&lang=es
- Quiroga, A. (2007). Análisis del conflicto de competencias del Poder Ejecutivo (MINCETUR) con el Poder Judicial en el Tribunal Constitucional: ¿Una relación de jerarquía? En D. García Belaunde (Coord.), *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (pp. 109-132). Lima, Perú: Palestra.
- Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2019, 28 de julio). *Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado de <https://www.escri-net.org/es/derechos>
- Rua, M. (2014). Análise de políticas públicas: conceitos básicos. En M. Rua, *Políticas públicas* (pp. 9-19). Recuperado de <https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/145407/1/PNAP%20-%20Modulo%20Basico%20-%20GPM%20-%20Políticas%20Publicas.pdf>
- Shapiro, M. (1964). *Law and politics and the Supreme Court*. Nueva York: The Free Press of Glencoe.
- Sosa, J. (2015, 6 de noviembre). *El caso Marbury vs. Madison (1803)*. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2015/11/06/el-caso-marbury-vs-madison-1803/>
- Strum, P. (1974). *The Supreme Court and “political questions”: A study in judicial evasion*. Alabama: The University of Alabama Press.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004, 6 de abril). Sentencia, Exp. 2579-2003-HD/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005, 29 de agosto). Sentencia, Exp. 04119-2005-PAffC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2016, 10 de mayo). Sentencia, Exp. 03228 2012-PA/TC.
- WHO publishes ICD-11 - and no end in sight for pathologisation of intersex people (Editorial). (2018, 19 de junio). *Organisation Intersex International Europe*. Recuperado de <https://oieurope.org/who-publishes-icd-11-and-no-end-in-sight-for-pathologisation-of-intersex-people/>