

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

Lima, tres de diciembre de dos mil veinticinco.

VISTOS

El recurso de apelación formulado por el demandado **Marlan Jonás Landio Apaza en su calidad de Procurador Público Adjunto Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, mediante escrito de fecha 12 de agosto de 2025 (fojas quinientos cincuenta y cuatro a quinientos setenta del Expediente Judicial No EJE¹), contra la sentencia emitida, por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, contenida en la Resolución N.º09 de fecha 23 de junio de 2025 (fojas quinientos treinta a quinientos cuarenta y uno), que declaró **fundada** las demandas constitucionales de Acción Popular.

I. ANTECEDENTES

Demanda

Silvana Lizbeth Rosales Ramírez mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2024 (fojas doce a veinte) y **Lincoln Samuel Zamudio Santos** mediante escrito de fecha 19 de julio de 2024 seguido en el expediente N.º002751-2024-0-11801-SP-DC-02 (fojas doscientos noventa y cuatro a trescientos veinticinco), - acumulado al presente proceso mediante Resolución N.º05 de fecha 22 de enero de 2025 (fojas cuatrocientos sesenta y dos a cuatrocientos sesenta y tres) - , interponen acción popular contra el **Ministerio de Salud**; formulando lo siguiente:

¹ En adelante, todas las citas provienen de este expediente, salvo indicación distinta.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

Pretensión Principal: Que, el Decreto Supremo N° 009-2024-SA, que modifica el Decreto Supremo N° 023-2021-SA, que aprueba la actualización del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud – PEAS sea declarado inconstitucional e ilegal y nulo con efectos retroactivos.

Los demandantes señalan que los derechos afectados se encuentran en la Constitución Política del Estado y en la Convención Americana de Derechos Humanos:

- a) Derecho a la identidad personal y en especial a la identidad de género
- b) Derecho al libre desarrollo de la personalidad
- c) Derecho a la vida privada
- d) Derecho al principio de igualdad y no discriminación
- e) El derecho a la vida, la estigmatización y rechazo social

Los argumentos de la demanda son los siguientes:

- a) Los demandantes manifiestan que el Decreto Supremo N° 009-2024-SA, incorporó en el listado de trastornos mentales a la identidad de género, transexualismo, transvestismo, orientación sexual egodistónica, entre otras; lo cual vulnera los principios – derechos a la igualdad y no discriminación, a la igualdad, a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género.
- b) Asimismo, los demandantes indican que el referido dispositivo legal ha tomado como base la clasificación internacional de enfermedades CIE – 10, el cual no se encuentra vigente, pues la versión más actualizada es la clasificación internacional de enfermedades CIE-11. En consecuencia, se patologiza a la comunidad transgénero,

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

transexual y parte de la comunidad LGBTQ+ como personas con enfermedades mentales, agravando el estigma y discriminación que dichas comunidades sufren.

Contestación a la demanda

El Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante escrito de fecha 23 de agosto de 2024 (fojas doscientos setenta y ocho a doscientos ochenta y ocho), absolvió el traslado de la demanda, argumentando lo siguiente:

- a) La Ley N° 30947, Ley de Salud Mental, ordena que el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) incluya como condiciones asegurables los problemas de salud mental contemplados en el Capítulo de Trastornos Mentales del CIE vigente.

- b) La norma surgió para corregir una omisión técnica debido a que una aseguradora (Pacífico Seguros) alertó en el año 2022 que, pese a la ley, el PEAS actualizado (Decreto Supremo N° 023-2021-SA) no incluía los diagnósticos con códigos "F64" (entre otros), lo que generaba una contradicción legal y dejaba a los pacientes sin cobertura.

- c) El único objetivo del Decreto Supremo N.º 009-2024-SA fue incorporar 7 diagnósticos del CIE-10 al PEAS para garantizar su cobertura financiera, cumpliendo así con la ley. No hubo intención de definir, estigmatizar o afectar derechos.

- d) En el Perú, la Resolución Ministerial N° 553-2002-S A/DM oficializó el uso obligatorio del CIE-10 en todos los establecimientos de salud. Por lo tanto, al momento de emitirse el Decreto en cuestión, esto es,

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

en el año 2024, el CIE-10 era la clasificación oficial y vigente en el país.

- e) La norma no establece un trato diferenciado o discriminatorio. Por el contrario, amplía la cobertura de salud a diagnósticos que antes podían quedar excluidos, beneficiando a quienes los necesitan. No hay intención discriminatoria en su texto o motivación.

- f) El Ministerio ya solucionó el problema de fondo mediante la Resolución Ministerial N° 447-2024/MINSA (publicada en junio de 2024), la cual ordenó el "cese del uso" de los mismos códigos CIE-10 que el decreto incorporaba. Esto hace que el decreto impugnado haya quedado sin efectos prácticos desde antes del litigio, careciendo de objeto actual. La demanda ataca una norma que ya no se aplica.

Acumulación de Procesos

Mediante Resolución N.° 05 de fecha 22 de enero de 2025 (fojas cuatrocientos sesenta y dos a cuatrocientos sesenta y tres), la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, **dispuso: ACUMULAR** el expediente 02751-2024-1801-SP-DC-02 al expediente N° 0168-2024-0-18A5-SP-CI-04 pues en ambos, se cuestionan la legalidad y constitucionalidad de la norma, Decreto Supremo N.°009-2024-SA.

Sentencia apelada

La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia contenida en la Resolución N.° 09, de fecha 23 de junio de 2025 (fojas quinientos treinta a quinientos cuarenta y uno), en la que resuelve:

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

*“DECLARAR: FUNDADAS las demandas acumuladas de acción popular interpuestas por Silvana Lizbeth Rosales Ramírez (Expediente 00168- 2024), mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2024, obrante a folio 9 a 17, y Lincoln Samuel Zamudio Santos (Expediente acumulado 02751- 2024), mediante escrito de fecha 19 de julio de 2024, obrante de folios 93 a 124 del expediente acompañado, contra el Ministerio de Salud; y en consecuencia, declararon **INCONSTITUCIONAL** el Decreto Supremo N° 009-20224-SA, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2024, que modifica el Decreto Supremo N° 023-2021- SA que aprueba el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS); disponiéndose su expulsión de nuestro ordenamiento jurídico y, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 82 del acotado Código, dicha declaración de inconstitucionalidad se hace con efectos retroactivos a la fecha de publicación de la mencionada norma, esto es, al 10 de mayo de 2024. [...]”*

Los fundamentos de la sentencia apelada son los siguientes:

- a) El Decreto Supremo N° 009-2024-SA cumple los tres criterios establecidos por la jurisprudencia suprema para ser objeto de acción popular: **Pertenencia:** se incorpora al ordenamiento jurídico modificando el PEAS (una norma de aplicación general en el sistema de salud). **Consunción:** tiene vocación de permanencia; sus efectos no se agotan en un acto único, sino que se aplican de manera indeterminada a todos los beneficiarios del seguro de salud. **Generalidad:** es abstracta e impersonal. Está dirigida a un conjunto indeterminado de destinatarios (todas las personas aseguradas y los prestadores de salud) y regula una materia de aplicación general (la cobertura de diagnósticos).

- b) La norma cuestionada, al incluir específicamente diagnósticos relacionados con la identidad de género y orientación sexual en una lista de "trastornos mentales", crea una categoría jurídica discriminatoria.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

- c)** Etiqueta por vía legal a un grupo de personas (transgénero, transexuales, personas con orientaciones sexuales no convencionales) como "enfermas mentales". Esto no es una mera descripción médica, sino un acto normativo que institucionaliza el estigma.
- d)** El mensaje que emana de la norma del sector salud es que estas identidades son patológicas, lo que puede fomentar y legitimar la discriminación en la atención sanitaria y en la sociedad.
- e)** La Sala determinó una vulneración a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, al definir por ley componentes fundamentales de la autopercepción y expresión personal (identidad de género, orientación sexual) como "trastornos", el Estado interfiere arbitrariamente en la esfera de autonomía personal y en el modo en que un individuo ha decidido desarrollar su vida.
- f)** Esta intromisión constituye una afrenta a la dignidad humana, valor supremo que fundamenta todos los derechos. La norma niega el valor intrínseco de las personas al reducir aspectos centrales de su ser a síntomas de enfermedad.
- g)** La norma se basa en la CIE-10 (1990), que la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) ha superado expresamente con la CIE-11 (2019), la cual elimina las categorías de "transexualismo" y "trastorno de la identidad de género" del capítulo de trastornos mentales. Las traslada a un nuevo capítulo llamado "condiciones relacionadas con la salud sexual".

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

- h)** La norma peruana no solo está desfasada, sino que insiste en un modelo psicopatológico que la comunidad científica y médica internacional ha abandonado. Carece, por tanto, de un sustento médico actualizado y válido.

Recurso de Apelación

El demandado **Procurador Público Adjunto Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, mediante escrito de fecha 12 de agosto de 2025 (fojas quinientos cincuenta y cuatro a quinientos setenta) presentó recurso de apelación con el objeto de que la sentencia sea revocada, argumentando lo siguiente:

- a)** La sentencia no analiza en profundidad la vigencia de la CIE-11 ni verifica si el Estado Peruano lo ha adoptado formalmente, limitándose a un reconocimiento general de su existencia y a las recomendaciones internacionales.
- b)** Tampoco responde sobre los alegatos referidos a la inaplicabilidad práctica del decreto cuestionado debido a lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución Ministerial N.º 447- 2024-MINSA la cual está vigente y dispone el cese del uso de los códigos CIE-10.
- c)** La Sala incurre en motivación aparente, al no justificar de manera suficiente ni coherente la supuesta vigencia del CIE-11, sustentando su decisión únicamente en la actualización de la clasificación, sin verificar su adopción oficial en el Perú. En esa misma línea, no emite pronunciamiento sobre la Resolución Ministerial N. 447-2024-MINSA. Estas omisiones vulneran el deber de motivación.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

- d) En el fundamento 3.18 de la sentencia, la Sala afirma que el decreto materia de análisis "no tiene sustento médico", sin contrastar esta premisa con la normativa interna y la evidencia técnica, ni valoran los informes propuestos en la contestación de la demanda que sustentaron la incorporación de diagnósticos para asegurar cobertura en salud mental como criterios estadísticos y no médicos (Informe N° D000159-2024-DGIESP-DSAME-MINSA y el Informe N° D0000105-2024-DGAIN-DAS-MINSA).
- e) Niega que exista un "trato diferente" discriminatorio. La norma no excluye a nadie; al contrario, amplía la cobertura de salud para todos los asegurados, incluyendo diagnósticos que antes no estaban explícitamente cubiertos. La supuesta "patologización" no es una intención normativa, sino el resultado de usar el estándar técnico oficial (CIE-10).
- f) La intervención es leve y positiva, pues otorga un beneficio (cobertura médica) en lugar de restringir un derecho. El decreto no regula conductas privadas ni impone un modo de vida. Solo amplía el catálogo de prestaciones sanitarias financiadas.

II. CONSIDERANDO

El proceso de Acción Popular

1. El proceso de Acción Popular, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, es un proceso constitucional cuya finalidad es garantizar la

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

supremacía de la Constitución Política del Estado y de la ley frente a las normas de inferior jerarquía²:

Constitución Política del Perú

Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

[...]

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

2. En este contexto, el proceso de Acción Popular es un instrumento de control normativo contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general que contravengan la Constitución y las Leyes. Estas infracciones a la Carta Magna pueden ser directas o indirectas, totales o parciales, y por la forma o el fondo³.

² **Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307)**

Artículo II. Fines de los procesos constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como **los principios de supremacía de la Constitución Política del Estado y fuerza normativa.**

³ **Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley 31307)**

Artículo 74. Finalidad

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución y, en su caso, de la ley, frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Artículo 75. Procedencia de la demanda de acción popular

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. Las demandas contra resoluciones o actos no normativos son objeto del proceso contencioso-administrativo. No implica sustracción de la materia, la derogación de la norma objeto del proceso ni la convalidación posterior por norma con rango de ley.

Artículo 80. Efectos de la sentencia fundada

(...)

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el diario oficial El Peruano.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

3. El control que se efectúa a través de este proceso, de manera similar al proceso de inconstitucionalidad, es un control abstracto de las normas infra legales y constituye también una suerte de control concentrado (solo puede ser de conocimiento de las Salas Superiores y Sala Suprema Constitucional)

4. La presentación de las demandas en los procesos de acción popular no requiere de una especial situación o de un interés personal o una afectación personal, o directa del demandante⁴; sino que puede ser asumida por cualquier ciudadano. No obstante, es preciso reiterar y considerar las siguientes particularidades:

- a) Es un proceso de control abstracto de constitucionalidad y legalidad, sobre normas reglamentarias o infra legales de carácter general.
- b) No está diseñado para impugnar actos administrativos individuales o concretos.

5. Considerando la finalidad de este proceso, los parámetros de control en el proceso de acción popular están constituidos por las normas y principios constitucionales (directamente estatuidos o adscritos) y por normas con rango de ley. Dicho de otra manera, en los procesos de acción popular, la validez de una norma reglamentaria o infra legal de carácter general se juzga con relación a normas de rango legal y normas y principios constitucionales (incluyendo las que integran el bloque de constitucionalidad).

⁴ **Nuevo Código Procesal Constitucional**

Artículo 83. Legitimación

La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

6. En nuestro ordenamiento esta prevalencia o superioridad de la Constitución y las Leyes sobre las demás normas infra legales está previsto expresamente en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú⁵.

El derecho a la igualdad y no discriminación como punto de partida

7. Dentro del marco normativo que sustenta el derecho a la igualdad y no discriminación debemos señalar los siguientes textos normativos:

Constitución Política del Perú

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Convención Americana de Derechos Humanos

(...) Artículo 1

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

8. La igualdad, como derecho y como principio, admite dificultades en su concreción, en cuanto constituye un concepto indeterminado. No es posible saber *a priori* cuando estamos ante un trato discriminatorio o, un trato diferenciado se convierte en discriminatorio o, un trato semejante es constitucional por haberse producido en ejercicio de la competencia legislativa para configurar la Constitución o, cuándo un trato diferenciado es un trato promocional o de protección (Bernal, 2016). Es decir, son los

⁵ **Constitución Política del Perú**

Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

conflictos concretos, los que permiten establecer si estamos ante un supuesto de igualdad o discriminación.

