



**FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO**

**LAS REPERCUSIONES JURÍDICAS DERIVADAS DEL  
RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL  
TRANSEXUAL**

**PRESENTADA POR  
MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL**

**ASESOR  
AARON OYARCE YUZZELLI**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO**

**LIMA – PERÚ**

**2020**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTIN DE PORRES

**POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**LAS REPERCUSIONES JURÍDICAS DERIVADAS DEL  
RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL  
TRANSEXUAL**

**PARA OPTAR  
EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTADO POR:  
MG. MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL**

**ASESOR:  
DR. AARON OYARCE YUZZELLI**

**LIMA, PERÚ  
2020**

#### DEDICATORIA:

A mis padres, por enseñarme que el esfuerzo es el ingrediente necesario para alcanzar todo objetivo.

A mi esposa Jessica, por su apoyo incondicional en todas mis decisiones.

A mis hijos Valeria, Viviana y Miguel Ángel, por comprender que mi ausencia en sus juegos, era para alcanzar una de mis metas.

## ÍNDICE

	Pág.
<b>PORTADA.....</b>	<b>I</b>
<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>II</b>
<b>INDICE .....</b>	<b>III</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>VII</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>VIII</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>IX</b>
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA TRANSEXUALIDAD .....</b>	<b>1</b>
1.1. La identidad personal .....	1
1.2. Dimensiones de la identidad personal.....	3
1.3. Identidad sexual .....	7
1.4. Distinción entre género y sexo .....	9
1.5. Factores para la determinación jurídica del sexo .....	10
1.6. El transexualismo .....	17
1.7. El transexualismo como fenómeno social .....	22

<b>CAPÍTULO II: LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS DE ADECUACIÓN DEL SEXO</b> .....	26
2.1. El debate en torno a la adecuación del sexo .....	26
2.2. La integridad psicosomática y el transexualismo .....	32
2.3. La adecuación del sexo y las relaciones familiares .....	36
2.4. Efectos de la sentencia que declara el “nuevo” sexo .....	40
2.4.1. Matrimonio .....	42
2.4.2. Patria potestad, tenencia y régimen de visitas .....	46
2.4.3. Derecho laboral y seguridad social .....	47
2.4.4. Violencia contra la mujer .....	50
2.4.5. Derecho Penal .....	51
<b>CAPÍTULO III: JUSTIFICACIÓN AL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS DERECHOS DEL TRANSEXUAL</b> .....	53
3.1.- Justificación del derecho del transexual al cambio de nombre y a la “reasignación sexual” .....	53
3.2.- Afectación de los derechos fundamentales del transexual .....	56
3.2.1. Derecho a la identidad personal .....	56
3.2.2. Derecho al nombre .....	57
3.2.3. Derecho a la igualdad .....	57
3.2.4. Derecho a la salud .....	58
3.2.5. Derecho al libre desarrollo de la personalidad .....	60
3.3. Legitimidad de la tramitación del cambio del prenombre y/o sexo en la vía del proceso no contencioso .....	64

<b>CAPÍTULO IV: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVO DEL TRANSEXUALISMO EN EL DERECHO COMPARADO Y LA EXPERIENCIA NACIONAL</b> .....	<b>67</b>
4.1. Tratamiento de la transexualidad en el derecho comparado .....	67
4.2. Evolución jurisprudencial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ....	70
4.2.1. De 1986 a 2002 .....	70
4.2.2. De 2002 a la actualidad .....	75
4.3. Requisitos para la “reasignación sexual” en el Derecho Comparado .....	79
4.3.1. Suecia .....	81
4.3.2. Holanda .....	81
4.3.3. Turquía .....	82
4.3.4. Bélgica .....	82
4.3.5. Alemania .....	82
4.3.6. Italia .....	83
4.3.7. Reino Unido .....	85
4.3.8. España .....	85
4.3.8. Uruguay .....	89
4.3.9. Argentina .....	90
4.3.10. Colombia .....	94
4.4. Tratamiento jurisprudencial sobre el transexualismo en sede nacional .....	97
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>111</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>116</b>

<b>FUENTES DE INFORMACIÓN .....</b>	<b>124</b>
-------------------------------------	------------

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación realiza un estudio de la problemática que genera la no coincidencia del factor biológico con el psicológico en la determinación del sexo en un individuo, lo que da lugar a la llamada disforia o discordancia de género. El estudio parte de la diferencia entre género y sexo, y concluye defendiendo la posibilidad de cambio de género en función del reconocimiento del derecho a la identidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad. Culmina haciendo una revisión de casos producidos en el derecho comparado, así como el trato que nuestro país ha merecido a la transexualidad a través de algunos pronunciamientos judiciales, proponiendo como recomendación, un proyecto de ley que reconozca la identidad de género, el procedimiento a seguir para el cambio registral del sexo y del nombre y la regulación de su impacto.

Palabras claves: identidad, transexualismo, nombre, sexo, género, reasignación sexual.

## **ABSTRACT**

The present research work carries out a study of the problem that generates the non coincidence of the biological factor with the psychological one in the determination of the sex, which gives rise to the so-called dysphoria or gender discordance. The study part of the difference among gender and sex, and it concludes defending the possibility of gender change in function of the recognition of the right to sexual identity and the free development of personality. It culminates in a review of cases produced in comparative law, as well as the treatment that our country has deserved to transsexualism through some judicial pronouncements, proposing as recommendation, a bill that recognizes gender identity, the procedure to follow for the registration change of sex and name, and the regulation of its impact.

Keywords: identity, transsexualism, name, sex, gender, sexual reassignment.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos sido testigos de una evolución social y jurídica en torno al ser humano, surgiendo a partir de ello interesantes debates doctrinarios, éticos y jurídicos, respecto a temas como la clonación, la maternidad subrogada, el aborto, entre otros, provocando una profunda reflexión sobre la concepción que se tenía de la realidad personal del ser humano, requiriéndose la intervención del Derecho para la exposición de nuevos enfoques que permitan lograr una respuesta adecuada a la actual realidad social.

Dentro los desafíos que emergen de la actual convivencia social, encontramos el reclamo que viene efectuando un grupo de personas, quienes alegando el derecho a su identidad sexual, cuestionan su sexo físico para sostener su pertenencia a un sexo distinto, exigiendo que se les identifique con el sexo que ellos realmente sienten, pues alegan encontrarse atrapados en un cuerpo que no les pertenece; ello ha provocado que legisladores, magistrados y juristas, tornen la mirada al fenómeno del transexualismo.

El transexualismo no es un fenómeno tan reciente como pudiera pensarse; lo que sí es reciente es su tratamiento quirúrgico gracias a los progresos de la medicina, la cual, a través de la extirpación de los órganos genitales originarios, pretende “reproducir” los órganos propios del sexo contrario, a fin que, con un fuerte tratamiento hormonal, se consiga en el paciente, su satisfacción en cuanto al sexo al cual reclama pertenecer.

La complejidad que plantea el fenómeno del transexualismo, ha provocado la advertencia de un problema social que ya ha merecido atención en la legislación y la jurisprudencia europea (Medina, 2000), reconociéndose no sólo determinados derechos a los transexuales, sino que inclusive se ha reglamentado las intervenciones quirúrgicas para la adecuación de su sexo al que realmente sienten.

A pesar del avance conseguido en el derecho comparado, no existe en el derecho positivo nacional, la adecuada respuesta al drama que viven aquellas personas que no se identifican con el sexo que les atribuyó al momento de su nacimiento, careciendo de justificación la omisión o desinterés del legislador para abordar este tema, pues como afirma Ferrer (1989, Pág. 315) “el legislador no puede ni debe vivir de espaldas a ellas, por muy minoritarios que sean esos grupos sociales; dejar en manos de la actividad jurisdiccional su desarrollo supone una grave responsabilidad por negligencia”. Al respecto, existen posiciones en la doctrina que no admiten que un transexual pueda ser titular de derechos fundamentales y reclamar su tutela jurisdiccional, al no permitírsele conseguir la correspondiente

autorización judicial que permita una cirugía intervención quirúrgica de cambio de sexo (MIZRAHI, 2006). Asimismo, si bien no resulta ser la conclusión de un debate legislativo sobre el tema, debemos citar, en esta misma línea restrictiva del acceso del transexual al reconocimiento de su identidad sexual, la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 139-2013-PA/TC, la misma que declarándose como doctrina constitucional vinculante, sostiene en su fundamento 5 que para el Derecho “el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina... la diferencia entre los sexos responde a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada” (Exp. Nro. 139-2013-PA/TC, Fundamento 5). Corresponde precisar que la doctrina jurisprudencial antes mencionada, fue sido dejada sin efecto mediante la sentencia expedida en el Exp. Nro. 6040-2015-PA/TC, la misma que estableció que el reclamo que formule el transexual respecto a su identidad sexual, debía ser conocido por la justicia ordinaria y no por la constitucional, estableciéndose a su vez que para la determinación del sexo en el ser humano “la realidad biológica no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia” (Fundamento 13), agregando que el sexo no siempre debía ser determinado en función de la genitalidad “pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social” (Exp. Nro. 6040-2015-PA/TC, Fundamento 13).

Es en atención a lo expuesto, que resulta pertinente abordar el caso del transexual con seriedad, tomando en consideración el respeto al proyecto de vida que éste tiene trazado y teniendo en cuenta además, que el reclamo que éste efectúa, no sólo se refiere al reconocimiento de su transexualidad sino también a la regulación de las consecuencias jurídicas que se deriven de dicho reconocimiento, resultando una omisión inconstitucional la desatención a dicho reclamo, toda vez que prolongar en el tiempo la situación de discriminación que vive el transexual, genera en él un daño irreversible en su condición de ser humano, vulnerándose sus derechos fundamentales pues se les mantiene en una condición sexual distinta a la que siente, siendo ello prácticamente una muerte civil, pues no pueden ejercitar sus derechos revelando la identidad que reclama ni gozar de los derechos que le corresponden a partir de ello.

El reconocimiento de la identidad del transexual y el amparo de los derechos que le corresponden como ser humano, no resulta ser una solución de sociedades “liberales”, toda vez que, por ser una realidad humana, merece ser atendida sea cual fuere la sociedad en la cual se presente, a fin de hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad a que cada quien tiene derecho por su sola condición de persona.

Es en atención a lo expuesto, que queda revelado que la transexualidad plantea no sólo cuestiones de índole jurídico, sino que inclusive éstos se extienden a otros de índole ético y cultural, denotándose que el sufrimiento del transexual, tiene como su causa en gran medida, la rigidez del Derecho para afrontar determinados problemas sociales, requiriéndose, para la propuesta de una solución, el abordaje

interdisciplinario entre la ética, medicina y Derecho. Es por ello que la finalidad pretendida con el presente trabajo de investigación, no es otra que poner de manifiesto una realidad que por afectar a un grupo de seres humanos (transexuales), no debe quedar al margen el reconocimiento de su existencia ni el análisis de las consecuencias jurídicas derivadas de dicho reconocimiento, resultando evidente la necesidad de contar con la normatividad legal necesaria que regule todo ello.

Estando a lo expresado anteriormente, la posición desarrollada en el presente trabajo de investigación, se inclina al reconocimiento del derecho a la identidad del ser humano transexual, desarrollándose como Capítulo I los Aspectos Generales relativos a la Transexualidad, refiriéndonos a la identidad personal, sus dimensiones, la distinción entre género y sexo, los factores para la determinación del sexo en el ser humano, para culminar con la referencia al transexualismo como fenómeno social; en el Capítulo II, se desarrolla lo relativo a la Problemática derivada de las intervenciones quirúrgicas de adecuación del sexo, advirtiéndose el debate existente al respecto así como los efectos producidos ante el reconocimiento del sexo sentido y vivido por el transexual; en el Capítulo III se describe la justificación para el cambio de nombre y “reasignación sexual” del transexual, analizándose la afectación a sus derechos fundamentales de mantenerse una posición negativa al reconocimiento de su identidad, concluyendo en el análisis de la vía procedimental adecuada para la tramitación de pretensiones de cambio de nombre y sexo; en el Capítulo IV , se efectúa la revisión del desarrollo jurisprudencial y legislativo del transexualismo en el derecho comparado, así como en sede nacional. La tesis concluye con las

respectivas conclusiones y propuesta legislativa como recomendación, considerando para ello el derecho a la identidad que tiene toda persona así como a la salud, siendo éste último un deber del Estado el cual debe contribuir a su promoción y defensa, tal como lo reconoce el artículo 7 de la Constitución Política del Estado, debiendo rescatarse lo establecido por el Tribunal Constitucional, según el cual:

“...el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del organismo en su aspecto físico y psicológico; por lo tanto, guarda una especial conexión con el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad de la persona humana que termina configurándola como un derecho fundamental... Por ello, siempre que el derecho a la salud resulte lesionado o amenazado lo estará también el derecho a la integridad personal e incluso pudiéndose proyectar en ciertos casos en una afectación al mantenimiento del derecho a la vida” (Exp N° 1637-2010-PHC/TC. Fundamento 4).

## **CAPITULO I**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA TRANSEXUALIDAD**

#### **1.1.- La identidad personal**

Conforme se advierte de la lectura del Art. 2 Inc. 1 de la Constitución Política de 1993, el derecho a la identidad personal resulta ser uno de los derechos fundamentales que se le reconoce a la persona humana, por lo que, en razón a su ejercicio, todo sujeto tiene derecho a ser socialmente reconocido tal como es, pudiendo exigir de los demás miembros de la sociedad, el deber de no alterar la proyección de su personalidad.

Esta identidad personal del ser humano, permite identificar la manera de ser de cada sujeto, es decir, la forma como éste se desenvuelve en la sociedad, mostrando sus atributos, defectos, características y aspiraciones. Sin embargo, si bien es cierta la afirmación en cuanto a que todos los seres humanos somos iguales, ello no permite concluir en la existencia de dos personas idénticas, pues

en todo caso, sólo podrá conseguirse que una persona se parezca mucho a otra, pero aun así siempre serán distintos.

Teniendo en cuenta lo anteriormente afirmado, no pueden existir dos proyectos de vida idénticos, pues, como refiere Fernández Sessarego (2006), es justamente el derecho a la identidad, el que permite diferenciar “a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser ‘uno mismo y no otro” (Pág. 18). En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha precisado, en relación al derecho a la identidad, que éste:

“... es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, mas bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)” (Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, Fundamento 21).

Es en atención a lo indicado, que podemos afirmar que cada persona resulta ser un ente único, singular irrepetible y complejo, por lo tanto, el derecho a la identidad, resulta ser exclusivo en cada ser humano, teniendo su fundamento en

la libertad y es en razón a esta, que la persona planea y desarrolla su único e inconfundible proyecto de vida, del cual se desprende su personalidad.

A partir de lo comentado, resulta claro que, desde el punto de vista biológico, la identidad tiene su sustento en el código genético que tiene cada ser humano, el mismo que al igual que el proyecto de vida, es único e invariable, permitiendo diferenciar a una persona de otra. De esta forma, cada ser humano resulta ser un sujeto inconfundible, diferenciándose de otro, no sólo en razón a su único código genético, sino también a los actos o conductas mediante los cuales se manifiestan en la sociedad y que los ejercita en razón a su libertad. Es así que el derecho a la identidad es el que le permite a cada ser humano a ser uno mismo y a ser reconocido por los demás como quien se es, desarrollándose a partir de ello, el derecho a la proyección y reconocimiento del autoconstrucción personal.

## **1.2. Dimensiones de la identidad personal**

De lo expuesto anteriormente podemos afirmar que, en atención a la condición de originalidad, irrepetibilidad y complejidad del ser humano, resulta evidente que su identidad personal, es una sola. A partir de ello, la doctrina ha permitido diferenciar dos dimensiones en ésta:

**a).** - Una **objetiva** o **estática**, en la que se distinguen caracteres inmodificables o con tendencia a no variar; y,

**b).** - Una **subjetiva** o **dinámica**, referida a caracteres que pueden cambiar en el tiempo.

La identidad personal **objetiva o estática**, llamada también “identificación”, se refiere a los signos distintivos de la persona, como lo son su nombre, estado civil, edad, fecha y lugar de nacimiento, entre otros datos.

Al respecto, al prescribir el artículo 19 del Código Civil peruano de 1984, que toda persona tiene el “derecho y el deber de llevar un nombre”, encontramos en dicha disposición legal la manifestación del derecho a la identidad personal como verdad objetiva del ser humano, materializándose ello, originariamente, en la partida de nacimiento, con lo que no solo se acredita el alumbramiento de una persona, sino también su existencia.

La asignación del nombre a una persona, implica que esta llevará un prenombre y apellidos. El prenombre constituye la denominación con la que se conocerá a éste, en razón a la elección efectuada por los progenitores o por aquella que realiza la inscripción en el Registro Civil. Los apellidos, permiten establecer la filiación paterna y materna, correspondiéndole al nacido, llevar el primer apellido del padre y el primero de la madre, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil de 1984. Sobre lo referido, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a).- El artículo 23 del Código Civil de 1984, faculta al Registrador Civil a asignarle un nombre adecuado, al menor cuyos progenitores sean desconocidos. Cabe resaltar en esta disposición, que la ley ha impuesto una limitación al Registrador, para la asignación no de cualquier nombre al recién nacido, sino de un nombre adecuado. Dicha limitación en algún momento existió para los padres, tal como puede advertirse del texto del artículo 33 del Reglamento de Inscripciones del

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, sin embargo, la norma en referencia fue derogada por el D.S. 016-98-PCM.

b).- La asignación de los apellidos dependerá si el individuo se trata de un hijo matrimonial o extramatrimonial. En efecto, para el caso de un individuo nacido dentro del matrimonio o de los 300 días posteriores a su disolución, conforme lo prescribe el artículo 361 del Código Civil vigente, tendrá por padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario, y por lo tanto, le corresponderá llevar como paterno, el primer apellido del marido. En caso del hijo habido fuera del matrimonio, a éste le corresponderán los apellidos de quienes lo reconozcan, encontrándose facultada la madre, en caso que ella solo efectúe el reconocimiento, revelar el nombre de la persona con quien lo tuvo, pudiendo llevar el hijo el apellido del presunto progenitor, sin que lo haga surgir vínculo de filiación alguno con éste último, tal como lo dispone el artículo 21 del referido Código Civil.

En cuanto al sexo, la consignación del mismo en la partida de nacimiento, estará determinado por la evaluación anatómica que se efectúe sobre el recién nacido, dejándose de lado otros factores de evaluación como el cromosómico, gonadal y psicológico.

También resultan ser elementos objetivos de la identidad, la fecha y lugar de nacimiento. En cuanto a la primera, ésta permitirá determinar la edad de la persona, así como la fecha en la cual va a adquirir la mayoría de edad. Respecto al lugar del nacimiento, dicho dato permitirá establecer la nacionalidad que le corresponderá al individuo. Otro elemento objetivo a considerarse, resulta ser la

identidad de los progenitores del individuo, lo cual permitirá determinar la filiación de éste y a partir de ello, los derechos y deberes que surgirán entre ambos.

Los elementos antes mencionados, son solo algunos de los que integran la dimensión objetiva de la identidad, encontrándose el origen de los mismos en el nacimiento del individuo, pues fue en dicho momento en que éstos se convirtieron en ciertos.

La identidad personal en su dimensión **subjetiva o dinámica**, es la que se refiere al desarrollo de la personalidad, encontrándose constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos, culturales, hasta los políticos y profesionales, los mismos que permiten advertir la forma como cada sujeto se presenta en la sociedad. Esta dimensión de la identidad, es susceptible de cambio, pues fundándose la misma en el desarrollo de la personalidad, resulta lógico que ésta se llegue a moldear con el transcurrir del tiempo.

En razón a la dimensión subjetiva de la identidad, podemos conocer de una manera mas auténtica el perfil de una persona, pues como lo refiere Vega Mere (1996), ello se debe:

“... al patrimonio ideológico cultural del sujeto, compuesto por su posición social, económica, política, profesional, religiosa así como por las ideas convicciones pensamientos opiniones que dicha persona a hecho públicos en el medio en el que se desenvuelve” de tal forma que ese patrimonio hace al

sujeto “el que es” de acuerdo a su “verdad personal”  
(Pág. 55).

### **1.3.- Identidad sexual**

Dentro de los aspectos más complejos y discutidos de la identidad personal, se encuentra la identidad sexual.

