

## LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE ACARREAN EL CAMBIO DE SEXO

---

### THE JURIDICAL EFFECTS THAT TRANSPORT THE CHANGE OF SEX

*Carlos Andree Rodas Quintana*<sup>1</sup>.

*En nuestra sociedad “El verdadero problema del transexual no es que esté atrapado en un cuerpo equivocado. El verdadero problema del transexual, hoy, es que está atrapado en una mentalidad social equivocada”. (Yliana Sánchez Pérez)*

Fecha de Recepción: 19 setiembre 2014

Fecha de Aceptación: 27 octubre 2014

#### **Resumen**

Los efectos jurídicos que acarrear el cambio de sexo, está relacionados causalmente por el hecho de que no se conocía o no se ha aplicado bien algún planteamientos teóricos, especialmente algún concepto básico existente ligado a la ideología de grupos sociales (religión, comunidad jurídica y el gremio transexual), o por no haberse aprovechado o aplicado el Derecho Comparado, tal como la legislación y jurisprudencia comparada, entonces, se explica que nuestra normatividad nacional no haya incorporado normas en el Código Civil, Código Procesal Constitucional y la Constitución Política del Perú.

Se debe legislar sobre los efectos jurídicos que acarrear el cambio de sexo, ya que de someterse a una reasignación de genitales el transexual altera su morfología sexual y por lo tanto adquiere el sexo deseado, sentido y vivido. Además, como ya se ha mencionado durante el desarrollo de la tesis, el transexual piensa que obtiene su verdadera identidad cuando legalmente es reconocido como perteneciente al sexo adquirido quirúrgicamente, y por lo tanto ha sido otorgado el cambio de nombre y sexo en la respectiva mención registral, mediante un proceso judicial.

El hecho de que no estén reconocidos los derechos del transexual muchas veces promueve la vulneración de los derechos de igualdad, libertad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, salud (pues al someterse el transexual a una reasignación de genitales está poniendo en riesgo su salud), a formar una familia y recibir la protección del Estado y el acceso a la seguridad social, pues se ha visto que el transexual está aislado de la norma por que físicamente es una mujer (mediante operación) y legalmente es un hombre y al ser expuesto a esta discordancia entre su sexo adquirido y sus documentos se encuentra sujeto a la discriminación.

Los Operadores del Derecho, en especial los jueces frente a la ausencia de normas en nuestra legislación pertinentes al caso (de presentarse una solicitud sobre cambio de nombre y sexo) deberán aplicar los principios generales del derecho y algunas normas de nuestra normatividad civil pertinentes con el fin de dar solución a este problema. Pues corresponde a los jueces, a falta de disposiciones legales al respecto, resolver cuestiones relativas a tan especial y controvertida problemática.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Señor de Sipán. Docente de derecho de familia y derecho de Personas de la Universidad Señor de Sipán. Segunda especialidad en Derecho de Familia por la Universidad Señor de Sipán. Director Académico y Promoción Cultura del Ilustre Colegio Abogados de Lambayeque, Dirección de correo electrónico: rodascarlos@crece.uss.edu.pe

Debido a la existencia de legislación y jurisprudencia sobre el tema en el Derecho comparado, sería adecuado aprovechar y aplicar de manera necesaria dichas normas, o al menos ser tomadas como modelo a seguir en la creación de normas nacionales, adecuándolas a nuestro sistema jurídico y al entorno social.

**Palabras Claves:** La Persona Derecho a la Identidad y Cambio de sexo o cambio de nuestra sociedad

### **Abstract**

The legal effects that carry sex change is causally related by the fact that was not known or has not been implemented well some theoretical approaches, especially some existing basic concept linked to the ideology of social groups (religious, legal community and the transgender), or missed opportunities or applied comparative law guild, such as legislation and compared, then, jurisprudence explains that our national standards has not been incorporated in the Civil Code rules, Code of Constitutional and Political Constitution of Peru.