9. Esta indeterminación de la igualdad, en principio, tiene origen en la naturaleza del lenguaje⁶. Las normas usualmente adoptan formas del lenguaje prescriptivo y afrontan los mismos problemas de indeterminación que afronta el lenguaje común, entre ellos el de vaguedad⁷. En este sentido, la igualdad no es precisamente un término cuyo significado genere consenso o admita un significado unívoco.

10. De esta manera, cuando nos referimos a la igualdad como derecho, debemos advertir que existen ciertas zonas grises o de penumbra para establecer, en determinados casos, si estamos ante supuestos de igualdad o discriminación. Esto ocurre con mayor frecuencia en los casos de las acciones afirmativas (discriminación positiva) por el que normativamente se otorgan tratos preferenciales o bonificaciones a minorías o sectores históricamente desfavorecidos para nivelar su acceso

⁶ Carlos Santiago Nino dice:

La utilidad de tener presente la distinción entre símbolos y signos y de advertir que el lenguaje es un sistema de símbolos, se pone de manifiesto cuando reparamos que existe una tendencia en el pensamiento común, racionalizada por alguna tradición filosófica prestigiosa, que encara las palabras como si fueran signos, o sea, como si tuvieran una relación natural, independiente de la voluntad de los hombres, con aquello que significan.

(...)

A esta idea alude Jorge Luis Borges con ironía, en estos deliciosos versos varias veces citados:

*"Si el nombre es el reflejo de la cosa
(como dice el griego en el Cratilo),
en las letras de 'rosa' está la rosa y
todo el Nilo en la palabra 'Nilo'."*

(Nino, 2003, p. 249)

⁷ Guastini refiere que "la vaguedad es, entonces, una propiedad de la referencia de los predicados. Un predicado es vago siempre que la pregunta "¿A qué cosa se refiere", admite una respuesta dudosa? (Guastini, 1997, p. 121-131)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

a la educación, empleo, salud, representación política etc. No obstante, estos tratos preferenciales, cuando se aplican irrazonablemente pueden constituir verdaderos privilegios y menoscabar derechos ajenos poniendo en cuestión la idea de igualdad, además de debilitar la idea de la meritocracia⁸.

11. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht* o BVerfG)⁹, considerando inicialmente la concepción aristotélica de la igualdad¹⁰, ha señalado lo siguiente:

(...)

*La desigualdad se justifica si existen razones objetivas, materiales y comprensibles, sin sobrepasar el veto de arbitrariedad (Willkürverbot); inicialmente, bastaban motivos no ajenos, falsos o caprichosos. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG, 55, 72 y 90, 145) introdujo la "Neue Formel", incorporando el principio de proporcionalidad, obligatoria en desigualdades donde el afectado apenas influye en el criterio, el menoscabo es intensamente lesivo de la libertad o emula prohibiciones discriminatorias del art. 3 ap. 3 GG (ej. orientación sexual) (Juracademy, s.f.)*¹¹

⁸ La legislación y jurisprudencia alemana, por ejemplo, considerando la idea de la meritocracia o de la selección del mejor, prescribe que este derecho de las personas con discapacidad no garantiza la obtención de la plaza, ni se incide en incrementos extra para tener mejores posibilidades de ingreso pese a no tener los mejores méritos; pero sí asegura que el aspirante sea incluido en el proceso de selección y que su candidatura sea evaluada sin errores de apreciación ni criterios discriminatorios. (bundesarbeitsgericht, 2021) (sobre una traducción del perplexity).

⁹ La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz), señala al respecto:

Artículo 3 [Igualdad ante la ley]

(1) *Todas las personas son iguales ante la ley.*

(2) *El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.*

(3) *Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.*

(Ley Fundamental de la República Federal de Alemania).

¹⁰ Textualmente refiere el BVerfG

“Lo sustancialmente igual debe tratarse por igual, y lo sustancialmente desigual de forma desigual, conforme exige el art. 3 ap. 1 GG. Requiere dos situaciones fácticas distintas: una tratada de un modo y la otra de forma diferente, configurando una desigualdad.”

¹¹ (Traducción del alemán por perplexity)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

Posteriormente, a partir del año 1993, la BVerfGE¹² se ha adoptado una nueva fórmula: *la Neueste Formel* (novísima fórmula = BVerfGE 88, 87, 96), la cual gradúa el estándar de revisión en base *al tertium comparationis* utilizado en la relación de igualdad (Montt & Cardenas, 2011).

12. En la legislación alemana, se ha advertido también cambios importantes. La Ley de transexuales (Transsexuellengesetz TSG) promulgada en 1980, establecía dos vías para que las personas trans cambien de nombre legal: la "pequeña solución", que implica probar ante un tribunal local la no identificación con su género actual, y la "gran solución", que requería la esterilidad permanente y la cirugía de confirmación de género que permitía cambio de género como el nombre, además de dos opiniones médicas costosas¹³. Esta Ley fue dejada sin efecto por la Selbstbestimmungsgesetz (SBGG), vigente desde noviembre de 2024, en la que se simplifica el cambio de nombre y el marcador de

¹² *El desarrollo dogmático-constitucional alemán comenzó con el estándar del Willkürverbot (prohibición de la arbitrariedad); pasando a la Neue Formel, que agregó el test de proporcionalidad; para llegar, finalmente, a partir del año 1993, a la Neueste Formel (nuevísima fórmula = BVerfGE 88, 87, 96), que gradúa el estándar de revisión en base al tertium comparationis utilizado en la relación de igualdad; ver, entre otros, Somek, Alexander, Rationalität und Diskriminierung - Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, (Springer Verlag) 2001, p. 344; Dugar, Sunjid, Der Gleichheitsgrundsatz in Bezug auf das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im deutschen und mongolischen Recht, (Herbert Utz Verlag GMBH) 2009, p. 32 y ss. Algo estructuralmente similar, se observa en la jurisprudencia norteamericana que distingue entre strict scrutiny (escrutinio estricto), intermediate scrutiny (escrutinio intermedio) y rational basis (sobre base racional); ver, entre otros, Kelso, Randall, "Standards Of Review Under The Equal Protection Clause And Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The 'Base Plus Six' Model And Modern Supreme Court Practice", en Journal of Constitutional Law, Vol 4:2, 2002; Wadhvani, J., "Rational Reviews, Irrational Results", en Tex. L. Rev., 84, 2006, p. 801.*

Citado por (Montt & Cardenas, 2011).

¹³ Esta Ley fue considerada arcaica y degradante y por esta razón el Gobierno alemán promulgó posteriormente una nueva "ley de autodeterminación" que ha estado en espera durante un buen periodo. (Douglas, 2021)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

género mediante un procedimiento administrativo basado en la sola declaración, eliminando de esta forma los requisitos médicos o periciales previos (Gregson, 2024). La aprobación de esta Ley no fue pacífica ni unánime¹⁴.

13. La Jurisprudencia norteamericana, sin embargo, ha venido configurado la idea del derecho a la igualdad en una línea distinta. En el caso *Students for Fair Admissions (SFFA) v. Harvard* (2023), a partir de la doctrina del “colorblindness” o la ceguera al color¹⁵, se ha mostrado contrario a las acciones afirmativas como una proyección del derecho a la igualdad material o sustancial, privilegiando un enfoque neutral¹⁶.

¹⁴ Los argumentos en contra señalan que hay un riesgo de abusos, en cuanto no hay controles previos para prevenir cambios frívolos o malintencionados, cuestionan los procedimientos para menores (desde 14 años con restricciones), alegando descuido estatal hacia niños y jóvenes.

Ideología absurda: la califica de "ley absurda" de "extremistas trans", burlándose de que "todo el mundo puede ser cualquier cosa". (Valero, 2024) (De Cabo, 2024)

¹⁵ Considerando la doctrina del *colorblindness* (ceguera al color) la Cláusula de Igual Protección de La Corte Suprema Norteamericana viene interpretándolo como un mandato para tratar a todos los ciudadanos sin distinción de raza y/o de aquellas categorías sospechosas de discriminación. Esto también es aplicable para las acciones afirmativas.

¹⁶ Esta doctrina, promueve una igualdad formal ignorando las diferencias raciales, étnicas o de identidad para evitar políticas que las consideren explícitamente, como la acción afirmativa. Por lo demás ha sido extendida a la identidad de género. El “colorblindness” rechaza cualquier medida de diferenciación, aún cuando este termine favoreciendo a las minorías históricamente excluidas (Acciones afirmativas). En todo caso, prioriza un enfoque neutral que presume igualdad sin reconocer desventajas históricas.

Sobre este mismo punto se señala:

“El principio de anticlassificación prohíbe diferenciar o catalogar a personas, ya sea de manera abierta o encubierta, en base una categoría prohibida (Balkin y Siegel, 2003, p. 10). Este principio considera que la sola utilización de una categoría prohibida como la raza, es ofensiva a la dignidad humana y, por tanto, debe ser analizada bajo escrutinio estricto. El principio de anticlassificación es simétrico, en virtud de que la utilización de una categoría sospechosa, independiente de que sea utilizada para perjudicar o beneficiar a una persona, será sometida a escrutinio estricto y se presumirá su inconstitucionalidad. El principio de anticlassificación tiene como objetivo evitar la utilización de categorías nocivas y ofensivas, ya que considera que la ley es cómplice de la desigualdad por el solo hecho de utilizar dichas clasificaciones (Brest et al., 2006, p. 966). En tal virtud, una norma que restringe derechos u otorga beneficios a personas por

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

14. Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina de otras cortes constitucionales, asume que el derecho a la igualdad ostenta diversas proyecciones: igualdad en el contenido de la ley, igualdad en la aplicación de la ley, la no discriminación, las acciones afirmativas o la denominada “discriminación positiva”¹⁷. En el expediente N.º 01726-2022-PA/TC, señala:

la sola consideración de su raza, resulta arbitraria e inconstitucional. En palabras del presidente de la Corte Suprema, John Roberts, “la única manera de parar la discriminación en base a la raza es dejar de diferenciar a las personas en base a la raza” (2007, Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1).” (Ortiz, 2018)

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, se ha promulgado la Ley 29973, Ley General de la Personas con Discapacidad, que otorga a las personas con discapacidad una bonificación para el acceso al empleo público. El Tribunal Constitucional EXP. N.º 01106-2022-PA/TC, señala al respecto

“14. Así pues, la bonificación del 15 % sobre el puntaje final obtenido por parte de la persona con discapacidad que cumpla con los requisitos para el cargo y alcance un puntaje aprobatorio en el marco de concursos públicos, ha sido entendida por este Tribunal Constitucional de modo tal que es aplicable a “todos” los procesos de selección del Estado, sin excepción alguna, pues la norma está establecida con alcance general al sector público “independientemente del régimen laboral”, por lo que no resulta válido prima facie que se realice alguna distinción donde la ley no lo hace; es decir, excluir a determinado sector del Estado de la obligación que regula la citada norma . “

No obstante, esta bonificación justificada ligeramente por el Tribunal Constitucional puede ser considerada como un privilegio y un acto discriminatorio por las siguientes razones:

- a) La bonificación del 15% constituye un exceso considerando lo que ocurre en otras realidades. Existen países donde se bonifica en ciertos rubros como el de la experiencia (que considerando que no pueden insertarse en el mercado laboral fácilmente) y otros que no otorgan bonificación y más bien asumen un especial seguimiento en estos procesos para evitar que exclusiones por razones discriminatorias.
- b) La Ley termina favoreciendo a personas que aun cuando tengan un certificado de discapacidad, no ha sido pasibles de discriminación histórica en consideración al cargo al que postulan. La información estadística sobre el subempleo de las personas con discapacidad, no dan mayor información sobre estas particularidades.
- c) A más de la bonificación, la Ley ya prevé una cuota para las personas discapacitadas, de manera que la bonificación
- d) Existen casos en que es imposible vencer a personas favorecidas con esta bonificación por discapacidad. Esto puede suponer en la práctica que la mayoría de los puestos está reservado a personas con discapacidad.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

“4. El derecho a la igualdad aparece reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución. Entre las diversas posiciones que se encuentran garantizadas por este derecho deben mencionarse, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (recientemente, Sentencia 03389-2021-PA/TC), los derechos a la igualdad en el contenido de la ley (las normas deben tratar por igual los supuestos iguales y regular tratos diferenciados únicamente cuando ello se encuentre constitucionalmente justificado); a la igualdad en la aplicación de la ley (la administración y la judicatura deben aplicar de igual manera el Derecho, y resolver de igual modo, cuando se enfrenta a supuestos sustancialmente iguales); a la no discriminación (no cabe tratamientos diferentes con base en las denominadas “categorías sospechosas”, aquellas mencionadas expresamente en la Constitución y otras análogas); así como a la igualdad material o sustantiva (contenido que es realizado a través de medidas de temporales igualdad positiva, políticas de inclusión social, trato deferente a grupos o personas que enfrentan desigualdades estructurales, ajustes razonables individualizados, etc.). Incluso más, el Tribunal ha indicado que el derecho a la igualdad también implica el respeto de las diferencias y, por ende, tiene como correlato la obligación de garantizar el igual respeto a cada uno, no obstante –o mejor aún- debido a las diferencias individuales o colectivas (Sentencia 03158-2018-PA/TC, fundamento 16)”.

El género, las categorías sospechosas de discriminación y la presunción de inconstitucionalidad

15. La promulgación de leyes que directa o indirectamente tengan relevancia sobre los derechos de ciertos sectores minoritarios de la población y/o grupos histórica y sistemáticamente excluidos (en consideración a criterios elaborados por la jurisprudencia como sexo, raza, nacionalidad etc.) son sospechosas de discriminación.

16. La jurisprudencia norteamericana, donde tuvo lugar la concepción primigenia de estas categorías sospechosas de discriminación, ha señalado que las leyes que afectan a "minorías discretas e insulares"

-
- e) No se explica como personas de otras categorías sospechosas de discriminación no reciban estas bonificaciones, lo que hace pensar también en una norma discriminatoria.
 - f) No se debe perder de vista que ciertos cargos (por lo menos los de mayores niveles) requieren de una mayor incidencia en la meritocracia. La bonificación prevista por la ley no permite consolidar esta finalidad constitucional vinculado al acceso al empleo público.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

podrían requerir de un examen judicial más atento¹⁸. A partir de esta observación, la jurisprudencia ha elaborado niveles de escrutinio para el análisis de estas categorías sospechosas de discriminación, en el que el género (categoría cuasi sospechosa)¹⁹ ocupa un lugar intermedio²⁰.