El tratamiento y protección de la identidad sexual, resulta ser imprescindible en la medida que ésta constituye un elemento necesario de la identidad personal, pues al encontrarse presente en todas las manifestaciones de la personalidad del ser humano, tiene conexión con otros derechos como al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la protección de la integridad psicosomática, entre otros.

Esta concepción que sobre la identidad sexual hemos referido, no es la que se venía teniendo en cuenta tiempo atrás, ya que fue tratada vinculándose a la protección de la integridad corporal. Hoy en día, la identidad sexual es considerada dentro de la esfera del ejercicio de la libertad personal y de la protección de la salud, lo cual ha permitido que el sexo pueda ser explicado en las vertientes en las que se ha llegado a desarrollar, distinguiéndose así el sexo estático y el sexo dinámico, los que, si bien normalmente guardan armonía, algunas veces entran en conflicto, creando situaciones existenciales angustiosas.

El sexo **estático**, también conocido como “sexo cromosómico o biológico”, es aquel con el que nace y muere cada persona, siendo la inmutabilidad su característica; es en razón a ésta condición, que no resulta posible referirnos a la posibilidad de un “cambio de sexo” para el caso de personas que quieren alcanzar una condición sexual distinta a la atribuida por sus cromosomas, sino más bien, a una adecuación de sus genitales y subsiguiente cambio de prenombre. En cuanto al sexo **dinámico**, éste se refiere a la personalidad misma del sujeto, a la forma cómo actúa, su comportamiento psicosocial, sus hábitos y modales, su manera de sentir y vivir su sexualidad.

Por lo general, la personalidad desarrollada por el ser humano es coincidente con el sexo biológico, sin embargo, es posible advertir excepciones como ocurre en los casos en los que existe falta de coincidencia entre el factor cromosómico o biológico y el psicosocial. Es en este último supuesto donde podemos ubicar al “transexual”.

En efecto, hasta hace poco la clasificación de los sexos no reconocía matices ni admitía duda alguna; sin embargo, somos testigos de cómo se vienen presentando en la sociedad, el reclamo de algunas personas quienes alegando la existencia de un “error” en la asignación de su sexo, se someten a una cirugía genital para luego solicitar legalmente la reasignación de su sexo registral, conforme al que indican sentir. Es así, que, frente a este tipo de hechos, el sexo viene siendo considerado como algo complejo, en el que se interactúan factores de orden biológico y psicológico, como de naturaleza jurídico-social. Así, dentro de esta perspectiva, encontramos al sexo y a la sexualidad estrechamente

interconectados, reservándose la expresión “sexo” a los elementos anatómicos y fisiológicos que lo constituyen y a la sexualidad a un contenido más amplio, dentro del cual se advierten las diversas expresiones y tendencias del instinto sexual humano y a todas las normas sociales, jurídicas y religiosas que la regulan. De esta manera, la sexualidad resulta encontrarse presente en todas las expresiones de la personalidad del sujeto, pudiéndose distinguir a partir de ello un comportamiento masculino y otro femenino, evidenciándose así que la sexualidad, se encuentra presente en todas las actividades de la persona, lo cual inclusive permite que se la identifique socialmente.

Dicho esto, y a fin de comprender la extensión de la protección a la identidad sexual, desarrollaremos mas adelante, los factores sobre los cuales gira la discusión para la determinación jurídica del sexo.

#### **1.4.- Distinción entre sexo y género**

El manejo de los conceptos de sexo y género, es básico para entender el drama vivido por el transexual.

Como hemos referido anteriormente, el sexo resulta ser un hecho complejo en el que interactúan diversos elementos, como son aquellos de orden biológico, psicológico o de naturaleza jurídico-social. Considerando que dichos elementos se presentan estrechamente vinculados, es común utilizar la expresión “sexo” para referirse a las características biológicas de los individuos, abarcando la genitalidad, las gónadas (testículos u ovarios), la genética y los rasgos sexuales

secundarios relacionados por lo general con el sistema hormonal. Dicho esto, el concepto de sexo resulta ser un compuesto de distintos factores anatómicos y fisiológicos.

Cuando se hace referencia al género, éste se concibe con un contenido más amplio, en el cual puede encontrarse todo aquello que resulta ser innato y adquirido en la sexualidad humana, así como todas las manifestaciones del instinto sexual y las normas sociales, jurídicas y religiosas que lo gobiernan.

De esta forma, podemos precisar que con la expresión “género”, se pretende conceptualizar la función culturalmente atribuida a cada sexo, sin que ello se encuentre ligada a base biológica alguna, de tal forma que lo masculino y femenino aparecen como conceptos independientes del sexo genético. Entendido así el género, éste comporta, a diferencia del sexo, un rol elegido de acuerdo con las preferencias de cada uno y por lo tanto intercambiable según la decisión de cada sujeto, sin que se tengan en cuenta las diferencias genitales entre las personas; el interés de este concepto reside básicamente en disociar por completo el comportamiento de un individuo de su sexo anatómico para ser entendido a partir del hábito cultural de cada uno, tal como lo explica el maestro Fernández Sessarego (1992).

### **1.5.- Factores para la determinación jurídica del sexo**

En la actualidad, considerando el desarrollo del conocimiento humano y el cambio de percepción de lo que significa la vida y las relaciones sociales, ya no resulta

posible reducir la noción del sexo de una persona a la de sus gónadas, sino que debe tomarse en consideración otros aspectos. Al respecto, el Tribunal Constitucional en ha establecido que:

“El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse”. De lo expuesto, corresponde entender que la determinación del sexo de la persona humana, dependerá de la personalidad que ésta desarrolle, siendo ésta la que expresará su identidad (Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, Fundamento 15).

Teniendo en cuenta los elementos que integran el sexo, Mosquera (2007) precisa que sobre éste pueden atribuirse hoy en día, las siguientes nociones:

**a) Sexo cromosómico o genético:** éste se establece al momento en que se produce la fecundación del óvulo por el espermatozoide, conociéndose que los primeros llevan necesariamente el cromosoma sexual “x” y los segundos pueden llevar el cromosoma “x” o “y”, de tal manera que si el óvulo fuera fecundado por un espermatozoide “x”, el ser humano procreado será de sexo femenino, y si fuera fecundado por un espermatozoide “y”, el ser procreado será de sexo masculino.

**b) Sexo Gonadal:** según esta noción, la persona que sea identificada como mujer, presentará ovarios y si fuera identificada como varón, presentará testículos.

**c) Sexo genital:** bajo esta noción, la mujer presentará útero, vagina, etc.; y, en el hombre presentará próstata, escroto, pene, etc.

**d) Sexo hormonal:** en razón a las hormonas femeninas conocidas como estrógenos, éstas permitirán que el embrión sea estimulado a desarrollar órganos sexuales femeninos; en el caso de la existencia de la hormona masculina llamada testosterona, ésta permitirá la formación de genitales masculinos.

**e) Sexo morfológico:** en el caso de los varones, éste tendrá como órganos genitales internos a los conductos y vesículas seminales, la próstata, la uretra, y como órgano genital externo, al pene; y en el caso de las mujeres los órganos genitales internos son las trompas, el útero y la vagina, y los órganos genitales externos son los labios mayores y menores.

**f) Sexo psicosocial:** es el que se adquiere una persona en el ambiente familiar y cultural en que crece y se educa; su importancia ha sido puesta de manifiesto últimamente, pues si bien se encuentra condicionado por factores hormonales y genitales, se advierten casos de disociación con los anteriores elementos, en tanto es el resultado de vivencias y sentimientos profundos que determinan manifestaciones típicas atribuibles tanto a uno como a otro sexo.

A partir de estas nociones de sexo y considerando el desarrollo de la sexualidad humana, hoy en día no sólo encontramos expresiones en las que se haga referencia al varón o mujer, sino también a los homosexuales, bisexuales, travestis, pseudohermafroditas y transexuales, lo cual ya ha merecido tratamiento

legal en algunos países, no solo en el tema de discriminación sino también en lo que respecta a la autorización de matrimonio y adopción de niños. Al respecto, debe diferenciarse a cada una de las personas antes citadas, efectuándose el siguiente alcance:

a).- Los homosexuales son aquellos individuos cuyas necesidades y sentimientos sexoeróticos están dirigidos hacia personas de su mismo sexo; mientras que a los varones se los denomina gays, a las mujeres se las llama lesbianas.

b).- Los bisexuales son personas que tienen capacidad de responder sexualmente y mostrar interés emocional por personas de uno y otro sexo.

c).- Los travestís son las personas que tienen tendencia a llevar ropa del sexo opuesto, pudiéndose clasificar en tres grupos: a) Un primer grupo en el que se encuentran aquellos que llevan, en forma esporádica, la vestimenta del sexo contrario, siendo que gran parte de las personas que conforman este grupo se desarrolla como cualquier individuo de su propio sexo; b) Un segundo grupo, es aquel que resulta ser un estadio intermedio entre el “travesti” y el transexual, advirtiéndose en éste, que las personas que lo integran, les es insuficiente el uso de la vestimenta del sexo opuesto para colmar sus aspiraciones, sintiéndose tentados a alguna variación física, sin pretender todavía la modificación quirúrgica de sus genitales; y c) En el tercer grupo, podemos encontrar a aquellas personas que pueden ser identificadas como los verdaderos transexuales, pues ésta manifiesta su disconformidad con sus órganos sexuales y conformación física, encontrando en la intervención quirúrgica de reasignación del sexo, la solución para su conflicto interno.

d).- Respecto al hermafrodita, sostiene Mizrahi (2006), que en el ser humano no es posible advertir la existencia del hermafroditismo perfecto, precisando que:

“En el hermafroditismo se presenta claramente un problema de orden biológico u orgánico, puesto que coexisten dentro de una misma anatomía componentes de los dos sexos. Al respecto, debemos advertir que en el ser humano no es dable la verificación de un verdadero y completo hermafroditismo, el que se configura cuando las funciones propias de cada sexo se encuentran reunidas en un mismo ser vivo, tal como sucede con la lombriz o el caracol. O sea que en el hermafroditismo verdadero se comprueba la presencia simultánea de la gónada masculina y el de la gónada femenina, y esos seres están dotados de órganos genitales masculinos y femeninos, completos y perfectos. En las personas, en cambio, lo que sí se ha advertido son los casos de hermafroditismo imperfecto o pseudohermafroditismo, el cual podría ser masculino o femenino. En uno, los factores genéticos y gonadal son masculinos y el genital externo es femenino o ambiguo. En el otro, por el contrario, los factores genético y gonadal son femeninos, y el genital es ambiguo o masculino. Lo que se observa, por ende, es una carencia en un mismo individuo- de homogeneidad entre los órganos genitales externos y el sexo genético, no obstante, lo cual predominan las características correspondientes a uno de los dos sexos. Como existe

un sexo dominante, se hace referencia a un pseudohermafroditismo masculino y a otro femenino” (Pág. 55).

Se denomina “pseudohermafrodita masculino” a aquellos que tienen tejido testicular pero genitales externos femeninos; y “pseudohermafrodita femenino” a aquellos que tienen tejido ovárico pero genitales externos masculinos.

e).- Los transexuales son aquellas personas que desean pertenecer al sexo opuesto pues se sienten “atrapados” en un cuerpo que no lo sienten suyo, siendo su intención someterse a tratamientos hormonales e incluso quirúrgicos para adaptarse al sexo que consideran es el que les corresponde realmente.

En los casos de casos de transexualidad, se ha advertido el enfrentamiento en la doctrina, respecto a la constitución y determinación del sexo de una persona. Así, para algunos debe considerarse como criterio único para determinar el sexo de un individuo, el referido a la morfología de sus órganos genitales externos, es decir, dicho criterio se sustenta en el aspecto biológico, el cual coincide con la información consignada ante el Registro del Estado Civil, lo cual también fue entendido por el Tribunal Constitucional, sosteniendo que para el Derecho “el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación de óvulo por el espermatozoide” (Exp. Nro. 139-2013-PA/TC, Fundamento 5). Este planteamiento sostiene el criterio de la inmutabilidad del sexo biológico y la ineficacia de las intervenciones quirúrgicas que pretendan modificar el aparato genital externo para adecuarlo a las exigencias psicosociales del transexual, por lo que, en estos casos, lo que debe adoptarse son medidas preventivas y de rehabilitación que permitan lograr la

afirmación del sexo biológico, es decir, aquel que le ha asignado por la naturaleza. Dicho esto, según la posición comentada, el transexual debe ser tratado hormonalmente o mediante una adecuada psicoterapia tendiente a asumir su propia identidad sexual, según el factor biológico-registral.

En contraposición a lo anteriormente expuesto, existen quienes sostienen que el sexo no es sólo una expresión reducida al tema biológico, sino que en él también encontramos una dimensión psicológica, en la que se puede advertir el sentimiento y convencimiento que tiene un sujeto de pertenecer a un sexo distinto de aquel que la naturaleza le asignó. Cabe precisar que, El Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer que: "El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran" (Exp. Nro. 2273-2005-PHC/TC, Fundamento 15). Asimismo, hemos referido anteriormente como el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Exp. Nro. 6040-2015-PA/TC, ha establecido que la realidad biológica, no puede ser el único factor determinante para la asignación del sexo en el ser humano. Estando a los fundamentos de la posición antes expuesta, se considera que el sexo no resulta ser un factor inmutable de la personalidad del ser humano, sino que debe ser concebido como un elemento dinámico, de tal manera que éste no es solo una expresión física, pues también resulta ser una actitud psicológica, que lo configura como una opción personal; en razón a esta posición y considerando la libertad que tiene la persona para vivir conforme al sexo que con el que se siente existencialmente identificado, se reclama el acceso a determinadas

intervenciones quirúrgicas que le permitan a una persona adecuar sus caracteres genitales externos al sexo sentido y vivido.

Al respecto, teniendo en cuenta lo expuesto líneas arriba, consideramos que, el sexo al resultar ser una compleja combinación de factores, para su asignación, en caso que dichos factores no confluyan uniformemente en el sexo masculino o femenino, debe considerarse la función social y jurídica que éste desarrolla en el sujeto; en tal sentido, es evidente que para la determinación del sexo en los casos de disforia de género, deberá concederse mayor relevancia al factor psicológico frente al biológico. Dicho criterio es el que ha expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. Nro. 6040-2015-PA/TC.

Estando a lo expuesto, podemos afirmar que la distinción entre lo masculino y lo femenino no es absoluta ni definitiva, pues el sexo se presenta como un hecho complejo, en el cual los elementos biológicos se hallan estrechamente ligados con aquellos otros de carácter psicológico y social.

#### **1.6.- El transexualismo**

La presencia del transexualismo en la sociedad actual, no sólo ha provocado la intervención de la medicina para conseguir su tratamiento quirúrgico, sino también el interés de la comunidad jurídica para tratar los efectos del reconocimiento del derecho a la identidad de la persona transexual.

El transexual es aquella persona que encuentra un conflicto entre su identidad y anatomía sexual, revelando así la disconformidad existente entre su sexo biológico y el psicológico, por lo que reclama que la asignación del mismo debe efectuarse considerando aquel con el cual se siente identificado y no por el que le es atribuido al momento de su nacimiento; así, la mujer transexual es aquella que nace con anatomía masculina y, el hombre transexual, es el que nace con anatomía femenina. La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2019) en su Guía Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE 11), ha reemplazado el término transexual por el de “discordancia de género”, precisando que esta condición está ligada a la salud sexual de una persona, en lugar de un trastorno mental y de comportamiento, siendo esta caracterizada “por una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado”. Conviene aclarar que la transexualidad, la homosexualidad, la heterosexualidad, no pueden ser consideradas como enfermedades que requieren ser curadas, por el contrario son opciones sexuales legítimas, cuya elección le corresponde exclusivamente a la persona humana y no a la sociedad o al Estado. Así, al revisar el voto del magistrado Mesía Ramírez en el Exp. 926-2007-PA-TC, se advierte el criterio antes expuesto en el que, si bien no se hace referencia expresa al transexualismo sino al homosexualismo, se señala que éste último no puede ser considerado “como una enfermedad, una anormalidad o una anomalía que deba ser curada o combatida” (Exp. 926-2007-PA-TC, Fundamento 23). A mayor abundamiento, cabe precisar que, siendo sustento del reconocimiento de los derechos de las personas transexuales el libre desenvolvimiento de la personalidad, en el voto bajo comentario, se precisa que: “El libre desenvolvimiento de la personalidad es

el fundamento bajo el, cual una persona puede buscar un sentido de pertenencia e identificación dentro de la sociedad...” (Exp. 926-2007-PA-TC, Fundamento 55), agregando luego que “... en el marco del estado social y democrático de derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual...” (Exp. 926-2007-PA-TC, Fundamento 57).

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha definido al transexual como aquella que:

“perteneciendo físicamente a un sexo tienen el sentimiento de pertenecer al otro. Con frecuencia, intentan conseguir una identidad coherente y menos ambigua, sometiéndose a tratamientos médicos y a intervenciones quirúrgicas para adaptar sus características físicas a su naturaleza psíquica. Los transexuales operados a este respecto constituyen un grupo bastante bien definido y determinado” (Demanda N° 9532/1981, Fundamento 38).

Frente a la disociación que presenta el transexual respecto a su identidad sexual y la anatomía otorgada por la naturaleza, éste llega a recurrir a la medicina para hacer efectivo su deseo de modificar las características sexuales que no se corresponden al sexo con el que se siente identificado, sometiéndose a una intervención quirúrgica tendiente a la reasignación del mismo; sin embargo, hasta ahora la medicina no ha llegado a conseguir, la conversión genética de un hombre a una mujer o viceversa, pues la operación quirúrgica a la cual se somete al

transexual, solo busca y consigue la extirpación de los órganos genitales originarios, así como la reproducción artificial de los órganos propios del sexo contrario, a lo cual sigue un tratamiento hormonal.

De lo expuesto, podemos afirmar que, dentro de las aspiraciones del transexual, para conseguir su identificación corporal con el sexo sentido, está la modificación quirúrgica de su sexo somático a través de una cirugía de reasignación sexual, reclamando con ello el reconocimiento jurídico del sexo al cual siente pertenecer y que se le reconozcan los derechos que como tal le corresponden. Sin embargo, debemos indicar que el reconocimiento de la identidad del transexual, no puede estar sometido ni condicionado a una previa o posterior cirugía de reasignación sexual, puesto que en el caso que dicho transexual, carezca de medios para asumir los costos de la respectiva intervención quirúrgica, resultaría ilógico que su derecho humano a la identidad se vea perjudicado por falta de dinero, tal como inclusive lo ha afirmado la magistrada Ledesma Narváez al fundamentar su voto en el Exp. 6040-2015-PA/TC (Fundamento 17).

Estando a lo expuesto, hay que precisar que el tratamiento jurídico que reclama el transexual respecto al problema de su identidad, requiere que previamente lo distingamos de otras disfunciones de la identidad sexual. Así, podemos precisar lo siguiente:

**a)** Si bien un transexual es al tiempo un travestí, no todo travestí resulta ser un transexual. En efecto, si bien encontramos en el transexual, el deseo de vestir como una persona del sexo opuesto al asignado según su anatomía, otras veces, el travestismo resulta ser el modo a través del cual algunos sujetos obtienen

placer usando prendas del sexo opuesto (fetichismo travestista). Al respecto, precisa Diez del Corral (1981) que:

“Para el travestí llevar los vestidos del otro sexo es fuente de satisfacción erótica, mientras para el transexual el travestismo no es más que la consecuencia lógica de su pertenencia al otro sexo. Pero el travestismo puede bastar al principio al transexual, éste experimenta después la necesidad de poseer igualmente las características físicas del otro sexo, y para ello necesita una intervención quirúrgica” (Pág. 1079).

- b)** El homosexual es, aquel hombre o mujer que vive conforme a su sexo biológico pero que siente atracción sexual hacia sujetos de su mismo sexo.
- c)** En el caso del intersexualismo, éste tiene su origen en el incorrecto desarrollo genético u hormonal de un sujeto, lo cual no se advierte en el transexualismo, pues el problema en su identidad, es producto de la falta de concordancia entre el sexo sentido y vivido con el asignado biológicamente.

De lo referido anteriormente, resulta claro que el transexual no es error de la genética, sino que se trata de un ser humano que no se identifica con el cuerpo asignado por la naturaleza, sintiéndose atrapado en uno que no responde a su sentir, advirtiéndose el sentimiento persistente de malestar e inadecuación respecto al propio sexo anatómico, así como al deseo de liberarse de los propios genitales para poder vivir como un miembro más del sexo contrario. El transexual,

al igual que un heterosexual, tiene el derecho a que se respete su dignidad y opción sexual, tal como lo ha expresado el Tribunal Constitucional al precisar que:

“... el Tribunal debe destacar que, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el leitmotiv que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona. El carácter digno de la persona en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría (Exp. Nro. 2868-2004-AA/TC, Fundamento 23).

### **1.7.- El transexualismo como fenómeno social**

El transexualismo alcanza notoriedad a partir del famoso caso de “Christine” Jorgensen, el mismo que mereció una amplia divulgación a través de los medios de comunicación del mundo entero, en razón de haber sido la primera

intervención quirúrgica de reasignación de sexo, practicada a comienzos de la década de los cincuenta del siglo pasado, tal como lo refiere Carlos Megía (2020).

Considerando que el transexualismo, resulta ser una situación existencial que se desarrolla en la dimensión intersubjetiva del ser humano, no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica. Es por ello, que el Derecho como disciplina reguladora de la conducta humana, resulta ser la llamada a establecer los efectos del amparo al reconocimiento del derecho a la identidad del transexual, debiendo desarrollarse las reglas de conducta que permitan armonizar el interés personal con el interés social, especialmente con los que radican en el ámbito de la familia.

Como ya lo hemos referido anteriormente, el transexual es el sujeto en el que se aprecia un contraste entre sus características sexuales exteriores y aquel de naturaleza psíquica. Es esta circunstancia la que lo conduce a una búsqueda de la correspondencia entre su apariencia física y su sentimiento y comportamiento propios del sexo opuesto, por lo que en su afán de llegar a ser “si mismo”, se somete a intervenciones quirúrgicas, para que sus genitales externos, les sean adecuados con los que considera que realmente le corresponde, logrando con ello, adecuar también su sexualidad a su estado psicológico y a sus costumbres de vida.

De lo anteriormente referido, podemos encontrar dos síntomas que permiten advertir la transexualidad en el ser humano:

**a).** - El sentimiento de pertenecer al sexo opuesto a aquél que le fue asignado por la naturaleza y cuyas características biológicas guardan correspondencia con este último.

**b).** - El tener la necesidad de “cambiar” de sexo dentro de las posibilidades que ofrece la ciencia médica a fin que se le reconozca jurídicamente un “nuevo estado”.

Estos síntomas pueden advertirse desde la infancia y se van traduciendo a través del comportamiento del niño o de la niña, lo cual llega a evidenciarse en sus gestos, preferencias, modo de caminar, entre otros aspectos que resultan ser propias del sexo opuesto al registrado. Al llegar a la adolescencia el transexual adquiere mayor conciencia del conflicto existente entre su cuerpo y el sexo al cual se siente pertenecer, agregándose a ello el enfrentamiento contra la hostilidad proveniente del ambiente en el que desenvuelve sus actividades, que frecuentemente es de rechazo y de marginación, para lo cual se “encierra” en sí mismo y hace uso de una vestimenta con la cual trata de ocultar su indeseada realidad biológica. En otros casos, su drama de alguna manera trata de encontrar un “paliativo” a través del travestismo, y en caso que ello no sea suficiente para la satisfacción de su real sentimiento sexual, el transexual querrá someterse a una intervención quirúrgica seguida de una terapia hormonal, para conseguir la adecuación de sus genitales al sexo que realmente siente que le corresponde. Refiere Mizrahi (2006), respecto al tratamiento endocrino que:

“éste apunta a disminuir en la mayor medida posible, la importancia de los caracteres sexuales secundarios del sexo rechazado, para incrementar, por el contrario, la

expresión del sexo buscado. Así en el caso de un hombre sometido a un tratamiento feminizante, el efecto de éste consistirá en una reducción de la musculatura y una involución de los testículos y el pene, acompañados por un desarrollo de los pechos y una mayor importancia de las envolturas adiposas. Cuando el paciente, por el contrario, sea una mujer que busque la virilización, el tratamiento implicará una reducción de las masas adiposa y de los pechos, un aumento de la musculatura, la aparición de la pilosidad masculina (barba) y un cambio del tono de voz, la que se tornará más grave” (Pág. 61).

Estando a lo expuesto, debemos indicar que, la intervención de la ciencia médica no lo es todo para el transexual, pues su satisfacción plena es que se le reconozca jurídicamente conforme a su género y lograr el consiguiente “cambio de sexo” y de prenombre en el Registro del Estado Civil.

## **CAPITULO II**

### **LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS DE ADECUACIÓN DEL SEXO**

#### **2.1.- El debate en torno a la adecuación del sexo**

El debate jurídico que se ha producido en torno al sexo y a la transexualidad, nos permite abordar el tema de si resulta lícito o no permitir las intervenciones quirúrgicas de adecuación del sexo, en base al convencimiento de la persona de pertenecer, por su personalidad, comportamientos y actitudes, al género contrario al de su origen, así como evaluar las consecuencias que ello generaría.

Al tratar el tema materia del presente trabajo de investigación, han surgido diversas interrogantes como son si resulta jurídicamente posible que la persona pueda decidir libremente, respecto a la “reasignación” quirúrgica de sus genitales; si la determinación sexual y la consiguiente identidad personal, debe responder a un conocimiento subjetivo o si es que para ello también debe tenerse en cuenta

elementos físico-objetivos; si las intervenciones quirúrgicas tendientes a un “cambio de sexo”, comporta un atentado contra la integridad psicosomática de la persona; si desde un punto de vista social, resulta conveniente permitirse el “cambio de sexo”; y si con las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo, se puede conseguir un cambio de un género a otro.

Las preguntas formuladas anteriormente encierran sólo algunas de los muchos problemas que hoy en día genera la concepción del derecho a la identidad sexual, que considerando su impacto en torno a la libertad personal así como al interés social, ya ha merecido su tratamiento en algunas legislaciones, las que han establecido los requisitos y procedimientos a seguirse para acceder a las intervenciones quirúrgicas de adecuación del sexo, así como las limitaciones impuestas para aquellas personas que accediendo a dichos procedimientos médicos, consigan el reconocimiento de su identidad sexual.

Desde un punto de vista médico científico, algunos sostienen que el sexo trasciende los aspectos biológico-somáticos del ser humano, concibiéndose el problema desde un plano psicológico y estimándose que las fronteras entre la masculinidad y la feminidad no son precisas, tal como lo precisa Fernández Sessarego (1992). Otros, consideran que el “cambio de sexo” al implicar una cirugía plástica de los genitales exteriores, sólo permite modificar la apariencia sexual del sujeto, sin que con ella pueda conseguirse el cambio de sexo originario. Así también, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “las denominadas operaciones de cambio de sexo solo transforman (y ni si quiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo, pero no

su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos hormonales” (Exp. N° 139-2013-PA/TC, Fundamento 18).

Al respecto, sostiene Jean Pierre Lebrun (citado en Frignet, 2003) que “desde la noche de los tiempos el ser humano está obligado a aceptar su sexo y admitir que pertenece sea al bando femenino, sea al bando masculino. Aunque esta situación le disguste, no tiene otra elección: nace hombre o nace mujer y debe adaptarse a ello, aun cuando para algunos el ajuste sea muy costoso”, precisando que los males del transexualismo “no desaparecen con un toque de la varita mágica hormono quirúrgica”. Conforme a la posición comentada, estas intervenciones quirúrgicas, deberían estar destinadas, a la afirmación del sexo originario cuando en la primera etapa de la vida existió una indefinición sexual, no resultando ser la solución apropiada cuando existe una inclinación psicológica por el género opuesto, pues en esos casos, deben hacerse uso de terapias adecuadas, que tengan como propósito afianzar el sexo registral.

Como la cirugía de adecuación del sexo no resulta ser solo un problema médico-científico o uno en el cual solo deba tenerse en cuenta las repercusiones jurídicas que se generarían de accederse a ella, resulta evidente que también deberá efectuarse una valoración ética en cuanto a lo que ésta significa. Así, para un sector de la doctrina, las intervenciones quirúrgicas de “cambio de sexo”, resultan ser actos humanos que van en contra de lo dispuesto por la naturaleza, resultando preocupante el tener que admitir la existencia de cirugías que pretendan satisfacer inclinaciones que no coinciden con el sexo que la naturaleza le otorgó a un sujeto, pudiéndose citar así a Mizrahi (2006), para quien con la

intervención quirúrgica de “cambio de sexo”, el transexual “perdería las posibilidades evolutivas que podrían existir antes de la transformación” (Pág. 71). Para otros, la intervención de la medicina en este tipo de situaciones, no resulta ser reñido contra la moral, pues el ser humano, mientras no perjudique a los demás, está en la posibilidad de optar por el modo de vida que desee llevar, pudiendo desarrollar su propia identidad sexual, haciendo uso de la ciencia médica. Al respecto, sostiene Fernández Sessarego (1990) que en el caso de la atención al problema del transexual “se reconoce que solo a través de operaciones quirúrgicas se puede llegar a resultados satisfactorios” (Pág. 228). Según esta posición, la cirugía de reasignación sexual resulta ser un acto de liberación relacionado con el derecho fundamental de cada persona a desarrollar libremente su personalidad y de afirmar su identidad.

Es evidente que las posiciones antes advertidas, al responder a concepciones subjetivas, resultan ser, en uno y otro caso, la particular visión del hombre a una determinada concepción del mundo; sin embargo, no debe dejarse de tener en cuenta que lo importante no es “vivir” como varón o como mujer, sino, en cualquier caso, hacerlo sin perjudicar en lo más mínimo el interés de los demás.

Estando a lo antes expuesto, el debate originado con relación a la cirugía de “reasignación sexual”, ha provocado la discusión respecto a si su práctica debe admitirse teniendo en cuenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad o si, por el contrario, ésta se opone al orden público y a las buenas costumbres.

Como resulta lógico en un Estado en el cual se respetan las libertades personales, nuestro ordenamiento jurídico protege el derecho de cada individuo al libre desarrollo de su personalidad dentro de la comunidad, en concordancia con el interés social y dentro del orden público y las buenas costumbres, tal como puede advertirse de la lectura de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993 y del artículo 5 del Código Civil de 1984; es decir, existiendo la tutela de un derecho subjetivo, corresponde conciliar éste con el derecho de los demás, lo cual resulta ser un deber para el propio facultado y que se encuentra representado en el orden público y las buenas costumbres. Con esto se reitera pues que “el derecho de uno termina donde empieza el de otro”, lo cual resulta ser una consecuencia de la naturaleza coexistencial del hombre, por lo que no pueden existir derechos subjetivos absolutos, debiendo siempre ser conciliados los intereses de uno con los de la sociedad, a fin de buscar un equilibrio.

Frente a lo dicho, podríamos decir que, el derecho a la libertad le permite a cualquier individuo a llevar adelante el proyecto de vida que le permita realizarse como ser humano, siempre que éste no atente contra el derecho de los demás y que no signifique un abuso en el ejercicio del derecho. Esta posibilidad que tiene el ser humano, es la que se encuentra amparada bajo el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, el cual le permite al individuo, entre otras cosas, ejercer su sexualidad conforme a su propia identidad; es decir, todo individuo, a través del libre desarrollo de su personalidad, tiene la posibilidad de vivir de acuerdo con el sexo que responde a su real sentir, conforme a sus

costumbres, hábitos, actitudes, etc., pudiendo inclusive, bajo su amparo, realizarse como persona dentro de aquél género, opuesto al originario.

Los defensores de las cirugías de reasignación del sexo, alegan que no existe inconveniente alguno para que aquella persona que sienta pertenecer al género contrario al asignado por la naturaleza, pueda someterse a una cirugía de adecuación de sus órganos genitales, para así poder desarrollar su personalidad, siempre que ello no agravie el derecho de los demás. Bajo esta posición, el sexo es una opción existencial de tal manera que la persona puede escoger libremente vivir dentro del sexo que más conviene a su íntima vocación existencial. Siendo esto así, en el caso del transexual, su decisión de someterse a una cirugía de “reasignación sexual”, en lo que se refiere a la identidad sexual, le permitirá superar un estado de indefinición que atenta contra su salud, entendida ésta última como un estado de bienestar general del individuo. Siendo ello así, la “reasignación sexual”, resulta ser una exigencia del sujeto a su plena identidad y a proyectar socialmente su verdad personal.

Quienes se oponen a la práctica de las referidas cirugías de “reasignación sexual” precisan que el derecho a la libertad personal, como todo derecho subjetivo, supone además del derecho en sí, un deber en el sujeto frente al derecho de los demás; en tal sentido, la libertad personal, para el caso de las cirugías antes referidas, tienen limitaciones en el orden público, así como en las buenas costumbres. Precisa Mizrahi (2006), comentando la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa vigente hasta 1992, precisa que: “Con verdadero acierto, la mencionada Corte señaló que el sexo es inmodificable; que la circunstancia de

que una persona quiera ser hombre o mujer, no lo convierte en hombre o mujer, pues que el sexo no puede ser cambiado por la sola voluntad del sujeto...” (Pág. 77).

Respecto al orden público, se argumenta que, como se requiere socialmente, certeza respecto a la identidad personal, ello podría verse afectado si es que no existiera concordancia entre la realidad y el sexo originario que figura en los Registros del Estado Civil; en tal sentido, una cirugía de “reasignación sexual”, atentaría contra la certeza que se requiere para identificar plenamente a un sujeto. Al respecto debemos precisar que en los países en los que se ha legislado sobre esta intervención quirúrgica, ha sido a través de un procedimiento administrativo o judicial que se ha permitido la adecuación de la partida de nacimiento la identidad sexual adquirida por el individuo con motivo de una intervención quirúrgica autorizada, teniendo en cuenta la pericia médico-psicológica, previamente emitida a la cirugía en mención.

En lo que se refiere a las buenas costumbres, teniendo ésta su fundamento en una valoración ética, efectuada según los criterios imperantes en una sociedad, ésta no es uniforme y se expresará según la concepción que se mantenga en una determinada época.

## **2.2.- La integridad psicosomática y el transexualismo**

Las intervenciones quirúrgicas de “reassignación sexual” o también llamadas de “reassignación genital”, importan una drástica modificación de los genitales del

transexual, lo cual que permite advertir la confrontación del derecho a la libertad personal y el derecho a la salud.

En efecto, si bien una persona puede disponer de su cuerpo, dicha facultad se encuentra limitada frente a actos que afecten la salud o que vulneren el orden público y las buenas costumbres. Al respecto, el artículo 6 del Código Civil de 1984, regula el derecho a la integridad psicosomática de la persona, disponiendo que “los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios”, es decir, *contrario sensu*, serán válidos aquellos actos de disposición del cuerpo que aun cuando impliquen una disminución permanente, resultan ser motivados por un estado de necesidad de orden médico o se encuentran justificados por motivos humanitarios. Debe entenderse que estos casos excepcionales de disposición del cuerpo deben tener por objeto la conservación de la propia salud; es por ello que el artículo 7 del citado Código Civil antes citado, prescribe que la cesión de órganos o tejidos que no se regeneran no “debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante”, lo cual debe ser concordado con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política de 1993, según el cual se protege la integridad psicosomática de la persona. Dicho esto, cabe preguntarnos si las intervenciones quirúrgicas de “reasignación sexual” atentan contra el derecho a la integridad psicosomática de la persona.

Para quienes se oponen a este tipo de cirugías, exponen que éstas más que solucionar un problema, complican la situación del transexual, ya que si bien se consigue atribuirle parcialmente un sexo distinto al originario, lo que si se consigue en forma total, es una privación de la capacidad de procreación, lo cual significa una disminución grave de la integridad física, afectándose su derecho a la salud, sosteniéndose inclusive que las referidas intervenciones quirúrgicas son susceptibles de provocar psicosis y suicidios, tal como lo sostiene Mizrahi (2006). Por otro lado, quienes afirman la conveniencia de estas cirugías, entre ellos Fernández Sessarego (1992) sostienen que con ellas se le permite al transexual hacer efectivo su derecho al libre desarrollo de su personalidad, para lo cual no debe concebirse al sexo como un fenómeno somático, sino que también debe atenderse el elemento psicológico que se encuentra en él.

Es evidente entonces, que el tema de la “reasignación sexual” produce un conflicto entre un interés particular y uno general. De un lado la persona reclama, el amparo de su derecho a la libertad personal y a la salud, el que se le permita acceder a una cirugía de adecuación de sus órganos genitales al sexo al que dice corresponder, para así desarrollar plenamente su personalidad y alcanzar un equilibrio emocional que le garantice el bienestar integral que toda persona tiene derecho; y de otro, tenemos el referido interés de nuestro ordenamiento jurídico para la protección de la integridad psicosomática de la persona.

La pertinencia de cualquiera de las posiciones antes mencionadas, dependerá de los fundamentos que se sostengan para defender cualquiera de éstas, de tal forma que si se va a considerar al sexo como un elemento somático inmutable, es

lógico concluir que cualquier cirugía tendiente a obtener como resultado un “cambio de sexo” resultaría ser un esfuerzo inútil, pues dicha operación sólo tiene efectos meramente plásticos pero nunca producirá una auténtica mutación sexual como pretende el transexual, siendo lo único cierto que con ésta, la persona quedará privada de su capacidad procreativa. Por el contrario, si se considera que el sexo se constituye preeminentemente, como un fenómeno psíquico, el llamado “cambio de sexo” resultaría ser un interés personal prevalente, partiendo del derecho de la persona a desarrollar libremente su personalidad, siendo la intervención quirúrgica al cual se somete, una adecuación de los órganos genitales al sexo sentido, no atentando ello a la integridad psicosomática que reconoce nuestra Constitución Política de 1993 (artículo 2, inciso 1) y el Código Civil (artículo 5), pues lo que se consigue con ella es una sensación de bienestar integral.

Estando a lo expuesto, nos adherimos a la esta segunda posición, pues consideramos que si a través de las cirugías de “reasignación sexual” o “reasignación genital”, el transexual consigue el bienestar personal que reclama, entonces en razón a su derecho a la salud, resulta permisible el acceso a esta práctica médica. A mayor abundamiento, esta posición encuentra sustento en el artículo 15 de la Constitución Política de 1993, el que prescribe que toda persona tiene derecho a “la protección de la salud”, lo cual no sólo significa no estar enfermo sino, en general, implica encontrarse en un estado de bienestar integral (psíquico, mental y social), debiéndose agregar que conforme al preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud, la salud es un estado completo de bienestar psíquico, mental y social, con lo cual se reitera que ésta no

solo implica ausencia de enfermedad. Entonces, concebida la salud en los términos antes referidos, podemos decir que, en el caso del transexual, mientras no consiga el reconocimiento y amparo a su verdadera identidad, éste será un sujeto carente de salud. Asimismo, podemos afirmar que el derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental, tal como lo ha expresado el Tribunal Constitucional en los Exps. Nros. 2945-2003-AA/TC y 1429-2002-HC/TC.

En efecto, el transexual, antes de someterse a la intervención quirúrgica de adecuación de su sexo al realmente vivido y de alcanzar reconocimiento legal a su verdadera identidad, es un individuo que no tiene estabilidad emocional ni equilibrio psíquico, pues hasta ese entonces, su vida transcurre en un constante reclamo para que se le permita vivir de acuerdo a la identidad que ha desarrollado, siendo evidente que el rechazo a su personalidad, implica carencia de bienestar.

Es justamente en razón al bienestar integral que merece tener el transexual, que a fin de procurar ello, consideramos que resultan justificadas las cirugías que tengan por finalidad eliminar la disociación existente en su personalidad, en cuanto al aspecto somático y el psíquico. De esta manera, la intervención de la ciencia médica, le permitirá al transexual, superar la perturbación psicológica en que vive, al hacer coincidir desde el punto de vista sexual, el cuerpo con la mente, alcanzándose así el bienestar deseado.

### **2.3.- La adecuación del sexo y las relaciones familiares**

El amparo del derecho a la identidad del transexual, así como la procedencia de las cirugías de adecuación del sexo, no solo ocasiona repercusiones que atañen únicamente al transexual, sino que inclusive alcanzan a las relaciones familiares que éste pueda mantener, como ocurrirá en el caso que éste último se encuentre casado o tenga hijos. Dicho esto, corresponde analizar los efectos del reconocimiento del derecho a la identidad del transexual, las consecuencias del sometimiento a una cirugía de “reasignación sexual”, los intereses en juego, así como los conflictos que una situación como la descrita pueda generar, a fin de procurar una justa y adecuada solución jurídica, pues de admitirse que el transexual tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad y alcanzar su bienestar integral, ello no permite omitir el interés que frente a estos pretendidos derechos tiene la sociedad, y, específicamente, los miembros de su familia (como es el caso del cónyuge y los hijos).