¹⁸ En el caso *Carolene Products v. United States* (1938), la Corte Suprema Norteamericana sugirió que las leyes que afectan a "minorías discretas e insulares" podrían requerir un examen judicial más atento, considerando que estas poblaciones a menudo carecen de la capacidad de protegerse a través del proceso político mayoritario. Esta premisa transformó el rol del juez constitucional: de ser un mero observador de la racionalidad legislativa, pasó a ser un guardián activo de la integridad del sistema democrático frente a las mayorías.

Ver en: <https://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epcscrutiny.htm>

Casos significativos posteriores sobre las categorías sospechosas ha sido desarrollados en *Korematsu v. United States* y *el loving Loving v Virginia* (Traducción del inglés por perplexity).

¹⁹ La Corte Suprema de EEUU en *Bostock v. Clayton County* (2020) extendió la prohibición de discriminación por sexo del Título VII a orientación sexual e identidad de género, protegiendo a personas LGBTQ+ en empleo. No obstante, el 2025, avaló prohibiciones estatales a tratamientos de género para menores (*United States v. Skrametti*) y respaldó la eliminación de "X" en pasaportes, limitando a sexo biológico (M/F), y permitió a padres excluir libros LGBTQ+ en escuelas.

²⁰ Levels of Scrutiny Under the Three-Tiered Approach to Equal Protection Analysis

Niveles de Escrutinio bajo el Enfoque de Tres Niveles para el Análisis de Protección Igualitaria.

Escrutinio Estricto

Este es el nivel más alto de escrutinio aplicado por los tribunales a las acciones gubernamentales o leyes. La Corte Suprema de EE.UU. ha determinado que la legislación o acciones gubernamentales que discriminen por raza, origen nacional, religión o condición de extranjero deben superar este nivel de escrutinio para sobrevivir a un desafío por violación de la protección igualitaria constitucional. Este alto nivel de escrutinio también se aplica cuando una ley amenaza un "derecho fundamental", como el derecho al matrimonio.

El escrutinio estricto requiere que el gobierno pruebe que:

- *Existe un interés estatal apremiante detrás de la política cuestionada, y*
- *La ley o regulación está diseñada de manera estrecha para lograr su resultado.*

Escrutinio Intermedio

El siguiente nivel de escrutinio judicial para leyes cuestionadas es menos exigente que el estricto. Para que una ley supere el escrutinio intermedio, debe:

- *Servir un objetivo gubernamental importante, y*
- *Estar sustancialmente relacionada con la consecución de ese objetivo.*

Esta prueba fue aceptada por primera vez por la Corte Suprema de EE.UU. en 1976 para usarse cuando una ley discrimina por género o sexo. Algunos tribunales federales de apelaciones y cortes supremas estatales también han aplicado este nivel de escrutinio a casos de orientación sexual. Al igual que el escrutinio estricto, el intermedio coloca la carga de la prueba en el gobierno.

Revisión de Base Racional

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

17. La elaboración de grados de escrutinio y las categorías sospechosas de discriminación, es una idea compartida por los tribunales constitucionales. La existencia de ciertas minorías (o mayorías) históricamente discriminadas o excluidas requiere de una mayor acción por parte del Estado y, en este sentido, constituyen una suerte de deuda pendiente. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) (Petersen, 2025) ha venido desarrollando un catálogo de categorías sospechosas de discriminación vinculadas al sexo, nacionalidad, residencia, nacimiento extramatrimonial, discapacidad, edad, orientación sexual, estado civil, entre otras.

18. En esta misma línea, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-038/21), considera que ciertas distinciones de trato promovidas por la legislación, como las vinculadas al sexo, constituyen "categorías sospechosas" prohibidas por la Constitución (Artículo 13), de manera que:

*"122. (...) se presume directamente discriminatorio y desconocedor del derecho a la igualdad, a menos que se demuestre la razonabilidad y proporcionalidad de su uso. Con el objetivo de identificar los casos en los cuales las diferencias de trato introducidas por el legislador basadas en el sexo están justificadas y resultan medidas afirmativas y no de discriminación indirecta o paternalistas – desconocedoras del derecho a la igualdad–, se hace necesario valerse de una metodología fundada en el principio de proporcionalidad, aplicable a través del juicio de razonabilidad.
(...)"*

Este es el nivel más bajo de escrutinio para leyes cuestionadas, y históricamente ha requerido muy poco para que una ley se considere constitucional. Bajo la prueba de base racional, la persona que impugna la ley (no el gobierno) debe probar que:

- El gobierno no tiene un interés legítimo en la ley o política, o*
- No existe un vínculo razonable y racional entre ese interés y la ley cuestionada.*

Los tribunales que usan esta prueba son altamente deferentes al gobierno y a menudo consideran que una ley tiene base racional siempre que exista cualquier base racional concebible, incluso si el gobierno nunca la proporcionó. Esta prueba aplica típicamente a leyes o regulaciones impugnadas como irracionales o arbitrarias, así como a discriminaciones por edad, discapacidad, riqueza o estatus de delincuente.

(Snider, 2020)

(Traducción perplexity)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

19. Nuestro Tribunal Constitucional en el Caso Miguel Armando Cadillo Palomino contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (Expediente 02317-2010- PA/TC) sobre estas categorías ha señalado lo siguiente:

“32. [...] se entiende por “categorías sospechosas” o “especialmente odiosas” a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados estará afectada a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable”.

20. De manera similar a lo desarrollado por otros tribunales constitucionales, nuestro Tribunal Constitucional considera que toda distinción que se funde en categorías sospechosas debe estar afectada a la presunción de inconstitucionalidad²¹. Dicho de otro modo, las disposiciones normativas que incidan en la distinción de estas minorías son provisionalmente inconstitucionales, a no ser que existan pruebas y argumentos que desvirtúen esta presunción.

21. Las formas de discriminación que eventualmente puede afectar a estas minorías pueden ser directas e indirectas²². Son directas en cuanto

²¹ Sobre las categorías sospechosas de discriminación el Tribunal Constitucional en el Caso Miguel Armando Cadillo Palomino contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Sala 1. Expediente 02317-2010- PA/TC. Ha señalado lo siguiente:

32. [...] se entiende por “categorías sospechosas” o “especialmente odiosas” (...). En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados estará afectada a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable. - El subrayado es nuestro.

²² En el caso Kimberly Ángela Chapoñán Meza Expediente. 00374-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

15. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia recaída en el Expediente N.º 5652-2007- AA, incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminación directa, a través de la cual toda norma que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

tratan a una persona que se encuentran en una situación comparable a otra de forma menos favorable por reunir una de las características previstas en la ley; e indirecta, cuando “las disposiciones, criterios o procedimientos aparentemente neutrales pueden poner a ciertas personas, en desventaja particular respecto de otras personas, salvo que las disposiciones, criterios o procedimientos en cuestión estén objetivamente justificadas por una finalidad legítima y los medios elegidos para la realización de dicha finalidad sean adecuados y necesarios” (Aguilera, 2007).

Los niveles de escrutinio

22. Dentro de la idea del derecho a la igualdad, establecer si un trato diferenciado resulta discriminatorio, constituye un asunto que puede resultar complejo. La Corte Suprema Norteamericana en este sentido ha desarrollado estándares o niveles de escrutinio, en consideración a los grupos considerados en las categorías sospechosas de discriminación y a la gravedad de la distinción²³. La elaboración de estos estándares no

pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

²³ Levels of Scrutiny Under the Three-Tiered Approach to Equal Protection Analysis
Niveles de Escrutinio bajo el Enfoque de Tres Niveles para el Análisis de Protección Igualitaria.

(...)

Escrutinio de Nivel Intermedio

El gobierno debe demostrar que la clasificación impugnada sirve a un interés estatal importante y que la clasificación está al menos sustancialmente relacionada con la consecución de ese interés.

Clasificaciones cuasi-sospechosas:

1. Género
2. Ilegitimidad.

(Snider, 2020)

(Traducción perplexity)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

constituye solamente esfuerzos argumentativos o didácticos, sino que de ella se han derivado importantes consecuencias prácticas en el ámbito de las decisiones judiciales; por ejemplo, aquellos vinculadas a los efectos de la presunción de inconstitucionalidad.

23. En consecuencia, cuando estamos ante una categoría sospechosa de discriminación ubicada en el primer nivel o en el escrutinio estricto en la jurisprudencia constitucional (incluyendo la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional)²⁴, debemos asumir que esta medida diferenciadora es provisionalmente inconstitucional, como partida para dar lugar al debate.

24. En el caso *Bolling v. Sharpe*, la Corte Suprema Norteamericana, consideró que la utilización de un criterio de diferenciación (como la raza) se presume inconstitucional a menos que “constituya un medio para alcanzar un interés estatal imperativo (del más alto orden) y se ajuste estrictamente para alcanzar dicho fin”. La justificación acerca de este

²⁴ Tribunal Constitucional EXP. N.º 01513-2017-PA/TC Fundamento voto Miranda Canales

19. Una vez precisado los tres sub-exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios:

i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificadoras, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificadoras y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

interés estatal imperativo en consideración al derecho a la igualdad y los otros presupuestos de este examen de igualdad en consideración al escrutinio estricto fueron desarrollados en casos como *Hirabayashi v. United States* y *Korematsu v. United States*. (Ortiz J. , 2018):

25. De esta manera, considerando que el examen de escrutinio de estricto conlleva la presunción de inconstitucionalidad de la medida diferenciadora, le corresponde al Estado (como parte demandada) acreditar el cumplimiento de los siguientes pasos con relación a dicha medida para desvirtuar la presunción:

(i) El trato diferenciado debe estar justificado en un interés estatal imperativo (compelling state interest), que se refiere al grado máximo de trascendencia de un interés público, mas no a la urgencia o lo apremiante del interés.

(ii) La medida debe ajustarse estrictamente (narrowly tailored) a cumplir dicho fin. Esto significa que la medida diferenciadora debe diseñarse a la medida, ya que si la acción gubernamental restringe otros aspectos (overinclusive) o no abarca los aspectos esenciales para cumplir el interés imperativo (underinclusive), no superará la prueba.

(iii) Finalmente, la medida debe ser el medio menos restrictivo disponible para alcanzar el fin estatal imperativo, es decir, no debe existir un medio menos restrictivo para alcanzar eficientemente dicho objetivo.

(Ortiz J. , 2018)

26. Los otros niveles de escrutinio, exigen menores exigencias argumentativas y probatorias al Estado en consideración a este examen de igualdad. Para salvar el escrutinio intermedio, por ejemplo, el Estado debe demostrar que la medida diferenciadora “está justificada en un fin estatal importante y constituye un medio sustancialmente relacionado para alcanzar dicho fin” (Ortiz J. , 2018). Es decir, se exige la acreditación de un fin importante o acuciante y no trascendental o imperativo.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la clasificación internacional de Enfermedades (CIE)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

27. La Organización Mundial de la Salud (OMS) es un organismo de las Naciones Unidas que pone en contacto a naciones, asociados y personas a fin de promover la salud, preservar la seguridad mundial y servir a las poblaciones vulnerables, entre otros²⁵. La OMS tiene también la función de estandarización del lenguaje clínico mediante la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE)²⁶. Sobre este clasificador, la Organización Mundial de la Salud el año 2024, ha señalado lo siguiente:

“Este instrumento, que ha evolucionado desde el siglo XIX, no es un mero repositorio de códigos estadísticos, sino un marco normativo que define la frontera entre la salud y la enfermedad, y por extensión, entre la normalidad y la desviación social.

La Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) tiene una amplia gama de usos en todo el mundo y proporciona conocimientos fundamentales sobre el alcance, las causas y las consecuencias de las enfermedades y muertes humanas en todo el mundo a través de los datos que se notifican y codifican con la CIE. Los términos clínicos codificados con la CIE son la base principal para el registro sanitario y las estadísticas sobre enfermedades en la atención primaria, secundaria y terciaria, así como en los certificados de causa de muerte. Estos datos y estadísticas sirven de apoyo a los sistemas de pago, la planificación de servicios, la administración de la calidad y la seguridad, y la investigación de los servicios sanitarios. La orientación diagnóstica vinculada a las categorías de la CIE también normaliza la recopilación de datos y permite la investigación a gran escala” (WHO, 2024).

28. La Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), no constituye ni puede constituir un instrumento definitivo e inamovible. En todo caso, estas clasificaciones han tenido cambios en el pasado y están, eventualmente, sujetas a cambios derivados de los nuevos aportes o descubrimientos de la ciencia o de las implicancias éticas y políticas que suelen rodear a estos acuerdos. Así, por ejemplo, más de 130 años después de la invención del término homosexual, la OMS eliminó la homosexualidad del listado de enfermedades (Peidro, 2021).

²⁵ Ver: <https://www.who.int/es/about>

²⁶ El CIE no es el único sistema de clasificación de enfermedades. En Norteamérica se observa el DSM (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Psiquiátrica Americana).

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

29. El Clasificador CIE-10, adoptado en 1990, es el mismo clasificador que eliminó la homosexualidad de su catálogo de enfermedades; sin embargo, no obvió considerar a las identidades trans y de género diverso del listado de los “trastornos mentales”²⁷, como puede observarse a continuación:

“Trastornos mentales y del comportamiento (F00–F99)

(...)

F64 Trastornos de la identidad de género

F64.0 Transexualismo

Deseo de vivir y de ser aceptado como integrante del sexo opuesto, habitualmente acompañado de un sentimiento de incomodidad o de inadecuación al sexo anatómico propio, y del deseo de someterse a cirugía y a tratamiento hormonal para hacer el propio cuerpo tan congruente como sea posible con el sexo preferido por la persona.

F64.1 Transvestismo de rol dual

Uso de vestuario del sexo opuesto durante una etapa de la vida, para disfrutar de la experiencia transitoria de ser integrante de ese sexo, pero sin ningún deseo de un cambio de sexo más permanente ni de reasignación quirúrgica, y sin excitación sexual que acompañe al hecho de vestirse con ropas del sexo opuesto. Trastorno de la identidad de género en la adolescencia, o en la edad adulta, de tipo no transexual

Excluye: transvestismo fetichista (F65.1)

F64.2 Trastorno de la identidad de género en la niñez

Trastorno cuya primera manifestación ocurre generalmente durante la niñez temprana (siempre, mucho antes de la pubertad), que se caracteriza por intensa y permanente angustia en relación con el propio sexo, conjuntamente con el deseo de pertenecer al otro sexo o con la insistencia de que se pertenece a él. Hay preocupación persistente por el vestuario y por las actividades del sexo opuesto y repudio al propio sexo. Para hacer este diagnóstico se requiere que exista una alteración profunda de la identidad del género normal. No son suficientes solamente los hábitos masculinos en las niñas o la conducta afeminada en los niños. Los trastornos de la identidad de género en personas que han llegado a la pubertad o que la están iniciando no deben clasificarse aquí sino en F66.–.

Excluye: orientación sexual egodistónica (F66.1)

trastorno de la maduración sexual (F66.0)

F64.8 Otros trastornos de la identidad de género

F64.9 Trastorno de la identidad de género, no especificado Trastorno del rol del género SAI

²⁷ Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud Décima Revisión CIE-10. Volumen 1, publicación científica No 554 <https://ais.paho.org/classifications/chapters/pdf/volume1.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

30. La CIE-10 de la OMS ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante diversos dispositivos normativos tales como la Resolución Ministerial N° 553-2002-SA/DM, que oficializa su uso en todos los establecimientos de salud del territorio nacional; y el Decreto Supremo Decreto Supremo N° 009-2024-SA, que aprueba la actualización del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) que contienen un listado dentro de las que se encontraban incluidas las personas trans en la CIE-10.

31. El Decreto Supremo Decreto Supremo N° 009-2024-SA que incorpora a las personas trans en el listado de los “Trastornos mentales y del comportamiento”, no obstante, ha sido materia de cuestionamientos por quienes constituyen este grupo y otros activistas de los derechos de estas minorías. Consideran estigmatizante la aplicación de este Decreto Supremo en cuanto, para acceder a los servicios de salud y recibir la terapia hormonal o las intervenciones quirúrgicas, debe previamente ser sometidas a “rigurosas” evaluaciones psiquiátricas para confirmen su trastorno (Arango, Garcia, & otros, 2025). En suma, el acceso de estas minorías a los tratamientos especiales de los servicios de salud está condicionado a la realización de exámenes psiquiátricos y al diagnóstico correspondiente para que recién se encuentren habilitados a recibir el tratamiento médico.

32. Alrededor de esta patologización de las personas trans, se ha ido incrementando los conflictos significativos derivados no solo de su condición²⁸; sino también de su estigmatización y su ubicación dentro de

²⁸ Existe una ampulosa información acerca de la discriminación y abuso del que son objeto las personas trans. Así, por ejemplo, en algunos países **7 de cada 10 varones trans dejaron de ir al médico por discriminación**

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

una clasificación que los ubica en los márgenes de nuestra sociedad como “enfermos mentales”, “trastornados”, etc. y lo que ello significa en una sociedad históricamente intolerante como la nuestra. Esta profundización de la estigmatización, además del sufrimiento que puede causar en las personas trans, tienen una profunda incidencia en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Así se señala, por ejemplo:

Erving Goffman en su Estigma: la identidad deteriorada, habla del concepto de estigma. Los griegos crearon el término estigma para “referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el status moral de quien los presentaba”. Eran signos que identificaban a la persona con ciertas categorías sociales, cortes o quemaduras en el cuerpo identificaban a la persona como un esclavo, un criminal, por lo que era una persona corrupta, deshonrada, alguien a quien evitar en lugares públicos.

(...)

El coste de esta estigmatización social son consecuencias a nivel de la autoestima y el desarrollo emocional que derivará en problemas de salud mental. Para poder superar el estigma se han realizado varios estudios, en los cuales concluyen que cuanto mayor es el grado de información, más referentes se tienen y más cercanos, redes de apoyo, disminuye la homofobia. También el ser visible, “salir del armario”, ser capaz de verbalizarlo, de aceptarlo, hace más fácil enfrentarse a la estigmatización. Las personas que pertenecen a minorías sexuales tienen una gran capacidad de autoafirmación y resiliencia (Quesada & Arlandis, 2020, p. 11).

33. Debido a los efectos discriminatorios de la CIE-10 sobre las personas trans y a las presiones de grupos activistas en la defensa de sus derechos, en mayo de 2019, la 72ª Asamblea Mundial de la Salud aprobó una nueva Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-11 (entró en vigor el 1 de enero de 2022). Esta nueva Clasificación Internacional de Enfermedades, eliminó las identidades trans del capítulo de trastornos mentales, y las reubicó en un nuevo capítulo, vinculado a la salud sexual²⁹, no como patologías, sino como condiciones relacionadas con la salud sexual.

Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=YHgT6ACBDIM>

²⁹ Según el CIE-11 la OMS señala

3.2.17 Capítulo 17 - Condiciones relacionadas con la salud sexual

3.2.17.1 Capítulo 17 - Estructura del capítulo 17

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

34. Este nuevo instrumento o nueva Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-11; sin embargo, no resulta vinculante en el ordenamiento jurídico peruano en la medida que no ha sido incorporado legislativamente. Es decir, su sola aprobación o entrada en vigor no implica que la Administración Pública y los jueces estén obligados a aplicarla (y/o a la consiguiente inaplicación del CIE-10), sino que su implementación está condicionada al solo compromiso de los Estados miembros, entre ellos el Perú. En este sentido, incluso el incumplimiento de estos compromisos no genera sanción internacional alguna (con excepción de las sanciones morales)³⁰.

Las normas objeto de control en el caso

Nuevo capítulo de la CIE-11 dividido en secciones principales para:

Disfunciones sexuales

Trastornos de dolor sexual

Discordancia de género

1er nivel - Categoría amplia de afección 2º nivel - Tipo específico de afección 3er nivel –

Enfermedad específica/trastorno

https://icd.who.int/es/docs/GuiaReferencia_CIE_11_Feb2023.pdf

³⁰ La OMS, señala al respecto.

1. *¿Cuál es el cronograma de implementación de la CIE-11 según la Asamblea Mundial de la Salud (AMS)?*

En mayo de 2019, la Asamblea Mundial de la Salud (AMS) adoptó la CIE-11. El 1 de enero de 2022, la CIE-11 entró formalmente en vigor para los Estados Miembros.

Los países pueden continuar utilizando la CIE-10 el tiempo que sea necesario, pero se alienta la adopción pronta de la CIE-11 para garantizar interoperabilidad, consistencia con estándares globales, beneficiarse de mejoras continuas y cumplir con compromisos internacionales.

2. *¿Existe una sanción si un país no completa la implementación de la CIE-11 en cinco años?*

No. No hay sanción para los países que no cumplan con el cronograma de implementación. La OMS reconoce que cada país puede enfrentar desafíos técnicos, financieros u organizacionales únicos. No obstante, retrasar la implementación puede impedir los beneficios de una clasificación médica actualizada y obstaculizar la comparabilidad e interoperabilidad global de los datos.

(Traducción perplexity)

<https://www.who.int/standards/classifications/frequently-asked-questions/icd-11-implementation>

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

35. De acuerdo con los demandantes, las normas objeto de control constitucional mediante el proceso de acción popular, son las siguientes:

DECRETO SUPREMO N° 009-2024-SA, DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL DECRETO SUPREMO N° 023-2021-SA, QUE APRUEBA LA ACTUALIZACIÓN DEL PLAN ESENCIAL DE ASEGURAMIENTO EN SALUD – PEAS

Artículo 1.- Incorporación de diagnósticos CIE-10 en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud

Incorporar en el literal b) Diagnósticos CIE-10; del numeral 153. Persona con problema de salud mental; del literal B. CONDICIONES ASEGURABLES DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD; del numeral 3. DESCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES ASEGURABLES, LISTADO DE INTERVENCIONES Y PRESTACIONES; del Anexo I - A: PLAN ESENCIAL DE ASEGURAMIENTO EN SALUD (PEAS) - LISTADO PRIORIZADO DE CONDICIONES ASEGURABLES, INTERVENCIONES Y PRESTACIONES; del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS), aprobado por el Decreto Supremo N° 023-2021-SA; siete (07) diagnósticos CIE-10 acorde a la codificación y descripción del capítulo V, Trastornos mentales y del comportamiento, de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, de la Organización Mundial de la Salud, Décima Revisión, Edición de 2018, de acuerdo al siguiente detalle:

“I. ANEXO I – A: PLAN ESENCIAL DE ASEGURAMIENTO EN SALUD (PEAS) – LISTADO PRIORIZADO DE CONDICIONES ASEGURABLES, INTERVENCIONES Y PRESTACIONES

(...)

3. DESCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES ASEGURABLES, LISTADO DE INTERVENCIONES Y PRESTACIONES

(...)

B) CONDICIONES ASEGURABLES DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD:

(...)

153. Persona con problema de salud mental

(...)

b) Diagnósticos CIE-10

(...)

F64.0 Transexualismo

F64.1 Travestismo de rol dual

F64.2 Trastorno de la identidad de género en la niñez

F64.8 Otros trastornos de la identidad de género

F64.9 Trastorno de la identidad de género, no especificado

(...)

F65.1 Travestismo fetichista

(...)

F66.1 Orientación sexual egodistónica

(...)”

(resaltado es nuestro)

36. La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima, en primera instancia, declaró fundada la demanda de acción popular,

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

considerando esencialmente que la norma, al incluir diagnósticos obsoletos de la CIE-10, patologiza identidades de género y orientaciones sexuales diversas, vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, identidad de género y dignidad humana.

Sobre la nulidad de la Sentencia

37. En el recurso de apelación, se incide en que la Sentencia contiene vicios de motivación que generan la nulidad de la Sentencia. Entre ellos, señala que no existe análisis sobre la vigencia del CIE-11 y que no existe mayor argumento sobre la inaplicabilidad práctica en consideración a lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución Ministerial N.º 447- 2024-MINSA, la cual está vigente y dispone el cese del uso de los códigos CIE-10. Del mismo modo, señala razones para revocar la sentencia, tales como la existencia de sustento médico para la dación de la norma, la levedad en la intervención del principio de igualdad entre otros.

38. Sobre el primer argumento del demandante (ausencia de análisis de la vigencia del CIE-11), debemos señalar que este clasificador no ha sido materia de mayor análisis en la Sentencia. Debemos señalar también que esta clasificación no es vinculante. Es decir, su sola aprobación por la OMS o entrada en vigor no implica que la administración pública esté obligada jurídicamente a su aplicación (y/o a la consiguiente inaplicación del CIE-10 por obsolescencia o por cualquier otra razón); sino que su implementación está condicionada al solo compromiso que debe asumir el Estado peruano. De esta manera, debemos señalar que a diferencia de las obligaciones exigibles jurídicamente y por tanto sancionables; los compromisos, asumidos por el Estado peruano no lo son y, por tanto, no pueden ser objeto de sanciones jurídicas, como señala la propia OMS.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

39. Al respecto, la Sentencia (fundamento 3.18) dentro de los argumentos que constituyen *la ratio decidendi*, considera al clasificador CIE-10 como “atentatorias de la dignidad de las personas con orientaciones sexuales o identidades diversas (...) creando o estableciendo a nivel de normativa del Sector Salud un trato desigual y un entorno o situaciones discriminatorias contra las personas que asumen una determinada orientación sexual o identidad de género, distinta del resto de la población (...)”. Es decir, el núcleo central del debate está vinculado a la estigmatización y la discriminación, a partir de la aplicación del clasificador CIE-10 de las personas trans y la consiguiente vulneración de sus derechos.

40. La ausencia o el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre un argumento no esencial, en consecuencia, no puede incidir en la nulidad de la Sentencia en cuanto los argumentos periférico u *obiter dicta*³¹, al no tener mayor peso en la decisión del órgano jurisdiccional, virtualmente pueden prescindirse.

41. La presunta vigencia o “actualidad” del clasificador CIE-11, el uso erróneo de “la falta de sustento medico” que cuestiona el recurrente como vicios de motivación en la sentencia, en todo caso, debe ser considerados también como infracciones de argumentos *obiter dicta* o argumentos periférico o referencial, cuya presencia (o ausencia) no es esencial para sostener la decisión del órgano jurisdiccional. Por lo que, al igual que el párrafo anterior, no tiene la posibilidad de incidir en la declaración de nulidad de la Sentencia.

³¹ “El termino *obiter dicta* generalmente es usado para referirse a aquellas observaciones irrelevantes que por lo general consisten en afirmaciones hechas en el curso de la exposición de los argumentos que justifican la decisión (...)” (Cross, Rupert; Harris. J.W, 2012, p. 106)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

42. Otro de los argumentos vinculados a la nulidad de la sentencia, referidos por el recurrente, señala la “inaplicabilidad práctica” del D. S. N° 009-2024-SA, por la dación del artículo 2 de la Resolución Ministerial N.° 447- 2024-MINSA³² la cual está vigente y dispone el cese del uso de los códigos CIE-10.

43. Sobre este argumento, esta Sala Suprema debe manifestar que la superproducción normativa en los distintos niveles en nuestro Estado no implica la existencia de un caos normativo. La idea de ordenamiento o sistema normativo, en principio, supone un conjunto ordenado de normas alrededor de ciertos criterios o características (Unidad, coherencia o plenitud, como refiere Norberto Bobbio). De esta manera, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, pueden advertirse normas independientes o soberanas (la constitución), normas derivadas; normas formuladas y normas implícitas; normas primarias y normas secundarias y normas válidas y normas inválidas (Guastini, R., 2004). Todas ellas sistematizadas, vinculadas y con soluciones previstas para los supuestos de antinomia con el uso de los criterios de jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia. Un sistema jurídico coherente, admite fórmulas de solución para los supuestos de antinomias.

44. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico constitucionalizado, afirmar que una norma de inferior jerarquía puede dejar sin efecto (“inaplicabilidad práctica”) a una disposición normativa de rango superior, implica trastocar

³² Resolución Ministerial N.° 447- 2024-MINSA

Artículo 2.- Disponer el cese del uso de los códigos y sus descripciones de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y problemas relacionados con la salud - CIE 10, contenidos en el Anexo 02, que forma parte integrante de la presente Resolución Ministerial, en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas, privadas y mixtas, en las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud públicas, privadas y mixtas, así como en las actividades de atención a los usuarios de salud, según corresponda.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

los principios de nuestro ordenamiento jurídico, en el que las normas inferiores no pueden contradecir a las normas superiores³³. En todo caso, en el supuesto de conflictos entre principios para resolver antinomias (especialidad, temporal, competencia), es el principio de principio de jerarquía³⁴ el que prevalece sobre los otros principios

45. Desde otra perspectiva, la “inaplicación práctica” denunciada por el apelante o la pérdida de eficacia del Decreto Supremo N° 009-2024-SA (a manera de desuetudo) no resulta aplicable al caso por cuanto, en nuestro ordenamiento jurídico, las normas se derogan de manera expresa o por incompatibilidad con otra norma posterior (derogación tácita). Dicho de otro modo, el Decreto Supremo N° 009-2024-SA no puede ser derogada (o dejada sin efecto práctico) por una norma de inferior jerarquía y, por

³³ El Tribunal Constitucional en el expediente N.º 047-2004-AI/TC, ha señalado
61.La pirámide jurídica nacional debe ser establecida en base a dos criterios rectores, a saber
(...)

Tercera categoría

Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.

Cuarta categoría

Las resoluciones.

1er. grado:

Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.).

2do. y demás grados descendentes:

Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intrainstitucional.

³⁴ El Tribunal Constitucional en el **EXP. N.º 00005-2010-PI/TC, ha señalado**

(...)

2. El artículo 51° de la Constitución, que consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Del mismo modo, el inciso 4° del artículo 200° de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas. Por su parte, el inciso 1° del artículo 102° de la Constitución establece que es atribución del Congreso de la República dar leyes. Consecuentemente, de las normas citadas se colige que, en nuestro ordenamiento jurídico, el primer rango normativo corresponde a la Constitución y el segundo a la ley y a las normas con dicho rango, entre las que se encuentran las ordenanzas municipales.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

tanto, hasta que esta se derogue o se declare su inconstitucionalidad, sigue siendo una norma vigente y eficaz dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre los argumentos que inciden en la revocatoria

46. Asimismo, el recurrente denuncia la existencia de vicios por los que se debe revocar la Sentencia. En este sentido, refiere que el Decreto Supremo N° 009-2024-SA responde al cumplimiento de un mandato legal previsto en el artículo 13 de la Ley 29344 (Ley Marco de aseguramiento Universal en salud) que exige incluir en el PEAS condiciones priorizadas con cobertura obligatoria concordante con la Ley de Salud Mental.

47. Sobre esta afirmación, esta Sala Suprema advierte cierta contradicción entre los argumentos del recurrente, en cuanto inicialmente afirmó que el Decreto Supremo N° 009-2024-SA no tiene un efecto práctico (inaplicación práctica) y, en este punto, afirma que el Decreto Supremo en cuestión, responde al cumplimiento de un mandato legal dentro de la Ley marco de aseguramiento Universal en Salud y la Ley de Salud Mental.

48. Considera este colegiado que es contradictorio sostener que el Decreto Supremo N° 009-2024-SA no tiene un efecto práctico (inaplicación práctica), y a la vez afirmar que la norma en cuestión es el resultado una obligación que responde al mandato de una ley para posibilitar al aseguramiento universal a las personas trans. La propia formulación de este argumento por parte de la demandada permite advertir que la norma estaba vinculada a consecuencias prácticas. Estas

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

afirmaciones del demandante incumplen el mandato de no contradicción de la teoría argumentativa³⁵.

49. No obstante, aun en la hipótesis de que la emisión del Decreto Supremo N° 009-2024-SA responda a la necesidad imperativa de incorporar al aseguramiento universal a las personas trans (en consideración al test de igualdad), esta Sala Suprema preliminarmente debe señalar lo siguiente:

- a) El ejercicio del derecho a la salud no puede estar condicionados a situaciones que profundicen la estigmatización de las personas trans, obligándolas a un diagnóstico psiquiátrico previo. Exigencias como esta, por lo demás, vulneran el derecho a la dignidad e identidad sexual de las personas trans³⁶.
- b) El CIE-11, a diferencia del CIE-10, no contempla la obligatoriedad de un examen psiquiátrico previo para acceder los servicios de salud de

³⁵ “es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo” (Aristoteles)

Ver <https://www.filosofia.org/cla/ari/azc10303.htm#kp418>

³⁶ La Corte Constitucional Colombiana en **Sentencia T-918/12**, sobre el derecho a la salud de las personas trans, ha señalado:

Este Tribunal ha considerado que la salud no se limita al hecho de no estar enfermo, sino que comprende todos los elementos psíquicos, mentales y sociales que influyen en la calidad de vida de una persona. Por consiguiente, todas las personas deben estar en condiciones de intentar al restablecimiento de su salud bajo criterios de calidad, eficacia y oportunidad.

(...)

No es inusual que las autoridades de salud limiten el acceso al servicio a las personas trans con base en su apariencia diversa, su identidad legal o el conocimiento de que hacen parte de dicha minoría. Precisamente, diversos estudios han encontrado que estas personas, ante la dificultad de recibir las prestaciones de salud que requieren y la desesperación por lograr su bienestar, deciden no recibir atención médica a sus problemas o buscar alternativas al Sistema de Seguridad Social formal. Esta última opción genera consecuencias perversas puesto que lleva a que los pacientes consuman altos niveles de hormonas sin supervisión o se practiquen cirugías en clínicas informales. Se considera que las autoridades no le han dado importancia a la protección del derecho a la salud de las personas trans, que requieren prestaciones específicas. Esta circunstancia ha llevado a que su salud física y mental pasen desapercibidas por las entidades encargadas de velar por su cuidado, en detrimento del bienestar general de dicha comunidad.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

las personas trans³⁷ y en esta medida, debemos señalar, no se incurre en una mayor estigmatización.

- c) La ausencia y las dificultades de los servicios de salud que puedan imponerse a las personas trans pueden causar serios problemas en este sector minoritario de la población, a más de su derecho a la dignidad e identidad sexual³⁸
- d) La propia demanda es consciente de este hecho y pretende no aplicarla en la práctica, usando indebidamente disposiciones normativas de inferior jerarquía

50. Entre los últimos argumentos, considerando el test de igualdad asumido por el Tribunal Constitucional, el recurrente refiere que la norma no vulnera el derecho a la igualdad y la no discriminación y el derecho al

³⁷ La Corte Constitucional Colombiana refiere al respecto Sentencia T-436-25

70. Además, en esta sentencia la Corte señaló que el derecho a la salud de las personas transgénero tiene una relación estrecha con su derecho a la identidad sexual y de género, *“en la medida en que para lograr una coincidencia entre sus características físicas del sexo registrado al nacer y su identidad de género necesitan someterse a un proceso quirúrgico de reafirmación sexual, el cual requerirá de distintos tipos de procedimientos médicos –cirugías o tratamientos hormonales– dependiendo de la valoración integral que realicen los especialistas de la salud en cada caso en particular”*. Considerando esto, se vulneran los derechos de las personas transgénero cuando las entidades del sistema de salud imponen barreras injustificadas para acceder a la prestación de los servicios médicos que sean necesarios en el proceso de reafirmación sexual.

³⁸ El informe de 98 páginas, *“They’re Ruining People’s Lives’: Bans on Gender-Affirming Care for Transgender Youth in the US”*

“Están arruinando la vida de las personas’: Prohibiciones a la atención de reafirmación de género para jóvenes transgénero en Estados Unidos”), documenta las consecuencias devastadoras de estas prohibiciones para las personas jóvenes transgénero, como de la ansiedad, la depresión y, en siete casos informados, intentos de suicidio. Human Rights Watch concluyó que estas leyes contribuyen a generar un clima cada vez más hostil contra las personas trans, y obligan a jóvenes a ocultar su identidad y aislarse socialmente.

<https://www.hrw.org/es/news/2025/06/03/ee-uu-las-prohibiciones-la-atencion-de-reafirmacion-de-genero-perjudican-la>

<https://www.hrw.org/report/2025/06/03/theyre-ruining-peoples-lives/bans-on-gender-affirming-care-for-transgender-youth>

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

libre desarrollo de la personalidad, en cuanto no se ha impuesto restricciones desproporcionadas. Así mismo, sobre el derecho a la identidad de género en consideración a que los Códigos relacionados a diagnósticos CIE-10 en el PEAS, no se pretende negar la identidad ni patologizarla, sino cumplir con un estándar técnico-internacional en vigor hasta la implementación del CIE-11.

51. Como punto de partida, debemos señalar que el derecho a la igualdad, al tener un contenido relacional debe tener como correlato a un tercer (*tertium comprationis*), que en el caso está constituido con la población que accede a los servicios de salud sin las condiciones impuestas por el clasificador CIE-10, que inciden en un tratamiento psiquiátrico previo. Refiere la Corte Constitucional colombiana al Respecto (Sentencia C-038/21):

*“110. Ahora, teniendo en cuenta que el concepto de igualdad es relacional, esto es, exige un ejercicio de cotejo entre grupos de personas, requiere, además, un criterio **o tertium comparationis** con fundamento en el cual resulta factible valorar **“las semejanzas relevantes y las diferencias irrelevantes”**. Lo anterior, toda vez que, consideradas en abstracto, todas las personas somos iguales, aun cuando en concreto nos perfilamos como individuos distintos y singulares. De ahí que el trato diferenciado esté permitido, siempre y cuando obedezca a criterios de objetividad y razonabilidad, vale decir de ninguna manera el trato diferenciado puede estar fincado en motivos meramente subjetivos o prohibidos por la Constitución como el **sexo**, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica –se destaca–.*

111. Para definir el contenido y alcance del principio de igualdad también resulta indispensable comparar las situaciones o circunstancias fácticas en las que se encuentran dos personas o grupos de personas, de modo que sea factible determinar cuál es el trato que jurídicamente debe conferírseles, pues quienes se hallan en iguales o semejantes circunstancias fácticas, deben recibir el mismo trato y, quienes se encuentran en situación fáctica distinta, deben recibir un trato diferente.”

(El resaltado es nuestro)

52. Esta Sala suprema debe establecer que el Decreto Supremo N° 009-2024-SA, en tanto constituye una disposición normativa que incide en distinguir los derechos de las personas trans (minorías que se encuentran

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

dentro de las categorías sospechosas de discriminación) respecto de los grupos mayoritarios de la población, requieren de un escrutinio estricto³⁹. Por tanto, se encuentra afecta a la presunción de inconstitucionalidad⁴⁰.

³⁹ Los argumentos señalados en la Expediente N.º 06040-2015-PA/TC SAN MARTÍN RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA (ANA ROMERO SALDARRIAGA, inciden en la necesidad de un escrutinio estricto en los casos que incidan en la orientación sexual y la identidad de género. En esta Sentencia se señala:

35. Atendiendo a las consideraciones anteriores, es evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la orientación sexual como la identidad de género encuentran sustento directo, merced a una interpretación evolutiva, en la propia Constitución. Por ende, debe desarraigarse cualquier visión patológica con las que históricamente se las ha vinculado, y, por ende, deben ser asumidas como reales condiciones humanas que se desprenden de nuestra diversidad. Esto implica que, al igual que resto de personas, las personas transgénero gozan de los mismos derechos que el resto de miembros de la sociedad, con el énfasis de la protección reforzada que ameritan en virtud del artículo 2.2 de la Constitución. (fundamento voto Ledesma Narvaez).

La Corte constitucional colombiana **Sentencia T-179/25, sobre el derecho a la igualdad de las personas trans señala**

47. La Corte Constitucional ha señalado que el ámbito de protección del derecho a la identidad de género está compuesto, principalmente, por las siguientes garantías: "(i) la facultad de desarrollar la identidad de género de forma libre y autónoma, (ii) el derecho a la expresión del género y (iii) la prohibición de discriminación debido a la identidad de género". En esa medida, ha reconocido que las personas trans son sujetos de especial protección constitucional reforzada en tanto conforman un grupo que ha sido históricamente sometido a prácticas discriminatorias de forma sistemática e interseccional. De la protección cualificada se derivan las siguientes consecuencias: (i) las diferencias de trato fundadas en la identidad de género son prima facie contrarias a la Constitución y, en consecuencia, su escrutinio debe ser especialmente estricto³⁹; (ii) existe una presunción de discriminación y, por lo tanto, "corresponde al presunto responsable de tales acciones desvirtuar la naturaleza discriminatoria de sus actos u omisiones"; y (iii) el Estado tiene un deber cualificado de adoptar medidas afirmativas tendientes a:

(...)

⁴⁰ Refiere la Corte Constitucional colombiana sobre los problemas de la prueba y las presunciones (**Sentencia T-691/12**)

Uno de los retos más complejos que plantea la protección frente a actos de discriminación, es su prueba. La jurisprudencia ha resaltado, que una de las principales garantías en los casos en los que se produce un acto de discriminación, consiste precisamente en que se invierta la carga de la prueba, en especial cuando se trata de personas que alegan haber sido sometidas a tal trato, con base en una categoría sospechosa de discriminación o cuando se trata de personas en situación de sujeción o indefensión.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

De acuerdo con el Tribunal Constitucional esta presunción, solo puede ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable⁴¹.

53. La Corte interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva-24/17⁴², estableció estándares de prohibición de discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género, afirmando que las categorías están protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (prohibición de discriminación por "cualquier otra condición social"). De esta manera, cualquier norma, política o práctica (estatal o privada) que discrimine por estos motivos se presume incompatible con la Convención⁴³.

54. Debemos señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el propio Tribunal Constitucional⁴⁴ han establecido que las Opiniones

⁴¹ Sobre la presunción de inconstitucionalidad ha señalado el Tribunal Constitucional en el Caso Miguel Armando Cadillo Palomino contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Sala 1. Expediente 02317-2010- PA/TC.