Bajo estos supuestos, el reconocimiento de la identidad del transexual, la admisión jurídica de las referidas cirugías de “reasignación sexual” y de dictarse una ley que regule las repercusiones de ambos supuestos, dicha norma deberá contener las disposiciones necesarias que salvaguarden el derecho de la familia. Sin embargo, debemos precisar que el artículo 277 inciso 5 del Código Civil de 1984, prescribe la anulabilidad del matrimonio, de quien lo contrae por error en la identidad física del otro contrayente, extendiendo dicha invalidez al ocultamiento de la esterilidad, lo cual es una consecuencia en toda persona que se somete a una cirugía de “reasignación sexual”.

Para poder abordar el problema antes expuesto, debe tenerse en cuenta que no existen derechos subjetivos absolutos, pues todo derecho subjetivo es un derecho-deber del titular que tiene en frente al deber-derecho del obligado, por lo que dicha característica en los derechos de la persona, debe tenerse en cuenta para entender la situación jurídica subjetiva del transexual. Así, en el caso bajo análisis, tenemos de un lado a una persona que reclama ser ella misma, y en tal sentido, ejercitando su derecho a la identidad personal pretende que se le reconozca como tal y que, de optar por una cirugía en sus genitales, ser vista, tratada y considerada conforme al sexo que “siente”, según el cual vive y se comporta. Sin embargo, dentro de la situación jurídica subjetiva expuesta, corresponde analizar el correlativo derecho que los demás podrían alegar frente al derecho subjetivo reclamado por el transexual, es decir, por el deber que, dentro de su específica situación jurídica, le es atribuido al facultado. Considerando ello, corresponde tener en cuenta también el derecho que corresponde al cónyuge y/o a los hijos que pueda tener el transexual, pues como ya se ha explicado, el derecho a acceder a una intervención quirúrgica de “cambio de sexo”, no podría ser absoluto, pues debe admitirse ciertas sanciones o limitaciones impuestas en razón al derecho a los demás.

En el caso de un transexual que, identificándose con su sexo biológico, previamente haya contraído matrimonio y luego de ello pretenda se le reconozca su derecho a ser reconocido de acuerdo a su sexo psicosocial o que en razón a ello pretenda someterse a una cirugía de “reasignación sexual”, debe tenerse en cuenta, los derechos y deberes impuestos por la ley como consecuencia del matrimonio que se celebró, los cuales se van a ver lesionados, además de la

frustración del proyecto de vida del cónyuge heterosexual. Asimismo, debe de considerarse, los efectos que dicha decisión pueda causar sobre los hijos que el transexual pueda haber engendrado, dentro o fuera del matrimonio. Es por ello que, aun cuando es nuestra posición el amparo en el reconocimiento de la identidad del transexual, en su caso, la autorización para que pueda someterse a una cirugía de “reasignación sexual”, consideramos que el ejercicio de este derecho debe tener limitaciones o sanciones en caso que el transexual tenga cónyuge y/o hijos menores, lo cual advertiremos en el proyecto de ley que presentamos en el presente trabajo de investigación.

Haciendo una revisión en la legislación comparada, advertimos que han existido respuestas en algunos países respecto de los problemas referidos anteriormente. Así tenemos el caso de la ley sueca de 21 de abril de 1972, la cual estableció como requisitos, para acceder a la modificación del sexo en el registro del estado civil, el no haber contraído nupcias y adolecer de incapacidad para procrear; asimismo, en el caso de la ley alemana de 10 de setiembre de 1980, ésta establece como requisito ineludible para el cambio de sexo, que el solicitante sea soltero, privilegiándose así el interés de la familia frente al del transexual, desarrollando dos soluciones distintas con las que se aborda el drama del transexual: la *kleine lössung* (solución “pequeña”), que sólo permite el cambio de nombre al cabo de tres años de experiencia en vida real, a las personas transexuales que no se han sometido a la intervención quirúrgica de “reasignación sexual” o a aquellas que previamente han contraído matrimonio; y, la *grösse lössung* (solución “grande”) la cual autoriza la rectificación registral de nombre y

mención de sexo a las personas transexuales no casadas que se hayan sometido a la cirugía de reasignación de sexo.

En el capítulo IV del presente trabajo de investigación, haremos una revisión del desarrollo legislativo en el derecho comparado, respecto a las consecuencias del reconocimiento del derecho a la identidad del transexual.

#### **2.4.- Efectos de la sentencia que declara el “nuevo” sexo**

Una vez obtenido el pronunciamiento el jurisdiccional que declara el “nuevo sexo” reclamado por el transexual, corresponde discutir los efectos que tendría dicha sentencia.

De lo que se advierte en la legislación comparada, la tendencia es atribuir carácter constitutivo al pronunciamiento judicial o administrativo que autoriza la “reasignación sexual”, sin que ello tenga efectos retroactivos, de tal forma que los hechos producidos cuando el transexual era identificado con su sexo originario, puedan interpretarse de acuerdo con su nueva identidad sexual.

Ahora cabe preguntarnos, si la sentencia que declara el “nuevo sexo” del transexual, extiende sus efectos a terceros, es decir, si las modificaciones registrales efectuadas en razón a la nueva identidad del transexual, también implican la modificación o rectificación de aquellas partidas registrales en las que consten hechos de los cuales derivan derechos de terceros; ¿cómo debe seguir figurando en la partida de nacimiento de su hijo, con el nombre y sexo antiguos o con el que le corresponde de acuerdo a lo resuelto por los jueces?; o, en caso

que éste previamente haya contraído matrimonio, ¿se debe hacer constar en la partida correspondiente el nuevo nombre y sexo del transexual?.

Respecto a la primera interrogante, consideramos prudente la solución que otorga la Ley 03/2007 española, según la cual, al referirse a los efectos de la resolución que se pronuncia por el “cambio de sexo” y nombre, precisa que ésta “no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral”. Dicho esto, respondiendo la interrogante formulada, el transexual deberá seguir figurando como padre o madre del menor, con el sexo anterior al que ahora consta en su inscripción en el Registro Civil, concluyéndose que, respecto a los hijos, dicho cambio es que como si no se hubiere producido. En cuanto al supuesto del matrimonio previo del transexual, de haberse producido ello, consideramos que debe negarse cualquier referencia al nuevo nombre o sexo del cónyuge transexual, esto en razón a preservar la intimidad del otro, debiendo agregar que, según la propuesta legislativa que presentamos como recomendación del presente trabajo de investigación, la solicitud de reasignación sexual, debe llevar como requisito que sólo pueda ser promovido, quien no se encuentre casado.

Frente a los supuestos antes descritos, corresponde analizar los efectos que la sentencia o resolución que ampara la reasignación del sexo del transexual, puede producir en cuanto a los “nuevos” derechos que emergerán a favor del transexual. En efecto, el transexual una vez que es atendido en cuanto a su petición de “reasignación sexual”, pasa a tener un sexo legal distinto al cromosómico que le es inherente, así como un nuevo nombre acorde a su nueva identidad y en razón

a ello, le corresponderían “nuevos” derechos conforme a su nuevo sexo legal, los cuales, podrán identificarse en los siguientes supuestos:

**a). - Matrimonio**

Respecto al ejercicio de dicho derecho, aquellos que se oponen al mismo, exponen que de concederse éste, el transexual podría casarse con personas de su mismo sexo originario, lo cual no sería posible en atención a la característica de heterosexualidad con la cual es concebido el matrimonio en legislaciones como la nuestra, no pudiendo cumplir con tener descendencia. Sin embargo, el criterio antes expuesto resulta rebatible por lo siguiente:

a.1) Si las partidas del Registro permiten acreditar la identidad de la persona, así como su estado civil, y, el sexo se acredita a partir de lo que conste en dichas partidas, no existe ningún impedimento para que alguien que nació y fue registrado como varón o mujer, luego que consiguiera la rectificación de su partida en razón al reconocimiento de su nueva identidad sexual, pueda contraer matrimonio;

a.2) La capacidad de procrear no puede ser considerada como un requisito para contraer matrimonio, pues en el caso de nuestra legislación ello no consta como requisito, ni tampoco resulta ser un impedimento matrimonial la esterilidad. Asimismo, resulta interesante lo expuesto por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el informe de 01 de marzo de 1979, emitido en el caso Van Oosterwijck vs Bélgica (como se citó en García, 2005), en el que se precisó que: “El que niegue al transexual el derecho a casarse por falta de aptitud para procrear debe defender con argumentos convincentes el derecho a casarse del estéril, notorio y perpetuo, del ciudadano que contrae matrimonio a los ochenta y

cinco años de edad o en inminente peligro de muerte, y además explicar la derogación, en la actual redacción del Código Civil, del antiguo impedimento de impotencia”.

Pronunciándonos sobre el tema materia de debate, debemos indicar que en nuestro ordenamiento legal, no existe nada que le impida al transexual contraer matrimonio, ya que el Código Civil vigente no limita éste a la heterosexualidad biológica ni tampoco la procreación resulta ser la finalidad del matrimonio, no pudiéndose señalar que para determinar el sexo al que corresponde una persona, éste deba ser fijado teniendo en cuenta el factor cromosómico, pues teniéndose en cuenta lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Exp. 6040-2015-PA/TC, debe tenerse en consideración también para ello el factor psicológico, que es el que determina el comportamiento del individuo.

En efecto, negar al transexual el derecho a contraer matrimonio, argumentándose que la persona con la que se casa es del mismo sexo biológico que el de aquel, sería afirmar que dicho matrimonio resultaría ser uno entre homosexuales; de igual manera, si como consecuencia de lo anterior, correspondería afirmar que el transexual, solo puede contraer matrimonio con una persona de sexo biológico distinto al suyo, también llegaríamos a la misma conclusión arribada anteriormente, pues en este último caso estaríamos ante personas del mismo sexo registral. Lo expuesto haría concluir que el transexual, en razón al conflicto generado entre su sexo biológico y su identidad sexual, estaría condenado a no poder contraer matrimonio. Sin embargo, consideramos que la negativa a autorizar el matrimonio a una persona transexual con otra de su mismo sexo

biológico pero distinto al registral, tiene efectos totalmente discriminatorios, al atribuirse a éste una capacidad limitada sin que exista fundamentación real alguna. A mayor abundamiento, corresponde indicar que dicha discriminación coloca al transexual en una situación de “inferioridad” legal frente a los heterosexuales, convirtiéndolos en ciudadanos de segunda clase. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra en paridad sincrónica o por concurrencia de razones” (Exp. N° 3533-2003-AA/TC, Fundamento 4).

Esta posibilidad del transexual para poder contraer matrimonio, obliga preguntarnos: ¿puede solicitar el cambio de sexo una persona ya casada?; ¿si se autoriza la “reasignación sexual” a una persona que previamente había contraído matrimonio, que ocurrirá con éste último?; ¿con quién puede contraer matrimonio un transexual: con un sujeto heterosexual biológico o heterosexual registral? La solución a los conflictos que puedan generar los supuestos a que se refieren las interrogantes antes formuladas, podemos encontrarla en la legislación comparada, advirtiéndose así distintas soluciones. Así tenemos que en Alemania mediante la ley de 11 de agosto de 1980, se estableció entre los requisitos para un “cambio de sexo” (la *grosse Losung*) que la persona que lo solicite, no se

encuentre casada; por su parte la ley italiana de 14 de abril de 1982 estableció que la sentencia que autoriza el cambio de sexo supone, en su caso, la disolución del matrimonio del transexual.

A partir de las soluciones brindadas en la legislación comparada para resolver los conflictos que puede generar el matrimonio transexual, cabe preguntarnos entonces ¿siendo la heterosexualidad uno de los elementos en el matrimonio civil, que tipo de heterosexualidad es que se exige para que éste se celebre: biológica o registral? Consideramos que desde que la capacidad para la procreación no es requisito necesario para la validez del matrimonio, la heterosexualidad exigida, debe ser registral y no biológica, precisando que nuestro Código Civil vigente, si bien en su artículo 234, requiere que el matrimonio debe celebrarse entre un varón y una mujer, no se indica dicho cuerpo normativo ni ninguna otra norma positiva, que es lo que debe entenderse como tales, ni tampoco tiene previsto como impedimento matrimonial, la afinidad cromosómica, entendida ésta como la igualdad de sexo biológico.

Asimismo, siendo nuestra posición el que se permita a los transexuales poder contraer matrimonio, debemos evaluar si la intervención quirúrgica de reasignación del sexo, puede provocar la invalidez del matrimonio del transexual. Al respecto, como lo hemos referido anteriormente, el inciso 5 del artículo 277 del Código Civil de 1984, establece como una causal para la declaración de invalidez del matrimonio por causal de anulabilidad, el caso de aquel “que lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente”. Dicho esto, puede advertirse que, siendo el error un vicio del consentimiento, éste provocará la invalidez del matrimonio del transexual, cuando se demuestre que quien actuó bajo éste, no se

hubiese casado de haber conocido de la cirugía de reasignación sexual a la que se sometió su cónyuge. De igual manera, al importar la cirugía antes citada, la esterilización de quien se somete a ella, este hecho también configura otro supuesto de anulabilidad del matrimonio, pues como también se prescribe en el citado inciso 5 del artículo 277 del código sustantivo, el matrimonio también puede invalidarse cuando el contrayente haya ignorado “algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida en común. Se reputan defectos sustanciales: “... el ocultamiento de la esterilización...”.

#### **b). - Patria Potestad, tenencia y régimen de visitas**

Al respecto, cabe preguntarnos si la cirugía de “reasignación sexual” limita el ejercicio de la patria potestad en el transexual que previamente haya engendrado hijos o si es que dicha situación impide la adopción.

Para el caso del ejercicio de la patria potestad, tenencia o régimen de visitas por parte del transexual, consideramos que sería inconstitucional una medida que restrinja injustificadamente ello, por el hecho de que el padre o la madre haya “cambiado de sexo”; sin embargo, es nuestra opinión, que en atención al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, al que se refiere el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, resulta razonable que en estos casos se establezcan una serie de medidas que permitan, con la ayuda de profesionales, a la normalización de la relación paterno-filial, tales como como la restricción del derecho de visitas y la fijación de un proceso gradual de adaptación del menor debiéndose tener en cuenta para ello la edad, el grado de

madurez, la convivencia con el progenitor durante el periodo del cambio, entre otros aspectos.

### **c). - Derecho laboral y seguridad social**

De los efectos causados por la cirugía de “reasignación sexual”, hemos advertido que, en razón a ello, el transexual dejará de gozar de todos los derechos que le reconocía la ley en razón a su sexo “primigenio”, para gozar luego de aquellos que le garantiza su “nuevo” sexo. Siendo ello así, advertimos que en el derecho laboral la “reasignación sexual” como mujer, a quien anteriormente era identificado como varón, le dará la posibilidad de gozar de todos los derechos que a la primera reconoce la ley, en cuanto a tareas, jornadas, tratos, etc., aunque en algunos casos éstos se verán limitados lógicamente, como es el caso del descansos pre y postnatal o el permiso por lactancia, debiéndose precisar lo siguiente:

a).- Conforme se advierte del texto del Art. 1 de la Ley 26644 (modificado por la Ley 30367), el derecho a gozar del descanso pre y post natal, le corresponde a la “trabajadora gestante”, condición que no podría tener aquella persona a quien se le haya reasignado el sexo femenino, pues la intervención quirúrgica al cual se sometió implicó su esterilización. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido que la titularidad del derecho bajo comentario “no corresponde a la mujer en cuanto tal, sino solo en la medida que haya concebido, y resulta exigible precisamente desde ese momento” (Exp. Nro. 3861-2013-AA/TC, Fundamento 19).

b).- Mediante Ley 27240, modificado por la Ley 28731, se tiene reconocido a la madre trabajadora el permiso por lactancia materna, precisándose en su artículo 1, que este derecho se ejercerá “al término del período postnatal”, el cual no podrá ser vivido por la mujer transexual.

Un primer aspecto que debe analizarse en razón al reconocimiento del sexo reasignado al transexual, es la prohibición al trato discriminatorio. En tal sentido, en la nueva condición de mujer, quien haya optado por reclamar el reconocimiento de su sexo femenino luego de una cirugía, no podrá sufrir ningún tipo de discriminación en su empleo en razón a ello. Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido que:

“El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la 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” (Exp. Nro. 5652-2007-AA/TC, Fundamento 47).

“La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo” (Exp. Nro. 5652-2007-AA/TC, Fundamento 49).

Respecto al derecho a la jubilación, la condición de varón o mujer permitirá establecer diferencias en cuanto a la edad mínima para recibir una pensión. Así, en el caso del Sistema Nacional de Pensiones (D.L. 19990), si bien la edad mínima para jubilarse y solicitar una pensión es de 65 años luego de haber efectuado aportes por un periodo no menor de 20 años, se permite acceder a una pensión de jubilación adelantada, a partir de los 50 años de edad para las mujeres y 55 para los varones. En el caso del Sistema Privado de Pensiones, puede accederse a una pensión de jubilación, a partir de los 65 años de edad, tanto para varones como para mujeres, sin períodos mínimos de aportación, pudiendo

accederse a una jubilación anticipada ordinaria, las mujeres mayores de 50 años y los varones mayores de 55 años, o, a una jubilación anticipada por desempleo, también las mujeres con un mínimo de 50 años y los varones, con una edad mínima de 55 años.

Estando a lo expuesto, la persona autopercebida como mujer o varón, luego de haberse sometido a la intervención quirúrgica de “reasignación sexual” y luego de haber sido reconocida su identidad en la vía judicial o administrativa de acuerdo al sexo vivido y sentido, podrá obtener su jubilación, dependiendo del sistema pensionario al que corresponde, a la edad correspondiente a su “nuevo” sexo.

#### **d). - Violencia contra la mujer**

Dentro de las normas que tenemos en nuestro país que otorgan protección especial, entre otras personas, a las mujeres, tenemos la Ley 30364, que, entre sus objetivos, precisa en su artículo 1 se encuentra la prevención, erradicación y sanción de toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, en cualquier etapa de su vida, precisando, en su artículo 5, que se entiende por violencia contra las mujeres:

- “a. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.
- b. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros,

violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

c. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra”. (Congreso de la República , 2015).

Al respecto, no encontramos problema alguno que la protección que otorga a las mujeres la ley antes citada, pueda ser de aplicación a aquella persona transexual que ha alcanzado su reconocimiento judicial o registral como mujer, a pesar que biológicamente sea un varón.

#### **e). - Derecho Penal**

En materia penal, la mujer cuenta con normas protectoras como sujeto pasivo de delitos y/ o faltas, por su sola condición de pertenecer al sexo femenino. Lo expuesto, se evidencia con las modificaciones que al Código Penal efectuó la mencionada Ley 30364 y la Ley 30819, a partir de las cuales se puede advertir lo siguiente:

e.1. Modificación del artículo 121-B del Código Penal: Resulta ser una agravante la lesión producida a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal (feminicidio).

e.2. Modificación del artículo 122 del Código Penal: Se tipifica como lesiones leves agravadas, las producidas a una mujer por su condición de tal, en

cualquiera de los contextos previstos en el citado primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal.

e.3. Modificación del artículo 122-B del Código Penal: Se tipifica como delito las lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico, producido a una mujer por su condición de tal.

e.4. Modificación del artículo 442 del Código Penal: Se tipifica como faltas a la persona, en su modalidad de maltrato agravado, el acto por el cual una persona “maltrata a otra física o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico”, siendo la víctima una mujer la cual es lesionada en su condición de tal.

Estando a lo expuesto, resulta que la “reasignación sexual” de un individuo, implicará en su caso, desde el Derecho Penal, la asunción de determinadas responsabilidades en atención a su “nuevo” sexo.

## **CAPITULO III**

### **JUSTIFICACION AL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS DERECHOS DEL TRANSEXUAL**

#### **3.1.- Justificación del derecho del transexual al cambio de nombre y a la “reasignación sexual”.**

De la lectura del artículo 2.1 de la Constitución Política de 1993, toda persona tiene derecho la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, agregando el artículo 2.2, que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

A partir de lo dispuesto por nuestra Constitución, podemos precisar que la identidad personal materia de protección, es parte de la dignidad del ser humano, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, siendo ésta última “un

*minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” (Exp. N.º 0010-2002-AI, Fundamento 218), precisando el máximo intérprete de la Constitución que:

“... la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales.

Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna.

Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana.” (Exp. Nro. 2273-2005-PHC/TC, Fundamento 7).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, ha definido al derecho a la identidad como aquél que:

“... tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el

derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). (Exp. Nro. 2273-2005-PHC/TC, Fundamento 21).

Advirtiéndose la importancia del derecho a la identidad para permitir a un ser humano distinguirse de otro, éste no puede resumirse tan solo en las características físicas de la persona, pues existen determinados supuestos en los que tal distinción requerirá de referentes mucho más complejos, como sería el caso de las costumbres o las creencias, resaltándose así lo expuesto por el profesor Fernández Sessarego (1992) cuando sostiene que la identidad personal “es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad” (Pág. 113). Siguiendo al autor antes citado, la identidad sexual constituye un aspecto importante de la identidad personal, pues la sexualidad se encuentra presente en todas las manifestaciones de la personalidad del individuo, encontrándose vinculada a una serie de derechos como al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad.

Estando a lo expuesto, el reconocimiento de la identidad del transexual tiene su justificación en la aceptación de su identidad sexual de acuerdo a lo sentido y vivido, siendo ello parte del derecho a la dignidad humana, que como lo hemos

referido líneas arriba, tiene protección constitucional. Por ello consideramos que el transexual tiene el derecho a desarrollarse libremente como cualquier otra persona y a no ver frustrado su proyecto de vida, sólo por el hecho de no corresponder su identidad sexual con su sexo genital.

### **3.2.- Afectación de los derechos fundamentales del transexual**

A lo largo de lo expuesto en los capítulos anteriores, hemos descrito como la negativa al reconocimiento de la identidad del transexual, se ha traducido en la vivencia de un drama que limita el goce de los derechos fundamentales del mismo, como cualquier otro ser humano.

Si bien el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el Exp. Nro. 6040-2015-AA/TC, dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en el Exp. Nro. 139-2013-AA/TC (mediante el cual se estableció que el factor biológico era el que determinaba el sexo en el ser humano), precisando que era la justicia ordinaria la llamada a pronunciarse sobre las “solicitudes de cambio de sexo”, de la lectura de la primera de las sentencias antes mencionadas, se advierte la afectación en dicha persona de los siguientes derechos fundamentales que deben ser considerados por el Juez al emitir su fallo:

**a) Derecho a la identidad personal.** Como se ha anotado en el capítulo I del presente trabajo de investigación, la persona humana resulta ser única e inconfundible con otra, y en razón a ello y a la libertad que posee, puede elaborar su propio proyecto de vida, de acuerdo a su personalidad, con aspectos estáticos y dinámicos, lo cual no puede dejarse desprotegido, requiriéndose la necesaria

protección jurídica a su identidad, pues es ésta la que le permite ser individualizada en sociedad y que, como se ha indicado, hace que cada cual sea si mismo y no otro.

**b) Derecho al nombre.** El nombre constituye un componente de la identidad, que permite que se le distinga en su individualidad en relación a los demás en la vida social, por lo que, ante cualquier vulneración al mismo, es el ordenamiento jurídico el que le debe otorgar tutela, en atención a su condición de atributo de la personalidad. En razón a ello, en caso que dicho nombre no permita identificar a la persona a quien éste le ha sido asignado, corresponde accederse a su cambio por motivos justificados, lo cual es permitido por el artículo 29 del Código Civil vigente, en mérito a una decisión judicial “debidamente publicada e inscrita”.

**c) Derecho a la igualdad.** El derecho a la igualdad, consagrado como derecho fundamental en el artículo 2.2 de nuestra Constitución Política, garantiza el goce de las mismas oportunidades que pueda tener otro, sin que sea uno sea discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Cabe mencionar que la ley 28983, en su artículo 1, precisa como objeto de la misma “establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad”; definiendo a la discriminación en su artículo 2, para efectos de lo dispuesto en la citada norma, como:

“... cualquier tipo de distinción exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas de las política, económica, social cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano” (Congreso de la República, 2007).

Asimismo, conforme al artículo 3 de la norma bajo comentario, éste tiene su base en los principios fundamentales de igualdad, respeto por la libertad, dignidad entre otros, disponiendo en el numeral 3.2.a que el Estado impulsa la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres considerando entre otros principios “el reconocimiento de la equidad de género”.

**d) Derecho a la salud.** La salud, como ya lo hemos manifestado anteriormente, no solo implica en no estar enfermo, sino gozar de un bienestar integral, manifestándose dicho bienestar tanto en la salud física como psicológica del individuo, que conllevan a un adecuado nivel de vida. Como se advierte de la lectura de la Constitución, el derecho a la salud no se encuentra contemplado formalmente entre los derechos fundamentales, siendo reconocido en el capítulo

de los derechos económicos y sociales en los artículos 7 y 9, habiendo establecido el Tribunal Constitucional que “cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo” (Exp. N° 2016-2004-AA/TC, Fundamento 5). Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que:

“La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Así, la salud supone el goce del normal desarrollo funcional de nuestro organismo; en tal sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado que dicho concepto no se limita a la ausencia de enfermedad, sino al reconocimiento de una condición física mental saludable.

El artículo 7° de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido,

vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad (Exp. N° 2016-2004-AA/TC, Fundamento 29).

**e) Libre desarrollo de la personalidad:** Tratar de conceptualizar al “libre desarrollo de la personalidad”, no resulta ser fácil, pues este no se advierte en un ámbito específico ni tampoco ampara una conducta determinada como ocurre por ejemplo en el caso de la libertad de expresión que se aplica en principio a toda conducta, lo cual revela la gran fuerza expansiva de este derecho, siendo para ambos, la afectación al derecho de terceros.

En la doctrina, podemos encontrar diversas acepciones respecto a este derecho, identificando Espinar (1995) dos: una primera en la que se entiende a éste como la “facultad natural de la que gozan los hombres para actuar, de acuerdo con su peculiar modo de ser, al objeto de acrecentar, o simplemente llevar a la práctica, sus cualidades diferenciales de orden físico, intelectual o moral” y la segunda, que lo concibe como la “facultad natural de que gozan los hombres para realizar sin obstáculos, las acciones u omisiones que le permitan expresar; y aumentar progresivamente, aquellas cualidades de capacidad, disposición, virtudes y prudencia que deben distinguir a la persona” (Pág. 63). Al respecto, precisa el citado autor, que es la segunda acepción la más adecuada, considerando que ésta atiende más a los elementos éticos de la conducta humana que a las consecuencias externas de la misma.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado respecto al libre desarrollo de la personalidad que:

“... en cuanto a las posiciones *ius* fundamentales protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N°02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2°, inciso 1), de la constitución, «garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres» (Exp. N° 0008-2012-AI/TC, Fundamento 17).

Asimismo, pronunciándose respecto al contenido del citado derecho, ha precisado que:

“... el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F.J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2°, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda

persona tiene derecho «a su libre desarrollo», pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de la vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, «[e]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que

la misma Constitución consagra» (Exp N.º 00032-2010-AI/TC, Fundamento 22).

Estando a lo anteriormente expuesto, puede advertirse que la referencia al libre desarrollo de la personalidad, obliga a tener en cuenta para su protección la “dignidad de la persona”. En efecto, no podría considerarse una protección debida del primero, sin considerar para ello el valor del segundo. Al respecto, Robles (1995), refiriéndose a la dignidad humana, sostiene que ésta tiene valor por sí misma, independientemente de cualquier cualidad en cuanto a su raza, credo, ideología, conducta, etc. afirmando que:

“La idea de dignidad humana es la traducción del lenguaje secularizado de la idea cristiana de que todos los hombres, independiente de cualquier condición o circunstancia, son hijos de Dios. Con el cristianismo el hombre adquiere el máximo valor posible. Al ser hecho a imagen y semejanza de Dios y al estar destinado por El a la eterna bienaventuranza, se sitúa por encima de cualquier voluntad humana. El ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo. Esto es precisamente lo que significa “dignidad”: cualidad de ser fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional” (Pág. 47).

El Tribunal Constitucional, se ha referido también a la dignidad humana conceptuándola como un principio y un derecho fundamental, precisando que:

“... en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana” (Exp. N°. 2273-2005-PHC/TC, Fundamento 10).

Entonces, podemos afirmar que la protección de la dignidad de la persona implica el respeto al proyecto de vida del cual es dueño cada ser humano, el mismo que encuentra su materialización, a través del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Así, cada individuo el derecho a decidir libremente su proyecto de vida y de cambiarlo las veces que desee o inclusive a no tenerlo, resultando ello según Robles (1995), el contenido propio del referido libre desarrollo de la personalidad. Cabe precisar este principio-derecho, se encontrará presente donde se desarrolle la vida del ser humano, siendo aplicable a cualquier actividad humana, sea en el campo social, político, económico o afectivo.

### **3.3.- Legitimidad de la tramitación del cambio del prenombre y/o sexo en la vía del proceso no contencioso.**

Como puede advertirse de la propuesta legislativa que a título de recomendación se presenta en el presente trabajo de investigación, es nuestra opinión que la petición de cambio de prenombre y/o sexo de un transexual, corresponde que sean tramitadas en la vía del proceso no contencioso, desarrollado a partir del artículo 749 y siguientes del Código Procesal Civil de 1993.

Al respecto, como puede advertirse del inciso 9 del citado artículo 749 del mencionado código adjetivo, se tramitan en la vía procedimental comentada, las rectificaciones de partida, que procederá conforme lo prescribe el artículo 826 del mismo código, entre otro supuesto, “cuando el Juez considere atendible el motivo”, pudiendo extenderse dicha rectificación no sólo en cuanto al nombre, sino también al sexo; sin embargo, considerando que para algunos, la solicitud que pueda formular el transexual no puede referirse a una rectificación de partida, no podemos dejar de considerar que el inciso 12 de la norma comentada, permite que en dicha vía se tramiten aquellas solicitudes que “a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención”.

Estando a lo anteriormente expuesto, cabe preguntarnos, si la petición que pueda formular un transexual para el cambio de su prenombre y/o sexo, permite advertir la existencia de un conflicto para que la resolución del mismo, sea dispuesta en un “proceso contencioso”. Consideramos que en el caso planteado, no puede afirmarse que la existencia de conflicto alguno, toda vez que lo único que se pretende es que en la partida de nacimiento del peticionante, conste la identificación con la que la persona desarrolla su personalidad, debiendo agregar

que, como lo hemos manifestado, la ley le permite al Juez determinar si el motivo alegado por el accionante es atendible o no. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en caso el Juez considere atendible el motivo expuesto por el transexual, para la interposición de su solicitud, el artículo 753 del Código Procesal Civil, permite la posibilidad que se formule contradicción, con lo cual quien se sienta afectado, hará valer su derecho mediante el uso de dicha herramienta procesal.

Por lo expuesto, estando a la redacción del artículo 749 inciso 12 del Código Procesal Civil , teniendo en cuenta que conforme a los artículos 139 inciso 8 de nuestra Constitución Política y el VIII del Título Preliminar del Código Civil, los jueces no pueden dejar de administrar justicia en caso de defecto o deficiencia de la ley, consideramos que la vía adecuada para la atención de la solicitud de cambio de nombre y/o sexo en la partida de nacimiento, es la que corresponde al proceso no contencioso.

## **CAPITULO IV**

### **DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVO DEL TRANSEXUALISMO EN EL DERECHO COMPARADO Y LA EXPERIENCIA NACIONAL**

#### **4.1.- Tratamiento de la transexualidad en el derecho comparado**

El tratamiento jurídico de la transexualidad, ha tenido un desarrollo mas decidido en la legislación y jurisprudencia que en la doctrina. En efecto, desde la década de 1970, en Europa se han venido produciendo pronunciamientos jurisdiccionales, buscándose respuestas en el Derecho respecto al drama vivido por el transexual. Así tenemos que la primera sentencia en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se pronunció respecto a la transexualidad, fue en el caso Van Oosterwijck, el cual se refería a una mujer de nombre Danielle Juliette Laurent, quien pretendiendo acceder al sexo al cual sentía pertenecer, se sometió a diversas intervenciones quirúrgicas de adecuación de sus genitales externos (faloplastía), solicitando posteriormente al Registro Civil belga, la

rectificación de su nombre siendo rechazada dicha petición por las instancias judiciales de su país, llegando el caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el mismo que con fecha 06 de noviembre de 1980, rechazó finalmente su pretensión precisando que la peticionante no había agotado los recursos internos de su país, a pesar del dictamen favorable de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, precisando éste último, la vulneración de los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH). Posteriormente fue el Parlamento Europeo, el que, mediante Resolución de 12 de setiembre de 1989, sobre “la discriminación de los transexuales”, solicitó a los Estados miembros a aprobar “disposiciones sobre el derecho de los transexuales a un cambio de sexo de carácter endocrinológico, plástico-quirúrgico y estético, el procedimiento y la prohibición de su discriminación”.

A pesar de lo anteriormente expuesto, el criterio del TEDH, fue evolucionando en favor del reconocimiento y protección del derecho a la identidad del transexual, tal como puede advertirse de los pronunciamientos emitidos en los casos “Rees” y “Botella vs. Francia”:

a).- En el caso Rees, el demandante fue Mark Nicholas Aban Rees, a quien se le identificó en su nacimiento como una niña y como tal se le asignó un nombre femenino, conforme con la legislación inglesa de Registros de Nacimientos. La demanda refiere el reclamo que efectuaba esta persona en cuanto a que el Estado inglés continuaba expidiendo su certificado de nacimiento en el que se le consignaba como de sexo femenino, lo cual consideraba como humillante, toda vez que se había sometido a una cirugía de adecuación de sus genitales externos

para asemejarse al masculino, no permitiendo la legislación inglesa la variación del sexo, ni de los prenombrados en la partida de nacimiento, pero sí en otros documentos de identidad.

b).- En el caso *Botella vs. Francia*, la negativa a la petición de rectificación del sexo promovida por el demandante, provocó la condena a Francia por la violación de artículo 8º del CEDH (conforme al cual toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia), precisándose luego en otras sentencias, que dicha negativa también afectaba el artículo 12 de dicho CEDH (el mismo que establece que a partir de la edad núbil “el hombre y la mujer tiene derecho de casarse y fundar una familia según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de ese derecho”), así como la vida privada del demandante; sosteniéndose más adelante que los transexuales tenían derecho a contraer matrimonio, según el nuevo sexo alcanzado, siendo que a partir de dichos criterios, se reconoció el derecho de toda persona a acceder a una “reasignación de su sexo”, y con ello el derecho y libertad de todo individuo a elegir su sexo, en el marco del respeto a la vida privada y del derecho que asiste a los individuos a su desarrollo personal y a la integridad física y moral.

Esta evolución jurisprudencial producida en el TEDH, se ha ido trasladando a la legislación de diversos países, en los que se ha venido reconociendo el derecho del transexual al amparo de su identidad sexual, llegando tal protección a que los tratamientos e intervenciones quirúrgicas para tal fin, sean asumidas por el Estado, tal como ocurre en Argentina e inclusive, en otros, no se requiere acudir a la vía judicial para conseguir la autorización para someterse a una intervención

quirúrgica de resignación de sexo o para declarar dicha “conversión”, tal como ocurre en España (conforme al texto de la Ley 3/2007).

#### **4.2.- Evolución jurisprudencial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

La trayectoria jurisprudencial del TEDH en materia de transexualidad, permite advertir la evolución social y jurídica que al respecto ha ocurrido en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, pues siempre ha tenido cuidado en respetar el ritmo de los cambios de cada sociedad y en cada variación de postura ha tenido en cuenta la evolución de la aceptación social del reconocimiento de una tutela jurídica de las personas transexuales. Así, los criterios vertidos por el TEDH, en cuanto a la transexualidad, podemos distinguirlos en dos etapas:

##### **4.2.1). - Del 1986 a 2002:**

Durante esta etapa, la jurisprudencia del TEDH en torno al tema de la transexualidad, giró alrededor de la infracción de los artículos 8 (derecho a la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación) CEDH, siendo sus pronunciamientos los que sirvieron de incentivo para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, paulatinamente incrementaran el nivel de protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos transexuales. Así, se puede advertir que, en un primer momento, los Estados al no existir una unidad clara de criterios dejaron a su voluntad, la interpretación sobre el alcance jurídico del transexualismo,

dándose mayor consideración a los factores biológicos de la persona para determinar la configuración de su status personal. Dicho criterio puede advertirse de los casos resueltos por el TEDH, en los que, al pronunciarse sobre el derecho del transexual a contraer matrimonio, se tuvo en cuenta el sexo biológico o cromosómico (tal como ocurrió en los casos Cossey, Sheffield y Horsham), negándose las peticiones formuladas con dicho fin.

Al respecto, cabe citar en esta primera etapa el caso Corbett vs Corbett, el cual se refirió a la nulidad de matrimonio que demandó Mr. Arthur Corbett, en razón a que su esposa, quien había nacido como varón, se había sometido a una operación de reasignación sexual para adecuarse a la condición del género femenino. Al resolverse la causa, el juez Omrod consideró que la relación matrimonial descrita en la *Matrimonial Causes Act de 1973*, dependía del sexo y no del género, y que aquel viene determinado por el factor cromosómico y la presencia de órganos reproductores primarios y secundarios, por lo que la verdad biológica no podía ser cambiada por intervenciones quirúrgicas u hormonales, de modo que en el caso en cuestión la extirpación de tales caracteres no cambio el sexo biológico, haciendo nulo el matrimonio.

El criterio antes expuesto, tuvo una especial trascendencia al resolverse el caso Rees, en la sentencia del TEDH de 17 de octubre 1986, con el que se dio origen a primera fase en la evolución de la jurisprudencia del TEDH. En el caso en referencia, el gobierno del Reino Unido había autorizado la expedición de documentos con la nueva identidad a un transexual, sin embargo, no había concedido la expedición de una nueva partida de nacimiento en la que se

consigne el nuevo sexo de éste, para así poder contraer matrimonio. El Tribunal al resolver la causa, entendió que no se había violado el artículo 8 de la CEDH, precisando que la anotación registral que se pretendía solamente probaría que el interesado, en lo sucesivo, pertenecía al otro sexo, sin que ello signifique que haya adquirido todas las características biológicas de éste. Asimismo, en cuanto a la reclamada violación del artículo 12 de la CEDH, el cual garantiza el derecho a casarse, éste se refiere “al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico”, siendo que lo que la norma persigue es “principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia”.

La misma tendencia, siguen en casos *Cossey*, y, *Sheffield y Horsham* (ambos seguidos contra el Reino Unido). El primero de ellos, se trata del caso de una ciudadana británica nacida en 1954, inscrita entonces en el Registro de Nacimiento como varón con nombres masculinos (*Barry Keneth*), llevando a cabo posteriormente, en edad adulta, tratamiento hormonal e intervenciones quirúrgicas que le permitieron asumir una identidad sexual femenina, consiguiendo la emisión de documentación con su nuevo sexo, pero negándosele la posibilidad de contraer matrimonio. En razón a ello, la demandante entendió violados los artículos 8 y 12 del CEDH. El TEDH consideró que no hubo violación de las normas antes citadas reiterándose el criterio expuesto en el caso *Rees*, precisándose que “el Tribunal no tiene noticia de ningún progreso científico importante en el intervalo; en especial, se mantiene en pie –la interesada no lo discute– que una operación de transformación sexual no tiene como consecuencia que se adquiriera todos los caracteres biológicos del sexo opuesto”, agregando que se comprendía “la gravedad de los problemas que se les plantean

a los transexuales y la angustia que padecen. Como el Convenio debe interpretarse y aplicarse siempre a la vista de las circunstancias actuales, hay que estudiar constantemente las necesidades de las medidas legales adecuadas". En relación al derecho a contraer matrimonio, dejó en claro que "aunque algunos Estados Contratantes considerarían hoy válido un matrimonio entre una persona en la situación de la señorita Cossey y un hombre, la evolución acaecida hasta el momento (apartado 40) no demuestra que se haya abandonado en general el concepto tradicional de esta institución. Por consiguiente, no puede el tribunal variar de actitud al interpretar el artículo 12 en la cuestión de que se trata".