³². [...] se entiende por "categorías sospechosas" o "especialmente odiosas" (...). En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afectada a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.
(El subrayado es nuestro).

⁴²En la Opinión Consultiva OC-21/14, el Tribunal puntualizó en su párrafo 31 que los Estados deben realizar el correspondiente control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale la Corte en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva. El razonamiento del Tribunal se sustenta en que la función consultiva al igual que la contenciosa comparte el propósito de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

⁴³ Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la república de costa rica identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos)

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁴⁴ **STC 00007-2007-PI/TC** (y ratificado en muchas otras como la **STC 0022-2011-PI/TC**), el Tribunal estableció que las sentencias y las **Opiniones Consultivas** de la Corte IDH son vinculantes para todos los poderes públicos, en virtud de la **Cuarta Disposición**

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

Consultivas, al formar parte del bloque de convencionalidad, tienen efecto vinculante y por tanto pueden constituirse en parámetros para el control de convencionalidad que eventualmente pueden efectuar todos los poderes públicos⁴⁵ (incluyendo el Ministerio de Salud).

55. Las presunciones en general y las presunciones *iuris tamtum* en particular, cumplen un rol importante en el proceso de deliberación práctica del órgano Jurisdiccional y la justificación de las decisiones. Desde la perspectiva de Edna Ullmann-Margalit, citada en (Roland, 2016), las presunciones constituyen una respuesta provisoria en forma de regla “dado que es el caso de p , debes proceder como si q fuera verdadera, a menos que tengas suficiente razón para creer que no es el caso de que q ”⁴⁶.

Final y Transitoria de la Constitución, que obliga a interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales.

⁴⁵ **Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia** en el caso **Gelman vs. Uruguay**, emitida el **20 de marzo de 2013**, denominada “Gelman II”.

⁴⁶Edna Ullmann-Margalit, citada por (Roland, 2016) sobre las presunciones jurídicas señala lo siguiente:

- i) *En primer lugar, las presunciones son necesarias en situaciones que potencialmente representan dilemas futuros para el agente que necesita decidir. Entonces para evitar que el agente quede atrapado en un proceso de deliberación inconclusivo, se formulan presunciones. Sirve a evitar impases y a facilitar la acción. (...)*
- ii) *¿Y qué son? Las presunciones son una respuesta anticipada ofrecida en la forma de una regla. La regla relaciona genéricamente categorías de hechos. Siempre que ocurra P , se debe presumir Q . (...) “Dado que es el caso de p , debes proceder como si q fuera verdadera, a menos que tengas suficiente razón para creer que no es el caso de que q ”.*
- iii) *O sea, para Ullmann-Margalit la regla de presunción siempre cuenta con un hecho básico P cuya ocurrencia confirmada conduce el agente al hecho Q , el hecho presumido. Se trata de un puente ofrecido desde hecho P a hecho Q . (...)*
- iv) *Ahora bien, el puente que el hecho básico ofrece hacia el hecho presumido, de alguna forma, ¿no sería traducible en la inferencia de Q desde P ? ¿Sería “inferir” el comportamiento que la regla de presunción convierte en obligatorio? La respuesta de Ullmann-Margalit es en el sentido de negar cualquier compromiso entre la regla de presunción con la verdad de q (es decir, la autora afirma que la presunción no se compromete con la verdad de la ocurrencia de q en el caso individual). La regla*

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

56. En este sentido, ante la emisión de disposiciones normativas diferenciadoras sobre “categorías sospechosas de discriminación” (raza, sexo, genero, etc.) y la necesidad de un escrutinio estricto en estos casos, debemos presumir o asumir provisoriamente la inconstitucionalidad de la norma, a no ser que sea desvirtuada por el Estado en consideración a una actividad argumentativa que implique una justificación estricta, objetiva y razonable.

57. Las presunciones, y la presunción de inconstitucionalidad en el caso, evitan una mayor bifurcación y problematización del conflicto. Desde otra perspectiva, constituyen un alivio para el ejercicio de los derechos de los grupos minoritarios, quienes no están en la mejor posición para ejercer y defender sus derechos. Las presunciones permiten un aligeramiento en las obligaciones argumentativas y probatorias de los demandantes, en cuanto estas son trasladadas al Estado como parte demandada. Las presunciones de inconstitucionalidad (presunción *juris tamtum*), en todo caso, constituyen un buen punto de partida alrededor del cual debe girar el debate y la actividad del demandado.

58. En este escenario, cuando se promulga una norma diferenciadora, sujeta al escrutinio estricto, se presume provisoriamente su inconstitucionalidad, a menos que el demandando proponga una justificación estricta, objetiva y razonable respecto a la constitucionalidad

concede a uno que proceda como si q fuera verdadero, pero no requiere que el agente finalmente crea que q. Luego, proceder como si q no es inferir que q.

v) *Por último, Ullmann-Margalit lista la pluralidad de consideraciones que pueden justificar la formulación de una regla específica de presunción. Dice la autora que son primordialmente dos los tipos de consideraciones que se mezclan y que, algunas veces, a estos dos tipos se suma un tercero. Serían (a) consideraciones inductivo-probabilísticas; (b) consideraciones valorativas y (c) consideraciones procedimentales*

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

de una norma. Ante la ausencia o el carácter no persuasivo de esta justificación por parte de los demandados, le corresponde al juez pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma por discriminación.

59. Sin que este test o metodología, sea excluyente de cualquier otra metodología argumentativa, debemos señalar que esta exigencia de justificación que se traslada al Estado (parte demandada), para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad debe contener por lo menos lo siguiente: contar con un interés imperioso o acuciante en la dación de la norma, que esta distinción sea estrictamente necesaria para alcanza el fin previsto por la norma y que no exista alternativas menos restrictivas de derechos.

60. En la contestación a la demanda, el Estado (Ministerio de Salud) no ha asumido precisamente esta obligación para justificar estricta, objetiva y razonablemente el Decreto Supremo N° 009-2024-SA; sino que se ha limitado a absolver la demanda en consideración a los hechos y argumentos expuestos en la demanda y a esbozar algunos argumentos que inciden colateralmente en justificar la constitucionalidad del Decreto Supremo en cuestión.

61. Es decir, los argumentos que debieron estar destinados centralmente a sortear el test de constitucionalidad en consideración al escrutinio estricto⁴⁷ no han sido expuestos visible y estructuralmente en la

⁴⁷ **2.1. El Escrutinio Estricto y la Presunción de Inconstitucionalidad**

El nivel más alto de revisión es el escrutinio estricto. Se activa cuando una ley clasifica a las personas basándose en una categoría sospechosa o afecta derechos fundamentales. En este escenario, la norma es inmediatamente sospechosa de invalidez constitucional. Casos como Loving v. Virginia (1967), que invalidó las leyes contra el matrimonio interracial, demuestran que el antagonismo racial nunca puede ser una justificación válida para el trato desigual. El Estado debe probar que la medida es estrictamente necesaria para alcanzar un fin supremo, una carga que rara vez se satisface, excepto en

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

contestación de la demanda (existen algunos argumentos desperdigados ubicadas dentro del subtítulo de antecedentes y alcances de la norma impugnada). Esta justificación, sin embargo, fue propuesta en su recurso de apelación, incluyendo un cuadro particular en el cual se detalle los pasos del examen de igualdad que se recomienda seguir en los supuestos de escrutinio estricto.

62. Al respecto, considera esta Sala Suprema que los argumentos del recurso de apelación, ajenos a los afirmados en la contestación de la demanda, en general, no pueden ser objeto de debate o pronunciamiento por el Órgano Jurisdiccional en consideración al principio de preclusión (debió exponerlo en la demanda), igualdad de armas y a nuestro sistema de apelación limitada. No obstante, a partir de algunos argumentos desperdigados de la contestación de la demanda y considerando la importancia del presente caso, esta Sala Suprema -asumiendo el test de igualdad- debe señalar lo siguiente

- a) Con relación al primer paso, vinculado al fin imperioso del interés estatal (*compelling state interest*). La parte demandada señala que el trato diferenciado dispuesto por Decreto Supremo N° 009-2024-SA, que aprueba la actualización del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud – PEAS incorporando 7 diagnósticos del CIE-10 al PEAS, es imperioso e indispensable para el Estado ya que amplía la cobertura de salud a diagnósticos que antes podían quedar excluidos para las personas trans. Se trata, según el Estado, de lograr un mayor acceso a los servicios de salud de las personas trans. El derecho a la salud y el acceso a los servicios de salud forman parte del catálogo de nuestros derechos fundamentales y,

circunstancias extraordinarias de seguridad nacional, como se vio erróneamente en Korematsu v. United States (1944). (Ortiz J. , 2018)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

por tanto, esta finalidad en los términos en que ha sido señalado puede ser considerado imperiosa o acuciante.

- b) El segundo paso en este examen de igualdad es el cumplimiento de la idoneidad o los ajustes rigurosos (*narrowly tailored*). Para la realización de la finalidad apremiante, debe considerar los medios elegidos para alcanzar este fin deben ser los más precisos, menos restrictivos y más necesarios posibles (Cornell, sf). El Decreto Supremo N° 009-2024-SA no es precisamente la medida menos restrictiva ni es la más precisa en cuanto genera visible y documentadamente un efecto estigmatizante y discriminatorio. Estar en el grupo de personas con trastornos mentales (CIE-10) y la estigmatización que ella implica ha causado perjuicios a las personas trans y en esta medida no resulta ser la medida más idónea⁴⁸.
- c) Finalmente, siguiendo los pasos que sugiere el test de la igualdad, debemos señalar que el Estado podía acudir a otros medios menos restrictivos y estigmatizantes. El clasificador CIE-11 que, aunque no es vinculante para el Estado, resulta menos estigmatizante que el clasificador CIE-10. El clasificador CIE-11, como señalamos excluye a las personas trans de patologías estigmatizantes como el trastorno mental y en este sentido resulta más idónea para los fines perseguidos por el Estado. Dicho de otra manera, no hay necesidad de someterlos a una mayor estigmatización para lograr la cobertura de salud de las personas trans. Por lo demás la propia demandada,

⁴⁸ La codificación del transexualismo" dentro del capítulo de trastornos mentales de la CIE-10 fomentó lo que se conoce como **transfobia internalizada**. Este proceso psicológico ocurre cuando el individuo incorpora los mensajes negativos de la medicina y la sociedad, lo que genera sentimientos de culpa, inutilidad y una "pertenencia frustrada" que son motores críticos para la ideación suicida y la depresión mayor.

ver

<https://www.frontiersin.org/journals/psychiatry/articles/10.3389/fpsy.2021.636513/full>

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

por actos posteriores ha considerado no aplicar esta clasificación (debiendo asumirse en el caso la doctrina de los actos propios).

63. En consecuencia, al no haberse desvirtuado la presunción de inconstitucionalidad que pendía sobre el Decreto Supremo N° 009-2024-S.A., corresponde declarar fundada la demanda.

64. Adicionalmente, la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece en el numeral VI del Título Preliminar lo siguiente:

VI. Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad. Es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad

*VII. El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.
(El subrayado es nuestro)*

65. Esta Sala Suprema ya ha señalado que el uso del clasificador CIE-10 para la incorporación de 7 diagnósticos al Plan Esencial de Aseguramiento en Salud – PEAS resulta estigmatizante para la población trans y que no existe necesidad alguna, ni es acuciante someterlos a este proceso para lograr la cobertura de salud de esta población.

66. Por su parte, el deber de intervenir en la provisión de servicios de atención médica con arreglos a los principios de equidad responde directamente al artículo 9 de nuestra Constitución Política y Económica, el cual establece lo siguiente:

Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla de

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. (El resaltado es nuestro).

67. A través de una interpretación sistemática, debemos decir que la supuesta finalidad protectora del Decreto Supremo en cuestión no neutraliza el hecho de que, en el proceso, se genera un trato diferenciado y desfavorable en la medida que se exige a un grupo específico de personas que su identidad de género sea patologizada como condición previa para acceder a prestaciones de salud.

Otras razones

68. Las razones expuestas para resolver el caso inciden en el examen de igualdad o el *test* de la igualdad, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia comparada adoptada en gran medida por nuestro Tribunal Constitucional. No obstante, esta metodología argumentativa no tiene un carácter excluyente en la justificación de las decisiones judiciales. Nada impide que, desde otras perspectivas argumentativas, se puedan enfocar justificaciones vinculadas a la decisión, aun cuando no tengan una incidencia directa en la *ratio decidendi*.

69. Una reflexión inicial, dentro de la perspectiva de los derechos fundamentales⁴⁹, pasa por establecer la idea de la universalidad de estos derechos y/o su aplicación a toda persona sin distinción de raza, género,

⁴⁹ Refiere Ferrajoli sobre los derechos fundamentales

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2001).

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

nacionalidad o condición social, por el solo hecho de su existencia. El presupuesto de esta afirmación tiene raíces en la dignidad del ser humano⁵⁰.

70. De esta manera, cuando nos referimos a la igualdad, no hacemos referencia únicamente a un término indeterminado; sino también, en consideración al carácter universal de los derechos fundamentales⁵¹, a la presencia de ciertos factores extrajurídicos que, inciden en la concreción de este derecho como la idiosincrasia, la cultura y la historia de los pueblos (Hesse, 1996). En este contexto, las concreciones suelen efectuarse mediante interpretaciones, políticas estatales y otros mecanismos jurídicos, que buscan precisiones al significado en consideración a un caso determinado en el que debe aplicarse el derecho fundamental.

71. Dicho de otro modo, estas concreciones permiten la transformación de los derechos fundamentales o principios abstractos e indeterminados en normas aplicables y efectivas para casos particulares. Sin embargo, aun cuando estas concreciones tengan un carácter relativo o adaptable a

⁵⁰ Sobre la Dignidad Humana La Corte Constitucional Colombiana ha señalado tres criterios

(...)