En el caso Sheffield y Horsham vs. Reino Unido, éste tuvo su origen en dos supuestos distintos:

**a).** - En el primero, la demandante, Kristina Sheffield, al nacer en 1946, fue registrada como perteneciente al sexo masculino, habiendo contraído matrimonio como tal y procreado una hija. En 1986 comenzó un tratamiento en una clínica de identidad sexual que concluyó con una operación quirúrgica de cambio de sexo, consiguiendo posteriormente un pasaporte y permiso de conducir con su nuevo nombre, pero el antiguo, así como su sexo originario seguían figurando en su partida de nacimiento y en diversos registros, como el de Seguridad Social. La demandante afirmó haber sido obligada a divorciarse antes de proceder a la operación de "cambio de sexo" y como consecuencia de su nueva identidad sexual, su ex posa al Tribunal que ordenase la interrupción de las visitas entre ella y su hija. Según la demandante, el Juez admitió la demanda alegando que mantener contactos con un transexual sería contrario a los intereses de la menor,

provocando ello que la actora no haya visitado a su hija durante más de doce años.

**b).** - En el segundo caso, Rachel Horsham era una ciudadana británica, nacida en 1946 e inscrita como perteneciente al sexo masculino, residiendo desde 1974 en los Países Bajos, sometiéndose en mayo de 1992 a una operación de "cambio de sexo" en el Hospital de la Universidad Libre de Amsterdam. En setiembre de 1992, consiguió que el Consulado británico en Amsterdam, le otorgara un pasaporte con su nuevo nombre y sexo, sin embargo, cuando solicitó modificar su acta de nacimiento original en el Reino Unido, para que figurase como perteneciente al sexo femenino, la demandante fue informada por la Oficina de Censo y de Estudios Demográficos que el Derecho británico no se permitían inscribir nuevos datos en un acta de nacimiento, lo cual le ha obligado a vivir exiliada a causa del marco normativo existente en el Reino Unido, habiendo referido que tenía un compañero con el que esperaba casarse en los Países Bajos, pero temía que la validez de su matrimonio, no sea reconocida por el derecho inglés si decidía irse a vivir al Reino Unido.

En su informe conjunto, las demandantes solicitaron al tribunal que declarase que los hechos denunciados constituían una violación de los derechos garantizados por el artículo 8, 12 y 14 del CEDH. Una vez más, siguiendo la doctrina expuesta en los casos Rees y Cossey, el Tribunal se rechazó la alegación referida a la violación de los artículos 8 y 12; respecto del artículo 14 (el cual reconoce el goce de los derechos y libertades que garantiza el CEDH sin distinción por razón de sexo, raza color, lengua o cualquier otra situación), el Tribunal consideró que las razones por las que se rechazaron las reclamaciones planteadas por las

demandantes, resultaban ser válidas, existiendo una “justificación razonable y objetiva” para la diferencia de trato que podía las reclamantes, considerando su condición de transexuales operadas.

#### **4.2.2). - De 2002 a la actualidad**

Hemos advertido como en la etapa anterior, el caso Corbett tuvo una gran influencia para disponer el rechazo de las demandas de los transexuales al amparo de sus derechos; sin embargo, este criterio fue variando, pudiendo citarse como paso previo al apartamiento de la doctrina impuesta por el Juez Omrod, el caso B. contra Francia: en este caso, la demandante nació en Argelia en 1935, siendo registrada como de sexo masculino con los nombres de Norbert Antoine. Desde su niñez adoptó un comportamiento femenino, siendo considerada por su familia como una niña. En 1972 se sometió a una cirugía de “cambio de sexo” en Marruecos, interponiendo en 1978 una acción para la declaración de su sexo femenino y de rectificación de su partida de nacimiento, solicitando que se le asigne los nombres de Lyne Antoinette. En primera instancia el Tribunal de Libourne desestimó la demanda, siendo rechazado los recursos que interpuso contra dicha decisión, por el Tribunal de Apelación de Burdeos y posteriormente por el Tribunal de Casación. Sus documentos oficiales, entre ellos su pasaporte, su carnet de identidad y su permiso de conducir, figuraban a nombre de “Norbert, B.” y su tarjeta de la seguridad social lleva el número de código que se utiliza para las personas de sexo masculino. Considerando lo expuesto, el TEDH reconoció la infracción del artículo 8 de la CEDH, ordenando al Estado francés el reembolso en favor de la interesada de una suma de dinero, estableciendo que la demandante

se encontraba sumida en una situación incompatible con el respeto a su vida privada.

A pesar del criterio expuesto en el caso B. contra Francia, fueron los casos Christine Goodwin e I. los que realmente consiguieron un cambio de criterio en el TEDH, estableciéndose en ellos que el no reconocimiento jurídico de la nueva identidad del transexual violaba lo dispuesto en los artículos 8 y 12 del CEDH:

a).- En el caso Goodwin, se trató de un varón británico casado con cuatro hijos que empezó a vestirse como una mujer. Luego de ser tratado psiquiátricamente, optó por vivir como mujer, sometiéndose a una cirugía de “cambio de sexo”, divorciándose posteriormente de su esposa. Con su nuevo aspecto decidió trabajar y cuando alcanzó los sesenta años, no se le concedió la pensión como mujer, debiendo seguir trabajando hasta la edad en la que se jubilan los varones, es decir hasta los sesenta y cinco años, pagando directamente sus cuotas a la seguridad social, a fin de que su empleador no sospeche, sosteniendo que, para efectos bancarios, de seguros y en cualquier otro tipo de asunto oficial, se le siguió considerando varón. En razón a lo expuesto, demandó al Reino Unido por violación del CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.

b).- El caso I. se trató de la demanda de un transexual quien, habiendo nacido como varón, se sometió a una cirugía de “cambio de sexo” para parecerse anatómicamente una mujer. Luego de ello trabajó como enfermera en el ejército, sin embargo, cuando surgió la oportunidad de que éste la contratara en forma definitiva, tuvo que renunciar al solicitársele el certificado de nacimiento, en el que seguía figurando como varón. Dicho requisito también le era solicitado en todos sus trámites con la administración. Preciso que se encontraba viviendo con

un varón y que deseaba casarse con él, pero no podía porque en el Registro Civil, seguía siendo identificada como varón. En razón a lo expuesto, decidió demandar al Reino Unido por violación al CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.

Tras los pronunciamientos en los casos Goodwin e I., lo que ha venido exigiendo el TEDH es que si la legislación de un país permite la posibilidad de acceder a una cirugía de reasignación sexual, el Estado debe ser consecuente con las peticiones que pueda formular el transexual en cuanto al cambio de datos sobre el estado civil, el matrimonio con una persona de sexo distinto al reconocido pero igual a su sexo de origen o la posibilidad de asumir los roles sociales en torno a la paternidad o maternidad, a partir de su nueva identidad sexual.

Con posterioridad a los casos Goodwin e I., y considerando el nuevo criterio asumido por el TEDH, éste ha tenido la oportunidad de pronunciarse en otros, en los que se evaluado los derechos humanos de los transexuales:

a).- Caso Van Kück v. Alemania: Conforme a los hechos de este caso la demandante, quien a su nacimiento fue registrada como varón, posteriormente, al descubrir su transexualidad, decidió optar por su cambio de sexo. En razón a ello, le solicitó a una aseguradora privada el reembolso de su tratamiento médico y quirúrgico, resultando favorable su petición únicamente en cuanto a su tratamiento psicológico. Los tribunales de Alemania precisaron que la demandante no había demostrado que los tratamientos que siguió fueron médicamente necesarios. El TEDH concluyó que al requerirse en este caso la “necesidad médica” de su tratamiento, violaba los derechos de la actora

garantizados en los artículos 6 y 8 de la CEDH, precisando que la identidad sexual resulta ser una de las cuestiones más íntimas de la vida privada del ser humano, agregando que el citado artículo 8 de la CEDH, protegía el derecho al desarrollo personal y la autodeterminación de las personas; en tal sentido si lo que busca el CEDH es proteger la dignidad humana, entonces les corresponde a los Estados europeos asumir la protección de la seguridad física y moral de las personas transexuales.

b). - Caso Grant v. Reino Unido: El caso se trata de un transexual que, habiendo sido registrado en su nacimiento como varón, posteriormente se sometió a una cirugía de “cambio de sexo” a fin que se le identifique como una mujer, siendo que como tal había efectuado el pago de sus cuotas a la seguridad social. Sin embargo, al cumplir los 60 años y siendo que a dicha a edad se le permitía a una mujer jubilarse y obtener una pensión en el Reino Unido, las autoridades le negaron ello, indicando que, en el caso de la demandante, ésta debía cumplir 65 años, pues esa era la edad de jubilación para los varones. El TEDH, consideró que el Estado demandado, había violado el artículo 8 del CEDH, afirmando en su fundamento 39, como lo hizo en el caso Goodwin e I., la necesidad de interpretar el CEDH “a la luz de las condiciones actuales” de vida.

c). - Caso L. v. Lituania: La discusión promovida en este caso, tiene como demandante a una persona, de nacionalidad lituana, quien al nacer fue registrado como mujer, pero, sometiéndose posteriormente, a un proceso de reasignación sexual. La cirugía a la cual se sometió, consiguió parcialmente el “cambio de sexo”, sin embargo, el gobierno se rehusó a modificar los datos de su identidad en los documentos oficiales, sin que existan procedimientos definidos para su reclamación, lo cual colocaba al

demandante en una situación de incertidumbre, frustración y angustia. En consecuencia, el demandante alegó la violación de sus derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, considerando que se había violado su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, su derecho a la vida privada y su derecho a contraer matrimonio. En su fallo, el TEDH estableció que el Estado demandado, violó el artículo 8 de la CEDH (derecho al respeto de la vida privada), constatándose que en Lituania no existía la posibilidad de realizar un procedimiento de cambio de sexo, a pesar que, en su Código Civil del año 2000, se establecía el derecho al mismo, encontrándose pendiente la aprobación de legislación de desarrollo sobre el cambio de sexo.

#### **4.3.- Requisitos para la “reasignación sexual” en el Derecho Comparado**

Si pretendemos ubicar un punto de partida en la evolución legislativa del tratamiento referido al amparo de los derechos de la persona transexual, podemos citar la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, en la cual se recomendó a los Estados miembros adoptar una serie de medidas que permitan combatir la discriminación de las personas transexuales, advirtiéndose a partir de ello las principales reivindicaciones de los grupos sociales implicados, como el reconocimiento jurídico de su identidad a través de procedimientos de rectificación registral del nombre y del sexo, la cobertura social de las prestaciones sanitarias relativas al proceso de reasignación sexual, extendiéndose la equiparación de la discriminación entre hombres y mujeres a las que padecen los transexuales. Así, puede notarse que en algunas legislaciones

se ha generado una salida a la situación personal de los transexuales, pero teniendo en cuenta aquellos aspectos relacionados a la familia, matrimonio y filiación, consiguiéndose con ello cuestionar el dogma de la inmutabilidad del sexo, permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y evaluar las relaciones familiares anteriores al cambio.

Esta apertura legislativa a la transexualidad, se advierte a partir de la década de los setentas coincidiendo con el avance en las técnicas quirúrgicas y tratamientos psiquiátricos de personas diagnosticadas con disforia de género, quienes llegaron a judicializar sus casos, reclamando el amparo a su derecho de identidad teniendo en cuenta su nueva apariencia, cuestionándose los esquemas legislativos propios de cada país que limitaban o rechazaban los derechos de los transexuales, pasándose así previamente por una fase de despenalización de las intervenciones de reasignación sexual para llegar a concretarse soluciones para dar a la transexualidad una tutela adecuada. En efecto, hubo una fase inicial de despenalización de las mutilaciones relacionadas con la operación de cambio de sexo, como ocurrió en Alemania en 1969, Dinamarca y Noruega en 1975. En el caso de España, encontramos que el primer paso fue la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, su fecha 25 de junio de 1983, la cual al modificar el artículo 428, introdujo como eximente de responsabilidad en materia de lesiones, aquellas que se hayan producido mediante “cirugía transexual realizadas por facultativo”, y después, con la sanción de la Ley Orgánica 10/1995, su fecha 23 de noviembre de 1995, tal como se advierte del artículo 156 de la citada norma.

La referida evolución legislativa, puede ser resumida en lo ocurrido en los siguientes países:

a).- **Suecia:** Mediante la ley de 21 de abril de 1972, se le permitió al transexual que demostrara un comportamiento y apariencia que corresponda al sexo opuesto, conseguir a través de un procedimiento administrativo, el cambio de la mención registral del sexo y del nombre, refiriendo Velasco (2017, Pág. 170) que los requisitos para acceder al cambio se nombre y de sexo son: “tener dieciocho años, ser soltera o soltero, tener la nacionalidad sueca y estar incapacitado para procrear o haberse sometido a la esterilización con antelación”.

b). - **Holanda:** Mediante ley de 24 de abril de 1985, se modificó el artículo 25 de su Código Civil, permitiéndose la rectificación de la mención registral del sexo de aquellas personas exigiéndose para ello, según indica Rubio (2020) “el dictamen de expertos, así como la indicación de si el demandante ha sido o no sometido a la cirugía transexual; se solicita, además, la soltería del transexual y que éste se encuentre incapacitado para procrear”. Precisa Velasco (2017) que la norma holandesa:

“... revela dos elementos jurídicos importantes: otorga fundamento al sexo psicológico de la persona, pues con el convencimiento se puede iniciar el proceso, y la intervención quirúrgica no es obligatoria, es decir, la cirugía de reasignación sexual no es necesaria, dando de esta forma más relevancia al sexo psicológico” (Pág. 170).

c). - **Turquía:** La ley 3444, de 4 de mayo de 1988, modificó el artículo 29 del Código Civil turco, permitiéndose a partir de ello, que el transexual pueda solicitar la modificación del dato referido al sexo que figura en su acta de nacimiento, si la transexualidad fuera acreditada a través de un informe médico. Al respecto, precisa Espín (2008, Pág. 58), que en caso “la persona afectada por el cambio de sexo está casada, su cónyuge debe intervenir en las instancias judiciales relativas al mismo y participará delante del tribunal a fin de decidir quién asume la patria potestad de sus hijos comunes; el matrimonio cesa de pleno derecho desde el día en que inicie el juicio sobre cambio de sexo”.

d).- **Bélgica:** Conforme lo señala Espín (2008), mediante ley de 10 de mayo de 2007, se modificó el Art. 62 del Código Civil belga, permitiéndose a partir de ello, tanto a belgas, extranjeros mayores de edad con residencia legal, menores emancipados e incluso menores no emancipados a través de su padre, madre o representante legal, el cambio de su sexo ante el Registro Civil, requiriéndose para ello de una solicitud suscrita por el psiquiatra y cirujano que intervinieron en el tratamiento, dejando constancia en ella de la convicción íntima, constante e irreversible de pertenencia al sexo opuesto del interesado, así como su imposibilidad de concebir más hijos, conforme a su sexo precedente.

f). - **Alemania:** La atención al problema del transexual, provocó que, mediante la ley de 10 de septiembre de 1980, se expusieran dos soluciones tendientes a amparar los derechos de los transexuales. Así tenemos por un lado, la llamada *Kleine Lösung* (solución “pequeña”) que permite el cambio de nombre para

aquellas personas que a lo largo de tres años han venido desarrollando su vida con la apariencia del sexo opuesto al asignado por la naturaleza, sin que para ello se hayan sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual, extendiéndose dicha solución a aquellas personas que previamente hubieran contraído matrimonio y posteriormente hayan vivido como pertenecientes a un sexo distinto (incluso si se han sometido a una cirugía de “reasignación del sexual”). La otra solución, es la llamada *geobe lôsung* (solución “grande”) que permite, en el caso del transexual, la rectificación registral de su nombre y sexo, siempre que se hayan sometido a una intervención quirúrgica de “reasignación sexual” y sean estériles, pudiendo reclamar a partir de ello, todos los efectos que correspondan a su nuevo sexo legal. Corresponde indicar que como precisa Fernandez Sessarego (1990), la ley bajo comentario, no considera el cambio de sexo como un hecho inmodificable, en caso se trate de la modificación del prenombre, precisando que la citada norma “ofrece la posibilidad de cancelar los efectos de la sentencia si es que se produce el hecho improbable de que el transexual deseara retornar a vivir conforme a la “manera de ser” de su sexo originario” (Pág. 248).

g).- **Italia:** La ley permite seguir un proceso judicial a través del cual puede solicitarse la rectificación registral previa modificación de sus caracteres sexuales, precisando Espín (2008, Pág. 61) “sin que se le exija más requisitos personales como límite de edad, incapacidad para procrear o ausencia de vínculo matrimonial”, agregando dicha autora que la en la redacción originaria de la citada ley, la sentencia que disponía la rectificación registral, implicaba la disolución automática del matrimonio, pero con motivo de la reforma producida por la Ley

74/1987, se dejó en manos de los cónyuges dicha posibilidad. Al respecto, Espinoza (2019) indica que la ley bajo comentario:

“... se asemeja a aquella alemana (art. 8) en el hecho que en ambas la autorización del juez es sucesiva a la intervención de la modificación de los caracteres sexuales, en cambio, en la ley sueca (art. 4), la decisión de la autoridad social (en contra de la cual se puede recurrir al tribunal administrativo –art. 6-) es un requisito indispensable para someterse a la operación de transformación y en el caso de incumplimiento, está prevista una sanción (multa o detención) (art. 8)” (Pág. 651).

Asimismo, el citado autor (Espinoza, 2019) cuestiona la comentada ley italiana precisando que ésta: a) No determina qué tipo de tratamiento debe ser sometido el interesado a los efectos de la autorización de la rectificación registral; b) Entre los requisitos para la autorización de la rectificación no se encuentra prevista la incapacidad perpetua para procrear, debiéndose entender que la esterilización resulta ser un efecto en las operaciones de adecuación de los caracteres sexuales; c) La pericia es la cualitativa y no obligatoria como ocurre la Ley alemana, la misma que establece que el Tribunal solo puede decidir después de la participación de dos especialistas en los problemas del transexualismo; d) No se regulan los alcances de la rectificación del prenombre como efecto de la sentencia que autorice la rectificación del sexo registral; y, e) Se desconoce la

tutela que merecen el cónyuge y los hijos del transexual, puesto que la sentencia de rectificación de atribución del sexo, provoca la disolución del matrimonio.

h). - **Reino Unido:** Luego de ser objeto de varias de resoluciones del TEDH (Rees v. Reino Unido, Cossey v. Reino Unido, Goodwin v. Reino Unido e I. v. Reino Unido), el 08 de junio de 2004 el Reino Unido promulgó la *Gender Recognition Act*, permitiéndose a partir de ello, la modificación de los datos registrales para hacer constatar el cambio de nombre y sexo, quedando así habilitada la posibilidad del matrimonio del transexual con una persona de distinto sexo registral. Refiere Espin (2008) que, como requisitos para dicho procedimiento, se requiere: a) Que, el solicitante sea mayor de edad y soltero, o en caso que haya contraído matrimonio, se haya conseguido su anulación o declarado el divorcio, y, b) Que a través de un informe médico se diagnostique la disforia de género, la demostración del uso de la nueva condición en la vida real durante dos años y el compromiso de vivir en el futuro con su nueva identidad sexual. Dicho procedimiento concluirá con la expedición de un certificado de reconocimiento del sexo (*gender recognition certificate*).

i). - **España:** el 15 de marzo de 2007, se expidió en España la Ley 03/2007, llamada “Ley Reguladora de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo de las personas”, mediante la cual se estableció el procedimiento a seguirse para acceder a la reasignación del sexo en el transexual, estableciéndose los efectos de del reconocimiento del “nuevo sexo”.

La norma bajo comentario, consta de siete artículos (referidos a la legitimación, procedimiento, autoridad competente, requisitos para proceder a la rectificación,

efectos del amparo de la solicitud, notificación del cambio registral y publicidad), dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria y cinco Disposiciones Finales.

El artículo 1 de la ley, precisa que el procedimiento de rectificación de la mención registral del sexo, está habilitada sólo para aquellas personas que tengan la nacionalidad española, concediéndose la acción en forma exclusiva al propio transexual, derivándose de ello el carácter personalísimo de dicho procedimiento. Cabe precisar que si bien los extranjeros no pueden acceder al procedimiento que establece la ley bajo comentario, nada impide que éstos puedan acudir a la vía judicial para el reconocimiento de su identidad sexual, atendiendo que la norma antes referida se trata de una ley registral y no de una ley de identidad de género.