103. Si se toma en consideración el aspecto relacionado con el objeto específico de protección, la jurisprudencia constitucional ha distinguido tres criterios : i) “[l]a dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)” ; ii) “[l]a dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien)” y iii) “la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

⁵¹ Sobre la Universalidad señala Konrad Hesse:

“ Toda esta diversidad pone de manifiesto que la validez universal de los de los derechos fundamentales no supone uniformidad (...) el contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, especialmente de la idiosincrasia, de la cultura y de la historia de los pueblos, Por ello solo teniendo en cuenta estos aspectos resulta posible una comprensión objetiva de las tareas, la conformación y la eficacia de los derechos fundamentales en un ordenamiento estatal concreto” (Hesse, 1996, p. 85)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

las distintas realidades nacionales, no pueden constituir en una visión arbitraria del juzgador o del interprete; sino que se debe tomar en cuenta ciertos límites, como las establecidas por la naturaleza esencial de este derecho.

72. Los derechos fundamentales -en consideración a la idea de universalidad- pueden eventualmente admitir interpretaciones diversas en su concreción. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso del derecho a la igualdad, dignidad y desarrollo a personalidad de las personas trans, en el que las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional y por otros tribunales constitucionales, ponen en apuros la idea de universalidad de este derecho en algunas de sus concreciones⁵².

73. Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido inmune a este debate. Este es el caso por ejemplo de los diversos pronunciamientos sobre las personas trans:

- a) El caso P. E. M. M. Rafael Alonso Ynga Zevallos, en el expediente 0139-2013-PA/TC, con sentencia del 18 de marzo del 2014, negó el cambio de identidad en consideración a la existencia de datos objetivos o información genética inmodificable.

⁵² La Corte Suprema de Estados Unidos sobre la discriminación por identidad de género se ha pronunciado en el siguiente sentido:

En Bostock v. Clayton County (2020), la Corte falló 6-3 señalando que la discriminación por identidad de género viola el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, ya que discrimina "por razón de sexo", extendiendo protecciones laborales a personas trans.

En United States v. Skrmetti (2025), la Corte respaldó 6-3 la ley de Tennessee que prohíbe bloqueadores de pubertad y hormonas para tratar disforia de género en menores, aplicando revisión de base racional por clasificaciones basadas en edad y uso médico, no sexo.

En West Virginia v. B.P.J. y Little v. Hecox abordan leyes que excluyen a mujeres trans de deportes femeninos. La doctrina distingue protecciones antidiscriminatorias laborales de regulaciones médicas y deportivas para menores.

<https://www.theconstitution.org/litigation/little-v-hecox-and-west-virginia-v-b-p-j/>

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

- b) El caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), en el expediente 06040-2015-PA/TC (2016), reconoció el derecho a la identidad de género, permitiendo cambio de nombre y sexo en el DNI sin cirugía. Afirmó que la identidad no se limita a la biología, sino que incluye realidades sociales y culturales.
- c) El caso Kimberly Angela Chapoñan Meza, en el expediente 374-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado la importancia del rol de la Constitución Peruana en la lucha por la igualdad de género. En esta perspectiva ha señalado también que la norma por sí sola no cambia realidades profundamente arraigadas culturalmente, por lo que propone un enfoque dual: exigibilidad jurídica (estado) y transformación cultural (sociedad).

74. En suma, cualquier interpretación de los derechos fundamentales que tiendan a negar o restringir derechos, en consideración a ciertos baremos alcanzados en el escenario internacional (universalidad), que deben ser asumidas con cautela y por tanto requieren de una lectura atenta y un debate abierto y plural para su concreción en sede constitucional. En la perspectiva de la universalidad de los derechos fundamentales, asumimos que estos baremos deben ser los puntos de partida para la concreción de estos derechos en sede nacional.

75. Desde otra perspectiva, debemos asumir que la discriminación y la estigmatización tienen una profunda connotación en las personas trans, en cuanto resulta humillantes y generan sufrimientos. La Organización Panamericana de Salud (OPS), por ejemplo, muestra mayores tasas de depresión, ansiedad, consumo de tabaco, abuso de alcohol y suicidio entre las personas LGBT debido al estrés crónico y aislamiento social. Para contrarrestar estos efectos negativos, la OPS señala la necesidad de

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

establecer un sistema de atención de salud que sea igualmente accesible para todas las personas (OPS, 2018)

76. En “El beso de la mujer araña”, novela de Manuel Puig ambientada en la Argentina de los años 70, por ejemplo, se permite ilustrar el sufrimiento del personaje trans de la novela y la vulnerabilidad de alguien que siente que es una mujer atrapada en el cuerpo de un hombre. Es según la novela, un disidente sexual que se autopercibe como mujer, aunque el Estado lo tiene registrado como hombre. “La loca Molina”, como se le nombra en el transcurso la novela, es a todas luces objeto de burlas y humillaciones y sufre el rechazo de una sociedad machista y represiva. El escenario, donde todo esto ocurre, es una cárcel que, al igual que nuestras cárceles actuales, muestran las miserias en toda la dimensión humana y la difícil situación de las personas trans.

77. No hay razón para que una sociedad pueda patrocinar el sufrimiento de minorías a través de disposiciones normativas que incidan en la discriminación y la estigmatización. En una sociedad democrática, los derechos fundamentales no pueden estar sujetos a la decisión del voto mayoritario. Un contrato social, que asume que los derechos fundamentales a la dignidad y el derecho a la igualdad de las personas, son presupuestos esenciales e indispensables, no puede tolerar argumento alguno para admitir que estos derechos puedan estar sujetos a la voluntad de la mayoría⁵³. En este mismo punto incide Ferrajoli

⁵³ Casamiglia autor del prólogo a los derechos en serio de Dworkin, señala: el siguiente ejemplo:

(...) Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomaran por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista los socios deciden por mayoría que una de las personas asociadas -que es de raza negra- no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

señalando que el fundamento de los derechos es la protección de los más débiles en contraposición a la voluntad mayorías⁵⁴.

78. Bentham⁵⁵, dentro de una perspectiva liberal y utilitarista, sostiene que el propósito esencial de la vida humana se centra en la búsqueda de placer y en evitar el dolor. No hay manera de sostener, incluso dentro de esta nueva perspectiva, un tratamiento degradante y discriminatorio a las minorías. Tal situación no puede producir felicidad, sino todo lo contrario: dolor y humillación. Maximizar la utilidad es un principio, válido no solo para los individuos, sino también para los legisladores (Sandel, 2011). En este sentido si el reconocimiento de la identidad de género, produce una gran felicidad en el individuo y su entorno, superando cualquier posible

¿Qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respeto? (Dworkin, 1989, págs. 17-18).

⁵⁴ Señala Ferrajoli

De aquí la connotación «sustancial» impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben –más allá e incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías– los derechos fundamentales: tanto los de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones al legislador, son «sustanciales», precisamente por ser relativas no a la «forma» (al quién y al cómo) sino a la «sustancia» o «contenido» (al qué) de las decisiones (o sea, al qué no es lícito decidir o no decidir). Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de las mayorías son normas formales en orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.

(Ferrajoli, 2001, p. 19)

⁵⁵ Sobre Bentham refiere Sandel

“El de maximizar la utilidad es un principio válido no solo para los individuos, sino también para los legisladores. Cuando decide qué leyes o políticas deben instaurarse, un Estado debería hacer cuanto maximizase la utilidad de la comunidad en su conjunto. ¿Qué es, al fin y al cabo, una comunidad? Según Bentham, «un cuerpo ficticio» compuesto por la suma de los individuos que comprende. Los ciudadanos y los legisladores, pues, deberían preguntarse lo siguiente: si sumamos todos los beneficios de esta política y restamos los costes, ¿producirá más felicidad que la alternativa? (Sandel, 2011)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

"dolor" o incomodidad social, porque el Estado no debería considerarla como una medida justa.

79. En esta misma perspectiva liberal y utilitarista, refiere John Stuart Mill, citado por (Sandel, 2011), los individuos deben ser todo lo libres que puedan, a no ser que afecten a otros. Los únicos actos por los que una persona (incluidas las personas trans) debe rendir cuentas a la sociedad, son los que afectan a otros. La libertad es indispensable para que los seres humanos descubran sus propios fines y desarrollen naturalezas "fuertes y vigorosas". Debemos asumir que un sistema que reprime la libertad sería irracional porque impediría la búsqueda informada del propio valor humano. No hay manera de acreditar, con objetividad y razonabilidad, que el reconocimiento de las personas trans afecten a los miembros de la Sociedad o en qué medida se produce esta afectación. En consecuencia ¿Por qué las personas tendrían que verse razonablemente perturbadas cuando una persona decide elegir una determinada identidad? ¿Qué derecho tienen las mayorías (o minorías) para decidir sobre aquello que le corresponde decidir a un ser libre? Finalmente, debemos citar a John Stuart Mill cuando refiere que:

Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano. (Mill, s.f.)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

80. La existencia de cualquier sociedad requiere de ciertos presupuestos que hagan posible la convivencia pacífica de sus ciudadanos. Rawls⁵⁶ señala que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Desde la idea inicial del velo de la ignorancia o de aquella posición original donde todos ignoran su posición social, raza, género, talentos o creencias personales, Rawls -en un escenario de libertad- asume que las personas son titulares del esquema más extenso de libertades básicas, con la sola limitación o compatibilidad con los derechos de otros. No hay razón para limitar los derechos fundamentales de las personas trans, al no ser el derecho de otros, en el sentido kantiano.

81. En este sentido, la pérdida o limitación de libertad de las personas ubicadas en las categorías sospechosas de discriminación, constituye una perspectiva errónea para la protección de algún bien social. No hay justificación para limitar los derechos de las personas trans, ni existe ningún bien social (a no ser fobias, odios irracionales o temores al cambio) que se pueda proteger limitando los derechos de las personas trans. Señala Rawls, al respecto:

“(…) Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos

⁵⁶ Considera Rawls que los dos principios de la justicia respecto a los que cree que habría acuerdo en la posición original, señala lo siguiente:

Primero: *Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más ex tenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.*

Segundo: *Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.*

(Rawls, 2006)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. (...)” (Rawls, 2006)

82. Aun en la hipótesis de que los derechos fundamentales fueran simples acuerdos intersubjetivos, como refiere Harari (2014), o instrumentos indispensables para garantizar la paz, la igualdad y el respeto mutuo en una sociedad que ya no depende de leyes naturales fijas, sino de su propia capacidad de autodeterminación⁵⁷ debemos asumir en la necesidad de acuerdos o contratos sociales como la mejor manera posible de una convivencia entre humanos, lejos de las vicisitudes y de los condiciones biológicas diversas y desiguales de las personas (Harari, 2014) y del Estado de naturaleza Hobbesiano.

83. Stefano Rodotà, jurista italiano, afirma que la identidad sexual no es un dato biológico inmutable, sino una identidad psíquica que reside en la autopercepción de la persona. Este derecho a la identidad personal es "insaciable" y marca un límite infranqueable para la soberanía popular y las mayorías políticas

⁵⁷ Señala Yuval Harari

Los que abogan por la igualdad y los derechos humanos pueden indignarse por esta línea de razonamiento. Es probable que su respuesta sea: «¡Ya sabemos que las personas no son iguales desde el punto de vista biológico! Pero si creemos que todos somos iguales en esencia, esto nos permitirá crear una sociedad estable y próspera». No tengo ningún argumento que oponer. Esto es precisamente lo que quiero decir con «orden imaginado». Creemos en un orden particular no porque sea objetivamente cierto, sino porque creer en él nos permite cooperar de manera efectiva y forjar una sociedad mejor. Los órdenes imaginados no son conspiraciones malvadas o espejismos inútiles. Más bien, son la única manera en que un gran número de humanos pueden cooperar de forma efectiva.

(...)

Asimismo, los derechos no existen en biología. Solo hay órganos, capacidades y características. Las aves vuelan no porque tengan el derecho a volar, sino porque poseen alas. Y no es cierto que dichos órganos, capacidades y características sean «inalienables». Muchos de ellos experimentan mutaciones constantes que pueden perderse por completo con el tiempo. El avestruz es un ave que perdió su capacidad de volar. De modo que «derechos inalienables» debe traducirse por «características mutables» (Harari, 2014)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

La identidad, pues, es variable, cada cierto tiempo necesita una «re-identificación». Bien podría aplicársele el dilema de identidad que acompañaba a la nave de Teseo: cambiados el velamen y los mástiles, ¿será la nave que llega a puerto la misma que en su día zarpó? (Rodotà, 2014, p. 279)

84. Asimismo, debemos considerar que buena parte de los argumentos que inciden en la limitación o ausencia de reconocimiento de los derechos de las personas trans, está vinculada a una necesidad de mantener la continuidad y vigencia de tradiciones culturales (incluidas las influencias religiosas)⁵⁸. Por cierto, existen razones que requieren miradas y debates

⁵⁸ Sobre las objeciones contra las personas trans, puede señalarse las siguientes:
Primera razón: la «ley trans» es trasunto de la ideología trans, basada en la idea de que se puede cambiar de género a voluntad. No protege a las personas transexuales sino las ideas de quienes la auspiciaron.

Segunda razón: la norma habla sin cesar de perseguir la igualdad y la justicia social. Allá donde se ha procedido así se han sucedido los despidos, linchamientos, persecuciones y cancelaciones, como demuestra el ejemplo de los campus anglosajones.

Tercera razón: la ley pretende legislar sobre sentimientos, lo cual abona el terreno para la imposibilidad de entenderse. Si la regla es sentirse discriminado, no habría Parlamentos en el mundo suficientes para legislar.

Cuarta razón: la ley adolece de frenesí definitorio, hasta el punto de definir cosas inventadas hace veinticinco siglos (personas homosexuales) o conceptos creados por arte de magia y que no existen en el idioma español (LGTBfobia). (...)

Quinta razón: impone a los poderes públicos que adopten medidas que pongan en valor la ideología de la que la ley participa, lo cual es harto discutible si se recuerda que su tarea debe cumplirse desde la neutralidad ideológica, gestionando los asuntos públicos de forma imparcial y objetiva, especialmente si afecta a nuestras creencias, convicciones, ideas u opiniones.

(...)

Sexta razón: ampara el fraude de ley, como ya ha sucedido en oposiciones policiales, así como en algunas cárceles. El dislate no queda ahí. Si un hombre cambia a mujer, se beneficiará de las acciones positivas en favor de la mujer. Y si luego cambia de mujer a hombre, conserva los derechos adquiridos gracias a tales acciones positivas, sin deber de reintegrar nada.

Séptima razón: la ley es un dechado de facilidades para cambiar de sexo por mera voluntad, pero, a la vez, un niño de entre 12 y 16 años tendría edad y madurez suficientes para mutilar su cuerpo para siempre bajo la añagaza de atender «la salud integral de las personas intersexuales». Los padres —en la ley «personas progenitoras»— quedan excluidos de la decisión del hijo mayor de 16 años de cambiar de sexo. Los niños entre 12 y 14 años pueden pedir autorización judicial para proceder al cambio registral, lo cual es abracadabrante pues elimina de facto la patria potestad.

Octava razón: en el ámbito educativo se impone la inclusión de contenidos sobre diversidad sexual, bajo vigilancia de los servicios de inspección. El paroxismo llega cuando la norma obliga a que se introduzcan referentes positivos LGTBI «de manera natural». ¿Cómo hacerlo naturalmente si una ley es la que obliga a ello? ¿Cómo se

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

abiertos sobre algunos puntos concretos de esta objeción como el fraude a la ley, la especial situación de los adolescentes. No obstante, estas objeciones no son suficientes para negar derechos, en un pacto social guiado por la idea de libertad y el derecho a la identidad.

85. Desde otra perspectiva, Yuval Harari señala que la biología establece los parámetros básicos para el comportamiento y las capacidades del homo sapiens. No obstante, señala Harari, el derecho se mueve en un escenario diferente, está construido sobre mitos, sobre acuerdos intersubjetivos con el que los seres humanos construimos el derecho, nuestros derechos, trascendiendo de nuestras condiciones biológicas. (Harari, 2014)

86. En este contrato social, en el que acordamos intersubjetivamente cuales son los derechos fundamentales, debemos asumir que la idea central debe estar enfocada en la cooperación, respeto y los múltiples propósitos que se le atribuye al derecho⁵⁹. Ninguno de estos fines, sobre

puede desdeñar así la libertad de enseñanza y de cátedra? ¿Cómo es posible pretender como «natural» el hecho de adoctrinar a niños y adolescentes?

Novena razón: se invierte la carga de la prueba si la persona LGTBI alega haber sido discriminada, lo que ya sucedía en ámbitos como el laboral o el penal. Será en la parte demandada en quien recaiga justificar, de forma objetiva y razonable, que las medidas adoptadas no han sido discriminatorias. Esto raya con la probatio diabólica: por definición solo cabe probar lo que se hace, no lo que no se hace.

Décima razón: el régimen de infracciones y sanciones castiga hasta el «utilizar o emitir expresiones vejatorias». ¿Qué significa de veras vejatorio en ese contexto? ¿Apostar por la elemental biología y antropología ser humano?

(Alvarez, 2023)

⁵⁹ Refiere Carlos Santiago Nino al respecto:

El derecho, como muchas otras instituciones sociales, con tribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana. Esas circunstancias, que han sido vívidamente señaladas por autores como Hobbes y últimamente por H. L. A. Hart, incluyen la escasez de recursos —que hace que no puedan satisfacerse las necesidades y deseos de todos—, la vulnerabilidad de los seres humanos ante las agresiones de otros, la relativa similitud física e intelectual de los hombres —que hace que ninguno pueda, por separado, dominar al resto—, la relativa

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

el que está construido nuestro ordenamiento jurídico, puede considerar razonable permitir el sufrimiento de ciertas personas o minorías, por la sola razón de ser diferentes al resto.

87. Desde una perspectiva ética, admite esta Sala Suprema la existencia de ciertos valores comunitarios que deben o debería ser asumidos por los miembros de una sociedad, como formas del buen vivir, del *allin causay* indígena que es forma de mirar conjuntamente al individuo y la sociedad cuando se resuelve conflictos. Estos valores comunitarios, asumiendo que el hombre no es un ser aislado, están enfocadas en el propósito o la búsqueda de maximizar el bienestar, respetar la libertad y promover la virtud (Sandel, 2011).

88. Sandel refiere que la virtud, como valor comunitario, está vinculada a la justicia como virtud institucional, la solidaridad y lealtad, la fraternidad y el bien común, la virtud cívica y el sacrificio compartido, el respeto mutuo y amistad cívica, el honor y reconocimiento, e incluso asume la idea de consignar límites morales al mercado que viene instrumentalizado a las personas, considerados fines en sí mismas (Sandel, 2011). Las virtudes comunitarias, desde su perspectiva, no pueden estar sustentadas en prejuicios o en ciertas formas intolerantes de pensar y actuar.

89. En suma, ninguna medida legislativa que incida en el derecho a la igualdad y la no discriminación de ciertas minorías excluidas (por el solo hecho de ser diferentes), y que causen dolor, humillación y/o

falta de simpatía de los hombres hacia las necesidades e intereses de los que están fuera de su círculo de allegados, la limitada racionalidad de los individuos en la persecución de sus propios intereses, el insuficiente conocimiento de los hechos, etcétera. (Nino C. S., 2003)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

estigmatización, puede tener cabida en una sociedad plural y democrática.

III. DECISIÓN

Por estas consideraciones, este Tribunal Supremo resuelve:

CONFIRMAR la sentencia emitida, por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, contenida en la resolución N.º09 de fecha 23 de junio de 2025 (fojas quinientos treinta a quinientos cuarenta), que declaró **fundada** las demandas acumuladas y declararon **INCONSTITUCIONAL** el Decreto Supremo N° 009-20224-SA, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de mayo de 2024, que modifica el Decreto Supremo N° 023-2021- SA que aprueba el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS); disponiéndose su expulsión de nuestro ordenamiento jurídico y, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 82 del acotado Código, dicha declaración de inconstitucionalidad se hace con efectos retroactivos a la fecha de publicación de la mencionada norma, esto es, al 10 de mayo de 2024.

Y, DISPONER la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, conforme a ley.

En los seguidos por Silvana Lizbeth Rosales Ramírez y otro *contra el Ministerio Público* sobre acción popular.

Notifíquese por Secretaría y devuélvase los actuados.

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

Interviene como ponente el Señor Juez Supremo Bustamante Del Castillo.

SS.

YAYA ZUMAETA

BUSTAMANTE DEL CASTILLO

DELGADO AYBAR

TOVAR BUENDÍA

GUTIÉRREZ REMÓN

CAA/smap

Referencias

- Aguilera, A. (2007). Discriminación directa e indirecta . *Indret*. Obtenido de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/396_es.pdf
- Alvarez, I. (22 de Mayo de 2023). Diez razones contra la "ley trans". *Nueva revista*. Obtenido de <https://www.nuevarevista.net/diez-razones-contrala-ley-trans/>
- Arango, M. J., Garcia, J., & otros. (2025). *Acceso a la Salud de personas trans en America Latina*. Bogota. Obtenido de <https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2025/05/Acceso-a-salud-trans-en-Ame%CC%81rica-Latina-.pdf>
- Aristoteles. (s.f.). *Metafisica. Libro undecimo*. Obtenido de <https://www.filosofia.org/cla/ari/azc10303.htm#kp418>
- Bernal, C. (2016). *El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Mexico: IIJ, UNAM, Universidad Complutense de madrid. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/344-instrumentos-de-tutela-y-justicia-constitucional>
- Bhattacharyya, M. (1996). From Nondifferentiation to Factual Equity: Gender Equality Jurisprudence Under the German Basic. *Brooklyn Journal of International Law*. Obtenido de <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=bjil>
- bundesarbeitsgericht. (29 de abril de 2021). Obtenido de <https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/8-azr-279-20/>
- conflicts, E. c. (s.f.). Obtenido de Levels of Scrutiny Under the Equal Protection Clause.
- Cornell, L. s. (sf). *Law cornell*. Obtenido de strict scrutiny: https://www.law.cornell.edu/wex/strict_scrutiny
- Corte Constitucional federal. (s.f.). *Hitos en la historia de la Corte Constitucional Federal*. Obtenido de [bundesverfassungsgericht : https://www.bundesverfassungsgericht.de/ES/PaginaPrincipal/LaCorteConstitucionalFederal/Historia/historia_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/ES/PaginaPrincipal/LaCorteConstitucionalFederal/Historia/historia_node.html)

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Igualdad y no discriminación*. San Jose. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14_2021.pdf
- Cross, Rupert; Harris. J.W. (2012). *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- De Cabo, A. (12 de Abril de 2024). *El País*. Obtenido de <https://elpais.com/sociedad/2024-04-12/el-parlamento-aleman-aprueba-la-autodeterminacion-de-genero-en-el-registro-civil.html>
- Douglas, E. (30 de 03 de 2021). *DW*. Obtenido de <https://www.dw.com/es/ley-transg%C3%A9nero-en-alemania-es-arcaica-y-degradante/a-57053767>
- Gregson, J. (28 de 10 de 2024). *DW*. Obtenido de Entra en vigor la nueva ley de derechos trans en Alemania: <https://www.dw.com/es/entra-en-vigor-la-nueva-ley-de-derechos-trans-en-alemania/a-70614076>
- Guastini, R. (1997). Problemas de Interpretación. *ISONOMIA N°7*, 121-131.
- Guastini, R. (2004). Proyecto para la voz ordenamiento jurídico. *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 27, 247- 282. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/259453036/GUASTINI-Ordenamiento-Juri-dico>
- Harari, Y. N. (2014). *Sapiens. De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Barcelona: 2014.
- Hesse, K. (1996). Significado de los derechos fundamentales. En M. V. Benda, *Manual de derecho constitucional* (pág. 85). Madrid: IVAP- Marcial Pons.
- Juracademy. (s.f.). *Der allgemeine Gleichheitssatz und die „Neue Formel“*. Obtenido de https://www.juracademy.de/assets/courses/generated-pdfs/news_items/allgemeine-gleichheitssatz-neue-formel.pdf
- Law, L. C. (s.f.). *Summary of the Supreme Courts decisiones* . Obtenido de https://www.lawyerscommittee.org/wp-content/uploads/2023/08/LC_Harvard-UNC-Cases_D.pdf
- Ley Fundamental de la Republica Federal de Alemania*. (s.f.). Obtenido de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Mendonca, D. (2021). Presunciones. *DOXAS* 21. Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10383/1/doxa21_05.pdf
- Montt, S., & Cardenas, J. (2011). La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 de la ley de Isapres: Mitos y realidades de un fallo historico. *Anuario de Derecho Publico UDP*, 32. Obtenido de https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/03_Montt_Cardenas.pdf
- Nino, S. (2003). *Introducción al analisis del derecho*. (ASTREA, Ed.) Buenos Aires.
- OMS. (s.f.). *Defendemos la salud y abogamos por un futuro mejor para todos*. Obtenido de who.
- OPS. (26 de 09 de 2018). *Organización Panamericana de la Salud*. Obtenido de OPS : <https://www.paho.org/es/noticias/26-9-2018-informe-ops-sobre-situacion-salud-personas-lgbt-insta-eliminar-barreras-acceso>
- Ortiz, J. D. (2018). La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas. *Iuris Dictio 21 REvista de Derecho*", 81-95. Obtenido de <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/1139>
- Peidro, S. (2021). La patologización de la homosexualidad en los manuales diagnósticos y clasificaciones psiquiátricas. *Rev. Bioética y Derecho no.52*, 221-235. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31202>
- Petersen, N. (2025). Germany In: Equality's Guardians. *Oxford University Press*, 95-112. Obtenido de https://watermark02.silverchair.com/workid-ukac0045335-book-part-7.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAA3AwggNsBgkqhkiG9w0BBwagggNdMIIDWQIBADCCA1IGCSqGSIB3DQEHATAeB

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

gIghkgBZQMEAS4wEQQMqSvHp0qumcq88y7AgEQgIIDI-
PLelOP8GpXjIaHCHkz4I

Quesada, R., & Arlandis, M. (2020). *La salud mental de los jóvenes gays y queer*. Tesis, Universidad Autónoma de Madrid. Obtenido de <https://repositorio.uam.es/server/api/core/bitstreams/016ee788-f317-47df-9333-392594afe941/content>

Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. Mexico: Fondo de cultura económica.

Rodota, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta.

Roland, J. (2016). El Derecho como punto de partida al concepto filosófico de presunción: La contribución de Ullmann-Margalit. *Teoría Jurídica Contemporánea*. Obtenido de <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/3256/3722>

Sandel, M. (2011). *Justicia*. Barcelona: Debate.

Valero, C. (17 de Abril de 2024). *El Mundo*. Obtenido de <https://www.elmundo.es/internacional/2024/04/17/661fdb07fc6c83532f8b45ae.html>

WHO. (2024). Obtenido de <https://www.who.int/es/standards/classifications/classification-of-diseases>

WHO. (s.f.). *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE)*. Obtenido de [who: https://www.who.int/es/standards/classifications/classification-of-diseases](https://www.who.int/es/standards/classifications/classification-of-diseases)

EL VOTO SINGULAR EMITIDO POR EL SEÑOR JUEZ SUPREMO YAYA ZUMAETA, ES COMO SIGUE:

Lima, tres de diciembre de dos mil veinticinco. -

Comparto la posición final de mi distinguido colega ponente, agregando sólo las siguientes consideraciones:

Primero: En el numeral 79 de su ponencia, el Doctor Bustamante Del Castillo hace referencia -citando a John Stuart Mill- a una perspectiva liberal y utilitarista de la vida humana, según la cual *los individuos deben ser todo lo libres que puedan ser, a no ser que afecten a otros*; y, para cerrar en ese mismo punto, y siempre citando al referido autor, indicando que: *Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son*

Corte Suprema de Justicia de la República
Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 28664-2025
LIMA

buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.

Segundo: Sin embargo, considero importante precisar que tal análisis o argumentación realizada y, sobre todo, las referidas citas relacionadas con la soberanía del individuo sobre su espíritu y cuerpo (u otras semejantes no reseñadas en el considerando inmediato anterior, incluidas también en la ponencia), no alcanzan ni pueden entenderse de base para vincularlas con temas ajenos a lo que se resuelve aquí, verbigracia con la decisión del individuo sobre su propia vida o la vida que pueda estar engendrando, o, más precisamente, sobre la decisión respecto a una muerte asistida/eutanasia o al aborto voluntario, que ameritan un examen y reflexión profundos, que no es pertinente realizar en este caso.

S.

YAYA ZUMAETA