En cuanto a la capacidad para obrar del solicitante, ésta quedará acreditada con el certificado médico prescrito en el artículo 4 de la de la ley comentada, el cual determinará la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir en la existencia de la transexualidad.

Respecto al procedimiento, el artículo 2.1 de la Ley dispone que éste se seguirá con sujeción a lo dispuesto en la ley y de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Ley del Registro Civil, precisándose que el peticionante en su solicitud deberá indicar el nuevo nombre con el cual se le identificar, salvo que quiera conservar el que ostente y este no contravenga lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

Para el inicio del trámite de rectificación registral del sexo, el artículo 4.1 de la ley establece los siguientes requisitos:

1. El solicitante deberá acreditar que le ha sido diagnosticada disforia de género, a través de un informe suscrito por un médico o psicólogo clínico colegiado en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en dicho país, en el cual no solo se haga referencia a la existencia de dicha disforia, sino también la “estabilidad y persistencia” de la misma, así como “la ausencia de trastornos de la personalidad que puedan influir, de forma determinante” en la existencia de ella.
2. Que, el solicitante haya sido tratado “durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”, lo cual se podrá acreditar con el informe del médico colegiado bajo cuya dirección se realizó el tratamiento o con el informe de un médico forense especializado. Cabe precisar que conforme lo dispone el artículo 4.2 de la Ley, para el amparo de la solicitud de rectificación registral bajo comentario, no será necesario que el tratamiento médico haya incluido una cirugía de reasignación sexual.

Corresponde indicar que conforme lo prescribe la Disposición Transitoria Única de la ley, no se le exigirá al solicitante el requisito expuesto en el numeral 1 del párrafo anterior, en caso acredite mediante informe de médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, haber sido sometido a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma.

Culminando el procedimiento, corresponderá dictar la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo, la cual tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil (*ex nunc*), permitiendo que la persona pueda ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, sin que ello altere la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que haya adquirido la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. El amparo de la solicitud, obliga a la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificadora conservándose el mismo número que tenía el anterior.

Respecto a las relaciones familiares y personales del transexual existentes antes del cambio, la norma no indica nada, sin embargo cabe referir lo dispuesto en el artículo 5.3 según el cual el cambio sexo y nombre acordado no alterara la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. Al respecto, refiriéndonos a soluciones encontradas en el derecho comparado, podemos citar el caso de la legislación italiana, en la que el legislador ha optado por la disolución del vínculo matrimonial como consecuencia del cambio de sexo; en el caso del Reino Unido, la Gender Recognition Act de 2004, determina que para el supuesto en que el solicitante transexual hubiese contraído previamente matrimonio, el certificado de reconocimiento del “cambio de sexo” se expide con carácter provisional, para que el solicitante y su cónyuge o pareja puedan solicitar la anulación del vínculo en un plazo de seis meses a partir de la concesión del cambio, expidiéndose el certificado definitivo una vez que se haya conseguido la anulación de dicho matrimonio.

**j).- Uruguay:** Mediante Ley 27858, publicada el 17 de noviembre de 2009, se dio luz a la ley sobre Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en documentos Identificatorios, en la que refiriéndose al derecho a la identidad de género, se precisa en el artículo 1 que: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro”; asimismo se reconoce la legitimidad para la solicitud de adecuación registral del nombre, sexo o ambos, “cuando los mismos no coincidan con su identidad de género”.

Respecto a los requisitos para acceder a la petición que pueda formularse, se establece en el artículo 3 que el nombre y/o el sexo consignados en el acta de nacimiento, sean discordantes con la identidad de género del solicitante, exigiéndose asimismo la estabilidad y persistencia de esta disonancia, durante al menos dos años, lo cual, conforme al artículo 4, se acreditará mediante un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad que se constituirá para dichos efectos, en la Dirección General del Registro del Estado Civil.

En cuanto a los efectos que producirá el amparo de la petición, conforme al artículo 5, tenemos los siguientes:

1).- La rectificación de la mención registral del nombre y/o sexo, tendrá efectos constitutivos, a partir de la fecha en que se haga efectivo dicho cambio en la partida de nacimiento. Frente a terceros, la inscripción del acto que corresponda

registrar en la Dirección General de Registros, será oponible a partir de la fecha de su presentación al Registro.

2).- En ningún caso, el amparo de la solicitud, alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona cuyo registro se modificó, ni será oponible a terceros de buena fe.

3).- El cambio registral del sexo permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

4).- A los efectos registrales, el cambio de cualquier dato que incida en la identificación del sujeto conforme a esta ley, no implicará el cambio de la titularidad jurídica de los actos inscritos en la Dirección General de Registros, para cuyo efecto, el Registro siempre considerará la rectificación como un acto modificativo que deberá vincularse con la inscripción anterior.

k). - **Argentina:** Mediante Ley 26743, se promulgó en Argentina, la Ley de Identidad de Género, estableciendo el procedimiento a seguirse para que las personas puedan conseguir la adecuación de su sexo y nombre de origen al género autopercibido, sin que para ello se requiera de una intervención quirúrgica previa o autorización judicial, exigiéndose solamente la formulación de una solicitud al Registro Nacional de las Personas. Se destaca de esta norma, la obligación impuesta al Estado, para incluir tanto a las cirugías de reasignación sexual, totales o parciales, así como a los tratamientos hormonales en el Plan Médico Obligatorio, garantizándose así su gratuidad.

De lo prescrito en los artículos 1.1 y 2 de la norma antes citada, se desprende el derecho de toda persona a ser identificado de acuerdo a su género, definiéndose la identidad de género como:

“...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

La definición antes indicada, tiene su sustento en los Principios de Yogyakarta (2006), los mismos que han establecen recomendaciones a los Estados y sociedad civil en general, para evitar abusos y dar protección a los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, estableciendo Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación a ello. De lo expuesto en los Principios 1 al 3 del citado instrumento, se advierte la referencia al principio de universalidad de los derechos humanos así como su aplicación a todas las personas sin discriminación por orientación sexual o identidad de género, así como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido conforme a su identidad de género, siendo éste entendido como:

“... la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Respecto al ejercicio de la petición de rectificación registral del sexo, el artículo 3 de la Ley, legitima para ello a “toda persona”, extendiéndose la solicitud al “cambio de prenombre e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”. Siendo ello así, cualquier persona, sea cual fuere su estado civil, con hijos o sin hijos, podrá solicitar la correspondiente rectificación registral, sin requerirse para ellos de informes médicos, intervenciones quirúrgicas o autorización judicial (salvo que se trate de un menor de edad, tal como lo prescribe el artículo 5 de la ley). Respecto a los requisitos para la solicitud, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la ley, el peticionante deberá observar lo siguiente:

“1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley.

2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original.
3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse”.

Al respecto, es de advertir que a diferencia de lo regulado en otras legislaciones, en las que para los casos de reasignación sexual se requiere de certificaciones médicas para obtener la “rectificación” registral (como ocurre en el artículo 4 de la Ley española 3/2007 y en la Ley uruguaya 18.620), en la legislación argentina, ello no resulta exigible.

Respecto al trámite a seguirse, el artículo 6 de la ley, precisa que una vez cumplidos los requisitos de los Arts. 4 y 5, se procederá “sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de prenombre al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo prenombre”, prohibiéndose cualquier referencia a la ley en la partida de nacimiento rectificadas y en el documento nacional de identidad expedido en virtud la misma. El

procedimiento antes mencionado resulta ser gratuito, no requiriéndose de la intervención de gestor o abogado. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, la rectificación registral una vez realizada, solo podrá ser modificada con autorización judicial.

En cuanto a los efectos que produce el amparo de la solicitud de rectificación registral del sexo y/o prenombre(s), éstos conforme al artículo 7, serán oponibles a terceros desde el momento en que se produce su inscripción en el Registro, no alterando ello “la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción”.

l).- **Colombia:** Mediante Decreto Presidencial 1227, de 04 de junio de 2015, se dispuso la adición de una sección al Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. En mérito al citado Decreto, el interesado podrá conseguir la corrección del componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento, efectuando una solicitud ante un Notario, el cual dispondrá la “corrección” peticionada, mediante una escritura pública. En cuanto a los requisitos exigibles, estos resultan ser los siguientes:

- a) Copia simple del Registro Civil de Nacimiento;
- b) Copia simple de la cédula de ciudadanía; y,

c) Declaración realizada bajo la gravedad de juramento, en la que el interesado “deberá indicar su voluntad de realizar la corrección de la casilla del componente sexo en el Registro del Estado Civil de Nacimiento”.

Corresponde indicar que la misma norma ha establecido limitaciones a las correcciones del componente sexo en el Registro del estado Civil, precisándose que el interesado no podrá solicitar una nueva corrección dentro de los 10 años siguientes a la expedición de la escritura pública respectiva, pudiendo corregirse el citado componente hasta en dos ocasiones.

Resulta interesante de los fundamentos del citado Decreto Presidencial, la referencia a lo expuesto en la Sentencia T-063 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana, la misma que determinó lo siguiente:

“Así las cosas, aunque de manera coloquial suele afirmarse que las personas transgénero experimentan un ‘cambio de sexo’, lo que ocurre en estos casos es que existe una discrepancia entre la hetero asignación efectuada al momento del nacimiento y consignada en el registro, y la auto definición identitaria que lleva a cabo el sujeto. En ese orden de ideas, de la misma forma en que la intervención quirúrgica se realiza para ajustar las características corporales de una persona a la identidad sexual asumida por esta no es propiamente una operación de “cambio de sexo”, sino de “reafirmación sexual quirúrgica”, la modificación de los

datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil;

“7.2.5. En definitiva, la exigencia impuesta a las personas transgénero de acudir a la vía judicial para lograr la corrección del sexo inscrito en el registro civil, supone la afectación de múltiples derechos fundamentales a los que antes se hizo alusión y representa un trato desigual respecto del que se dispensa a las personas cisgénero.

(...)

“La corrección por vía notarial reduce los obstáculos y exclusiones que padecen las personas transgénero en razón de los mayores costos y tiempos de espera que supone el recurso a un proceso judicial, y que en sus particulares condiciones de marginación y exclusión se convierten en una carga especialmente dura de afrontar; asimismo, elimina la diferencia de trato que se establece entre personas cisgénero y transgénero, permitiendo a estas últimas hacer uso del

procedimiento de corrección del sexo en el registro que hoy se admite para las primeras y contribuye a eliminar la tendencia hacia la patologización de la identidad de género. Se trata, por tanto, de un medio menos lesivo en términos de afectación a derechos fundamentales.

“Asimismo, la corrección a través de escritura pública permite lograr con el mismo grado de idoneidad las finalidades que se pretenden asegurar a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

(...)

“7.2.8. En conclusión, al constatar la existencia de un medio alternativo que cuenta con cobertura legal, es menos lesivo de los derechos fundamentales y reviste idoneidad equivalente para alcanzar los fines constitucionales que se satisfacen con el proceso de jurisdicción voluntaria, la Sala encuentra que la obligación impuesta a la accionante de acudir a este último mecanismo para realizar la corrección del sexo inscrito en el registro civil, es una medida innecesaria y gravosa para sus derechos, y que además representa un trato discriminatorio en relación con el que se dispensa a las personas cisgénero, quienes pueden corregir este dato mediante escritura pública (...).”

#### **4.4.- Tratamiento jurisprudencial sobre el transexualismo en sede nacional**

En el caso peruano, ya se han presentado en tribunales ordinarios y constitucionales, pretensiones referidas a rectificación de nombres y sexo registrales.

Así tenemos, tres casos comentados por Espinoza (2019), en los que los resultados fueron distintos:

a). - Un ciudadano peruano, se sometió a una intervención quirúrgica de adecuación de sus genitales externos al sexo femenino en los Estados Unidos, adoptando el nombre correspondiente a su nueva condición, constandingo ello en su certificado de naturalización americano y en su pasaporte norteamericano. Posteriormente, en 1988, acudió a los tribunales nacionales solicitando la rectificación solo de su nombre, obteniendo el amparo de su demanda, en primera instancia, aplicándose para ello el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y el artículo 233, inciso 6 de la Constitución de 1979, referido a la obligación de administrar justicia por parte del juez en caso de vacío o deficiencia de la ley. Dicha decisión jurisdiccional, fue revocada por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, precisándose que lo que se pretendía en sí con dicha demanda de rectificación de partida en cuanto al nombre, era el reconocimiento de un “cambio de sexo”, que se había conseguido con autorización judicial en el extranjero, para lo cual lo que debía seguirse es el procedimiento homologación de sentencias extranjeras. Finalmente, la Corte Suprema confirmó lo resuelto por la Sala Superior, citando Espinoza (2019), un extremo de dicha decisión judicial en el que se dejó establecido que:

“el cambio en el nombre importa también la rectificación de la correspondiente partida, en cuanto al sexo. Por ello, no es posible autorizar un nombre femenino a quien está inscrito como varón, aunque haya sido intervenido quirúrgicamente, por cuanto ello no ha sido acreditado” (Pág. 665).

b). - En octubre de 1993, un joven de 25 años, se sometió a una intervención quirúrgica de adecuación de los genitales externos, refiriendo que desde su niñez había sido tratado como del sexo femenino, comportándose siempre como tal. A fin de alcanzar el reconocimiento legal de su nuevo estado, interpuso una demanda ante un Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, para que, tramitándose bajo las normas del proceso de conocimiento, se disponga el cambio registral de sus nombres y sexo, rectificándose su partida de nacimiento. El fallo de primera instancia, su fecha 7 de Julio de 1994, amparó la demanda mediante la aplicación analógica del artículo 29 del Código Civil de 1984, citando Espinoza (2019), parte del fallo en el que se afirmó que:

“... existen razones totalmente justificadas para proceder al cambio de nombre del demandante, que se ha sometido a una operación médico-quirúrgica con el objeto de tener caracteres sexuales femeninos consignados en la partida de nacimiento, pues es evidente que dentro del ámbito de la sociedad, este se desarrolla como persona del sexo femenino, identificándose sin embargo con documentación que

corresponde a persona del sexo femenino, identificándose sin embargo con documentación que corresponde a persona del sexo masculino, aplicándose analógicamente lo dispuesto por el art. 29 C.C” (Pág. 667).

c). - Mediante una intervención quirúrgica Carlos Humberto Aldana Pineda, consiguió la adecuación de sus genitales externos a los de una mujer, solicitando posteriormente, en la vía judicial, el cambio en su partida de nacimiento, de sus prenombrados por los de Carolina Aidi, así como el cambio de su sexo registral. Mediante fallo de 05 de mayo de 2006, el Juez Especializado declaró improcedente la demanda, siendo dicha sentencia revocada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante Resolución de fecha 26 de octubre del 2006, y reformándose la misma, se declaró fundada la demanda. Espinoza (2019), refiriéndose a dicho pronunciamiento judicial, transcribe un extremo del mismo, en el que se precisó lo siguiente:

“Sin embargo, todo nuestro entramado jurídico desde los albores de nuestra independencia, pasando por el Código Civil de 1852, de 1936 y el vigente Código Civil de 1984 han sido estructurados teniendo en cuenta el sexo biológico de los ciudadanos y ciudadanas, de ahí que este último en su artículo 234 establece que, “El matrimonio es la unión voluntaria concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella [...] y esta norma legal tiene base constitucional en el artículo 4 de

la Carta Política, cuando allí se estipula que la comunidad y el estado protegen a la familia y promueven el matrimonio; siendo que la familia y no es propiamente una creación jurídica, sino más bien una institución que se sustenta en datos y lazos biológicos; de allí que existen limitaciones de orden constitucional y legal que impiden que los transexuales puedan contraer matrimonio, por lo menos en el territorio de nuestra República. Empero se hace necesario precisar que, de la norma constitucional citada no es posible derivar un derecho fundamental al matrimonio, dado el matrimonio y la familia, en realidad son los dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados, con una protección especial derivada precisamente de su consagración en el propio texto constitucional” (Pág. 669).

El tratamiento jurisprudencial de la transexualidad en sede nacional, no ha sido de competencia exclusiva de la justicia ordinaria, sino que ello también ha sido de conocimiento de la justicia constitucional, en la que en tres casos dejó establecido ciertos criterios, que han sido objeto de reconocimiento y críticas, siendo éstos los siguientes:

a). - El caso de Karen Mañuca (Exp. N°. 2273-2005-PHC/TC)

Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, nació el 25 de diciembre de 1953, siendo registrado en la Municipalidad de Guadalupe del Departamento La Libertad. Años después, mediante resolución judicial dictada por Juez Civil de Pacasmayo, se dispuso la la rectificación de la partida de nacimiento respectiva, respecto a los prenombrados de su titular, debiendo registrarse como tal el de “Karen Mañuca”. Posteriormente, en el año 2001, Karen Mañuca solicitó al RENIEC, la expedición de un duplicado de su DNI, alegando su extravío, sin embargo, nunca éste le fue entregado, ni tuvo una respuesta respecto a dicho silencio. En el año 2005, frente a la falta de pronunciamiento de RENIEC, respecto a la solicitud que se le formuló, Karen Mañuca interpuso una demanda de habeas corpus contra el Jefe de dicho organismo, denunciando la violación de sus derechos constitucionales a la vida, identidad, integridad, libre desarrollo, así como a la libertad personal, por la omisión en la emisión de su documento de identidad. De lo expuesto por la defensa de RENIEC, se advierte que al haberse detectado que el demandante tenía varios números de DNI con nombre masculino y femenino, se dispuso la cancelación de aquella inscripción en la que la parte demandante identificada como Karen Mañuca, manteniéndose la que lo identificaba como Manuel Jesús.

En primera instancia, mediante sentencia de 14 de febrero de 2005, la demanda fue declarada improcedente, siendo dicho fallo confirmado por la Sala Superior Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de 02 de marzo del 2005. El caso fue elevado al Tribunal Constitucional, en razón al recurso de agravio constitucional que interpuso la actora, siendo el mismo resuelto mediante sentencia del 20 de abril del 2006, **declarándose** fundada la demanda, ordenándose a RENIEC a expedir el

duplicado del DNI que se solicitó, rectificando el cambio de prenombre de la accionante.

b). - El Caso “Ynga Zevallos” (Exp. N° 139-2013-PA/TC)

P.E.M.M., representada por Rafael Alonso Ynga Zevallos, interpuso una demanda de amparo contra RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) tanto en su partida de nacimiento y DNI, refiriendo que, con anterioridad a la interposición de dicha demanda, obtuvo, mediante resolución judicial el cambio del prenombre masculino a uno femenino, dejándose constancia de ello en la anotación marginal efectuada en su partida de nacimiento. Con posterioridad a ello, cuando solicitó a RENIEC se le expida un nuevo DNI, dicha entidad cumplió con ello, apareciendo sus nuevos nombres, pero indicando que su sexo era “masculino”, lo cual afectaba su derecho fundamental a la identidad causándole ello depresión e incomodidad, pues habiéndose sometido en España a una cirugía de “reasignación sexual, ella se identificaba como mujer, no bastando tener los prenombrados femeninos sino que el sexo señalado en su DNI debe estar acorde con su actual identidad.

En primera instancia el Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, mediante resolución de 03 de mayo del 2012, declaró fundada la demanda, ordenando el cambio de sexo de P.E.M.M, de masculino a femenino, tanto en su partida de nacimiento como en su DNI, considerando que el concepto de sexo había cambiado y desde un enfoque multidisciplinario, el sexo es un elemento dinámico, debiéndose tener en cuenta para definirlo, la actitud que asume está en sociedad (sexo social), sus hábitos y comportamientos (sexo

psicológico), los cuales pueden diferir del sexo cromosómico, y en caso que exista contradicción entre ello, le corresponderá al individuo decidir a qué sexo pertenecer. Dicho fallo fue revisado por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, la misma que mediante Resolución de 10 de setiembre del 2012, lo revocó y reformándolo, declaró improcedente la demanda, precisando que el amparo no era la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, sino el proceso de conocimiento conforme al artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil. Contra esta última resolución, el actor interpuso el correspondiente el recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 18 de marzo de 2014, declaró infundada la demanda, refiriendo que no se había acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad y declarando que lo dispuesto en la citada sentencia constituía doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estableciendo, en cuanto a la determinación del sexo en el individuo, lo siguiente:

“Consecuentemente, mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o

cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de "la naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico" (Exp. N° 139-2013-PA/TC, Fundamento 30).

c). - El Caso "Romero Saldarriaga" (Exp. N° 6040-2015-PA/TC)

Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga, quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga, interpuso una **demanda de amparo** contra RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de su nombre y su sexo en su partida de nacimiento y DNI, refiriendo que, desde su infancia, siempre se había identificado como una mujer, viajando a España, donde se sometió a una cirugía de "cambio de sexo", por lo cual recibió hormonas, se le implantaron siliconas y se sometió a una vaginoplastia, todo ello acompañado de un tratamiento psicológico. Cuando retornó al Perú, a pesar de tener una apariencia femenina, su nombre y sexo consignados en los documentos de identidad, le generaron episodios de discriminación.

En primera instancia, el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, mediante sentencia de 12 de agosto de 2014, amparó la demanda, considerando que se habían vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la demandante. La sentencia fue revisada en grado de apelación, por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, la misma que mediante Resolución de 07 de agosto del 2015, revocó la apelada y,

reformándola, declaró improcedencia la demanda, precisando que existían otras vías igualmente satisfactorias donde la parte recurrente podía hacer valer su referido derecho, ya que el proceso de amparo era subsidiario y residual, precisando que el Juez de Paz Letrado resultaba ser el competente para autorizar la modificación de cambio de sexo. Contra dicho pronunciamiento, el demandante interpuso recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 21 de octubre del 2016, declaró fundada en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente, dejando sin efecto la doctrina jurisprudencial fijada en el fallo dictado en el Exp. 139-2013-PA/TC, precisándose que:

“... esta interpretación del derecho a la identidad personal, cuyo propósito era vincular a la judicatura en la interpretación y tramitación de este tipo de causas, suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones: (i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y (ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte al Juez a reconocer el cambio de sexo” (Exp. N° 6040-2015-PA/TC, Fundamento 6).

“En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como

una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA” (Exp. N° 6040-2015-PA/TC, Fundamento 9).

Asimismo, la referida sentencia, respecto a la determinación del sexo en el individuo, estableció lo siguiente:

“Así las cosas, la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con

su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), contravendría el orden de las cosas por alterar sin "motivos suficientes" los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal [Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Christine Goodwin Vs. Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002, párrafo 91]" (Exp. N° 6040-2015-PA/TC, Fundamento 13).

Por último, el Tribunal Constitucional fijó reglas de índole procesal, respecto a las pretensiones que en futuro puedan formularse como la que se ventiló en el citado proceso judicial, estableciendo que:

“El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos.

En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo. A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) que fueran presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y mientras los órganos emplazados no adopten los procedimientos especiales para esta clase de pedidos, la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. La elección de este conducto se sustenta tanto en la necesidad de tutelar de manera urgente los derechos involucrados, como en la posibilidad de evitar cualquier clase de dilación por el desarrollo complejo y extendido del proceso. Por otro lado, respecto de aquellas solicitudes que fueron presentadas en la vía del amparo antes de la publicación de esta sentencia, y que actualmente se encuentran en trámite (ii), operará la reconducción del proceso a la vía regulada en el artículo 546.6 del

Código Procesal Civil, con el propósito de que los órganos competentes, a través del despliegue de la actividad probatoria que corresponda, emitan un pronunciamiento de fondo a fin de tutelar, de ser el caso, los derechos a los que se ha hecho mención en esta sentencia” (Exp. N° 6040-2015-PA/TC, Fundamento 17).

## CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo de investigación, podemos exponer como conclusiones del mismo, las siguientes:

1. El reconocimiento del cambio de nombre y la reasignación sexual de un transexual, marca el inicio del reconocimiento del derecho a la identidad de éste.
2. El sexo es entendido como una noción compleja dentro de la cual es posible distinguir diversos elementos o factores: cromosómico, anatómico, gonadal y psicológico, siendo el solo el cromosómico el que resulta ser inmutable.
3. Cabe admitir una noción plural de sexo que trascienda a la cuestión genética, descartándose así una visión unitaria o inequívoca de éste, dándose lugar al llamado sexo dinámico.
4. No afecta el orden público, el amparo de la petición del transexual para que se le identifique de acuerdo al sexo sentido y vivido, ni por el reconocimiento de los derechos de ello derive.

5. La no correspondencia entre el aspecto físico y la documentación legal, le acarrea transexual sufrimiento y serias dificultades para su inserción en el orden social, resultando justo la intervención y el amparo del Derecho.
6. La intervención quirúrgica de reasignación sexual, debe ser advertida como una respuesta a la necesidad de contar con salud integral y, por lo tanto, constituye un acto liberatorio para quien es sometido a éste.
7. Negarse al transexual su identidad de acuerdo al sexo sentido y vivido, lesiona su dignidad de ser humano en cuanto libre e idéntico a sí mismo, impidiendo ello que éste pueda proyectar libremente su personalidad.
8. La cirugía de reasignación sexual, le permitirá al transexual conseguir una apariencia genital de acuerdo al sexo vivido, surgiendo así la posibilidad de vivir como un ser libre e idéntico a sí mismo, pudiendo así, desarrollar su proyecto de vida.
9. Atender y resolver los problemas de la identidad del transexual, así como los derechos que deriven de su reconocimiento, le permitirán a éste no solo de realizarse y presentarse como lo que es, sino también alcanzar su derecho al bienestar, su salud integral, equilibrio emocional y tranquilidad psíquica.
10. La complejidad de la atención del transexualismo requiere un abordaje interdisciplinario, en el que se evidencia el entrelazamiento entre el Derecho y la medicina.
11. De no accederse a la petición del transexual, respecto a la posibilidad de adecuar sus genitales al sexo vivido, se incurriría en una omisión inconstitucional toda vez que prolongar en el tiempo la situación de discriminación en el que vive, se generaría un daño irreversible en su mismidad, con grave afectación a sus derechos fundamentales.

12. El sufrimiento del transexual es en buena medida causado por la rigidez del derecho, pues la falta de atención legislativa ha provocado prácticamente la condena del mismo a una verdadera muerte civil.
13. La incompatibilidad entre el sexo biológico y el psicológico, genera diversos dilemas a los que la ley debe ofrecer una solución.
14. El transexualismo, advierte el conflicto existente entre el sexo biológico, que es rechazado por el transexual, y el psicológico, que es el con el que éste define su identidad; en el homosexualismo, el individuo sin negar su sexo biológico, se siente atraído por personas del mismo sexo; en el travestismo, el individuo, tampoco niega su sexo biológico, pero se siente atraído por el uso de la vestimenta del sexo opuesto; y, en el hermafroditismo, se advierte la existencia de caracteres externos y/o internos correspondientes a ambos sexos, y, cuando se presentare órganos genitales ambiguos, nos encontramos frente al pseudohermafroditismo.
15. De no brindar el Derecho una respuesta satisfactoria al drama vivido por el transexual, en cuanto a la identidad proyectada a partir de su sexo vivido y sentido, se le obligaría a éste continuar viviendo bajo una identidad que no corresponde a la personalidad proyectada, afectando ello su dignidad.
16. La cirugía de “reasignación sexual”, tan solo permite la adecuación de los órganos genitales exteriores del transexual al sexo “sentido” y “vivido”, siendo su objetivo que el éste consiga, al máximo posible, obtener la apariencia física opuesta al sexo con el cual se le identificó a su nacimiento.
17. Se advierte de la legislación comparada, la preocupación que surge en torno al conflicto de interés que pueda presentarse entre los derechos del transexual y los de su familia, en caso que ella exista, privilegiándose en su

solución el interés de esta última. En razón a ello, se exige para el caso que el transexual decida por su “reasignación sexual”, que no se encuentre casado o que mantenga una unión de hecho, tal como lo proponemos en el proyecto de ley adjuntado como recomendación de la presente tesis.

18. Nuestra posición respecto a la licitud de las cirugías de reasignación genital, implica la existencia de un adecuado diagnóstico y de una ponderada terapia que abarque todos los campos, considerando, entre otros extremos, el derecho a la salud que le asiste a todo ciudadano y que los poderes públicos deben tutelar y proteger.
19. El diagnóstico del transexualismo, debe implicar la aprobación de una terapia (que implicará, un tratamiento psicológico, seguido de uno hormonal, y, por último, una intervención quirúrgica) que debe ser apoyado con el reconocimiento jurídico de la identidad del transexual, lo cual implicará un cambio registral de los prenombrados y sexo, que permitirá a este ser humano su integración en la sociedad, desarrollando así el rol que le corresponde.
20. La “conversión” de un hombre en mujer o viceversa, solo se encuentra limitado para la medicina, toda vez que como se advierte de lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, y como se desprende de la legislación comprada, dicho “cambio” si le ha sido posible a la ley, agregando que lo que ha obtenido la medicina es que una persona transexual, pueda obtener la apariencia genital y anatómica que se asemeje al sexo opuesto al asignado por la naturaleza.
21. Estando a lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, resulta ilógico que en nuestro país no exista legislación alguna que regule la identidad del transexual ni de los derechos que emergen de su

reconocimiento, careciendo de justificación la omisión de nuestro legislador, siendo insuficiente el pronunciamiento de los tribunales, para atender las peticiones en la que se reclame la atención del sexo vivido y sentido, en oposición al asignado por la naturaleza.

## **RECOMENDACIONES**

Con motivo a la investigación contenida en la presente tesis y, atendiendo a la necesidad de contar con una norma que ampare los derechos del transexual, así como los efectos de la reasignación de su sexo, nos permitimos formular el siguiente anteproyecto de ley:

### **Anteproyecto de Ley**

#### **Ley de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales**

El Presidente de la República

POR CUANTO:

El Congreso de la República  
ha dado la ley siguiente:

#### **Ley de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales**

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El presente proyecto de ley tiene por objeto establecer los requisitos y el procedimiento a seguir para acceder al cambio de los prenombrs y sexo de una persona transexual en el Registro Civil, en caso que la respectiva inscripción no corresponda con el sexo vivido y sentido por el solicitante, estableciéndose asimismo los efectos de dicho reconocimiento.

El tratamiento jurídico de la transexualidad en nuestro país, ha implicado que la misma sea abordada por la doctrina y la jurisprudencia, advirtiéndose una omisión de parte de nuestro legislador para atender esta realidad social, pretendiéndose con este proyecto que la primigenia asignación registral de los prenombrs y del sexo del individuo diagnosticado como transexual, puedan ser objeto de modificación con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de su personalidad y la dignidad, buscando con ello la correspondencia con el sexo vivido y sentido.

De acuerdo con la regulación que se establece en el presente proyecto, la modificación registral de los datos del individuo en cuanto a sus prenombrs como al sexo, tiene como objetivo afirmar el derecho a la identidad del transexual, así como los efectos jurídicos que en razón a dicho reconocimiento se van a producir considerando la seguridad jurídica y la exigencia del interés general.

Estando a lo dispuesto en la presente ley, el Perú se suma a aquellos países que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad del transexual, adecuadamente diagnosticado, de alcanzar la modificación de los prenombrs y sexo con los que le fueron asignado a su nacimiento, que resulta contradictorio con su identidad de género.

## **Artículo 1º. Derecho a la identidad de género.**

1. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, cromosómico, anatómico, morfológico, hormonal u otro.

2.- Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la correspondencia entre esta identidad y el prenombre y sexo señalado en los documentos de identidad de la persona, sean éstos las actas del Registro de Estado Civil, los documentos nacionales de identidad, pasaporte, licencia de conducir u otros.

## **Artículo 2. Legitimación.**

1. En razón al ejercicio de derecho reconocido en el artículo anterior, de requerirse una modificación de los datos registrales relativos a los prenombrados y/o sexo, por haberse diagnosticado el transexualismo en la persona, se encuentran legitimadas a solicitar ello, toda persona mayor de 14 años, inscritas en el Registro Civil, que no se encuentren unidas bajo matrimonio o unión de hecho cuya existencia haya sido declarada judicial o notarialmente.

2. En caso de menores de 14 años, la petición deberá ser formulada por sus representantes legales, con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

## **Artículo 3. Requisitos.**

La modificación registral de la mención del nombre y en su caso del sexo, requerirá que la persona que lo solicite, acredite:

1. Que los prenombrados y/o el sexo consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género. La demanda de modificación registral, deberá incluir la elección del nuevo prenombre, de ser el caso.

2. La estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, lo cual se acreditará con el informe de un médico o psicólogo clínico, colegiado en el país, en el que se deberá hacer referencia a lo siguiente:

2.1. A la existencia de disonancia entre el sexo consignado al nacimiento del demandante y la identidad de género sentida por el éste o sexo psicosocial.

2.2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, en forma determinante, en la existencia de la disonancia referida en el punto anterior.

2.3. Para el amparo de la solicitud a que se refiere la presente ley, no se exigirá de una previa cirugía de reasignación sexual.

#### **Artículo 4. Procedimiento y competencia.**

1.- La demanda será interpuesta ante el Juzgado Especializado Civil del domicilio del accionante, la misma que deberá ser tramitada bajo las normas del proceso no contencioso.

#### **Artículo 5. Efectos.**

1. La resolución que acuerde la modificación de la mención registral de los prenombrados y/o del sexo, tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.

2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

3. La modificación registral de los prenombrados y/o sexo, no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. En todos los casos se conservará el mismo número que corresponda al documento nacional de identidad originario.

4. La modificación registral producida en mérito a la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada por mandato judicial.

#### **Artículo 6. Confidencialidad.**

1. Sólo podrán tener acceso al acta de nacimiento originaria, quienes cuenten con autorización del titular de la misma o mediando mandato judicial.

#### **Artículo 7. Acceso a intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales**

1. Todas las personas mayores de catorce (14) años de edad, podrán acceder a intervenciones quirúrgicas totales o parciales, así como a tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

2. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial, sino tan sólo el consentimiento informado de la persona.

3. En el caso de las personas menores de catorce (14) años de edad, el acceso a las autorizaciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales a que se refiere el numeral 1 de este artículo, requerirá de autorización judicial, a petición de los representantes legales del menor, con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

### **Primera. Vigencia**

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación.

### **Segunda. Reglamentación**

El Poder Ejecutivo dictará las disposiciones reglamentarias para la aplicación y desarrollo de lo establecido en esta Ley.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS**

### **Primera. Modificación del Código Penal**

Modifíquese el artículo 121 inciso 2 del Código Penal, el que queda redactado con el siguiente texto:

“Artículo 121.- El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud física o mental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Se consideran lesiones graves:

[...]

2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave o permanente.

El consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley 28189, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas en razón a un informe médico que recomiende dicha intervención quirúrgica, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciando la voluntad del paciente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad, sin que medie en este último caso la respectiva autorización judicial”.

### **Segunda. Modificación del Código Procesal Civil**

Modifíquense los artículos 749, inciso 9 y del Código Procesal Civil, los que quedan redactados con el siguiente texto:

“Artículo 749.- Procedimiento.

Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:

[...]

9. Inscripción, rectificación y modificación de datos de partida”.

“Artículo 826.- Procedencia.

La solicitud de inscripción o rectificación de una partida de matrimonio o defunción, y la de rectificación o modificación de datos de una partida de nacimiento, procede sólo cuando no se practicó dentro del plazo que señala la ley o cuando el Juez considere atendible el motivo. La solicitud de inscripción de partida de nacimiento se rige por la ley de la materia.

Cuando se trate de la rectificación o modificación del nombre, sexo, fecha del acontecimiento o estado civil, se indicará con precisión lo que se solicita.

Las normas de este Subcapítulo se aplican a la inscripción de los nacimientos, matrimonios y defunciones de peruanos ocurridos en el exterior, no registrados ante autoridad nacional.

También es aplicable a la rectificación o modificación de datos de partidas de nacimientos, matrimonios y defunciones de peruanos ocurridos en el exterior, registrados ante autoridad nacional”.

## **DISPOSICION COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

### **Única.**

Deróguense o déjense sin efecto, las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

**CHIRINOS SOTO, E.** (1995). *Lectura y Comentario a la Constitución de 1993*. Lima, Perú: Grijley.

**DIEZ DEL CORRAL, Jesús.** (1981). La transexualidad y el estado civil. *Anuario de Derecho Civil*, 34, 1077-1088.

**ESPINAR VICENTE, José** (1995). Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social. En: L. García San Miguel (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, (Págs. 63-78). Alcalá de Henares, España: Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.

**ESPÍN ALVA, I.** (2008). *Transexualidad y tutela civil de la persona*. Madrid, España: Editorial Reus S. A.

**ESPINOZA ESPINOZA, J.** (2019). *Derecho de las Personas*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

**FERNANDEZ SESSAREGO, C.** (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima, Perú: Universidad de Lima.

**FERNANDEZ SESSAREGO, C.** (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial ASTREA.

**FERNANDEZ SESSAREGO, C.** (2006). *La Constitución Comentada*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

**FERNANDEZ SESSAREGO, C.** (2007). Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 12 (100), 51-70.

**FERRER SAMA, J.** (1989). Doctrina civil del Tribunal Supremo sobre la Transexualidad. Comentario a la STS de 3 de marzo de 1989. *La Ley*, 2, 307-315.

**FRIGNET, H.** (2003). *El Transexualismo*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.

**MEDINA, G.** (2000). Transexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre. *Dialogo con la Jurisprudencia*. (16), 153.

**MOSQUERA VASQUEZ, C.** (2007). Los derechos de las minorías sexuales. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 12(100), 87-97.

**MIZRAHI, M.** (2006). *Homosexualidad y transexualismo*, Buenos Aires, Argentina: Editorial ASTREA.

**ROBLES MORCHÓN, G.** (1995). "Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social". En: L. García San Miguel (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, (Págs. 45-62). Alcalá de Henares, España: Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.

**VEGA MERE, Y.** (1996). Intimidad, identidad e informática. *Ius et Praxis*, 26, 45-57.

#### **REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:**

**GARCÍA GARCÍA, Ricardo.** (2005). El Derecho al Matrimonio en el Convenio Europea de Derechos Humanos: Un análisis de su desarrollo jurisprudencial. Recuperado de: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-21/el-derecho-al-matrimonio-en-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-un-analisis-del-su-desarrollo-jurisprudencial/>

**MEGÍA, C. (2020).** Christine Jorgensen: la pionera en reasignación de sexo fue un soldado de la Segunda Guerra Mundial. Recuperado de: <https://smoda.elpais.com/moda/issey-miyake-bao-bao-bolso/>

**RUBIO TORRANO, E.** (2020). Cambio de sexo. Recuperado de <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/316>

**VELASCO MALAGÓN, T.** (2017). *Representaciones sociales de la transexualidad y de las personas transexuales en España* (Tesis doctoral). Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/42016/1/T38610.pdf>

**Comisión Internacional de Juristas** (2015). Matrimonio Transgénero. Recuperado de: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/08/Capitulo-9-Matrimonio-transgenero.pdf>

**Organización Mundial de la Salud.** (2019). Clasificación Internacional de Enfermedades 11ª Revisión. Recuperado de: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>

**Parlamento Europeo** (1989). Resolución de 12 de setiembre de 1989.  
Recuperado de: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC\\_1989\\_256\\_R\\_0022\\_01&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1989_256_R_0022_01&from=ES)

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (1992). Caso B. vs. Francia.  
Recuperado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2213343/87%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-164634%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (1990). Caso Cossey vs. Reino Unido.  
Recuperado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2210843/84%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-164830%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (1996). Caso Goodwin vs. Reino Unido.  
Recuperado de: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2217488/90%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-164270%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (2006). Caso Grant vs. Reino Unido.  
Recuperado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2232570/03%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-75454%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (2002). Caso I. vs. Reino Unido.  
Recuperado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2225680/94%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-162238%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (2002). Caso L. vs. Lituania.  
Recuperado de:  
<https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22EXECIDENTIFIER%22:%5B%22004-4320%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (1986). Caso Rees vs. Reino Unido.  
Recuperado de:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%229532/81%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-165098%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (1998). Caso Sheffield y Horsham vs. Reino Unido.  
Recuperado de:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2222985/93%22,%2223390/94%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-163848%22%5D%7D>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (2001). Caso Van Kuck vs. Alemania.  
Recuperado de:  
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-22031&filename=001-22031.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** (1980). Caso Van Oosterwijck vs. Reino de Bélgica.  
Recuperado de:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%227654/76%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-165161%22%5D%7D>