Should legislate on the legal effects that carry sex change since undergoing genital reassignment transsexual alter their sexual morphology and thus acquires the desired sex, felt and lived. Moreover, as already mentioned in the course of the thesis, the transsexual think you get his true identity when it is legally recognized as belonging to surgically acquired gender, and therefore has been granted the change of name and gender in the respective references registration, through a judicial process.

The fact that they are not recognized transgender rights often promotes the violation of the rights of equality, liberty, dignity, free development of personality, health (for the transsexual to undergo genital reassignment is putting their health at risk ), to form a family and receive state protection and access to social security, as it has been seen that the tranny is isolated from the standard by which physically is a woman (by operation) and legally a man and being it exposed to the discordance between their acquired sex and documents is subject to discrimination.

Operators of the law, particularly judges from the absence of standards relevant to our case (should a request for change of name and sex) legislation should apply the general principles of law and certain provisions of our regulations with the relevant civil order to solve this problem. As for judges, in the absence of statutory provisions, resolve issues so special and controversial issues.

Due to the existence of legislation and case law on the subject in Comparative Law, would be appropriate harness and apply these standards so necessary, or at least be taken as a model in the creation of national standards, adapting them to our legal system and social environment.

**Key Words:** The Individual Right to Identity and Sex change or change in our society.

### **1.- Introducción**

El tema que sugiere la presente investigación se ha denominado “Los efectos jurídicos que acarrear el Cambio de Sexo”, y se motivó en la inexistencia de un tratamiento socio - jurídico en nuestro país respecto a la transexualidad y el cambio de sexo, temas que han estremecido las estructuras de la sociedad y preocupado a los jueces, pues se genera alrededor de estos, gran controversia y polémica en la comunidad jurídica antes que en el legislador, pues aún, en nuestro país no se ha visto ninguna iniciativa legislativa que aborde este tema, posiblemente por lo complejo de su problemática dada su amplia relevancia en el ámbito sociológico, jurídico y religioso, más, si se tiene en cuenta que los criterios, derechos y efectos, que se discuten en su tratamiento implican aspectos que se contraponen a su naturaleza, es decir, personas que se

hayan inconformes con su eventual Identidad y que pugnan frente al poder judicial con la finalidad de que se reconozca el Derecho a manifestar la Identidad Jurídica de acuerdo a su condición; sentida, vivida y adquirida mediante una intervención quirúrgica.

Es en este extremo donde radica nuestra preocupación por el efecto jurídico que las decisiones judiciales sobre cambio de sexo pueden acarrear en la sociedad, pues, al darse este nuevo estatus jurídico a través de una sentencia, como ya existe en la jurisprudencia peruana, permitiría que este grupo humano se adecue perfectamente al contenido del artículo 234 del Código Civil, referido al matrimonio y pueda a través de este acto, verse “beneficiado” con los derechos que emergen del matrimonio. En tal sentido, es preocupación de los bachilleres abordar el estudio de este tema para evaluar su trascendencia, proponiendo medidas que permitan adoptar una posición prudente frente a este caso, que se adecue a la realidad social, pues como se sabe el juez en su decisión deberá tener en cuenta las consecuencias que emanen de sus decisiones.

Las acciones judiciales iniciadas por los transexuales, respecto al cambio de Identidad, obedecen más aun animo de solicitar el reconocimiento de los derechos y obligaciones - que por añadidura del cambio del sexo pueda derivar - que a la exigencia de rectificar un error de género de la especie, pero no por ello deja de generar incertidumbre en la comunidad jurídica y sociedad en general por las insospechadas consecuencias que una decisión judicial puede generar.

El derecho no debe mantenerse ajeno a esta realidad, por lo que legislaciones internacionales, ya han regulado con respecto al tema en cuestión. Sin embargo, en nuestra legislación nacional existe un vacío legal encontrándose la transexualidad como un fenómeno social, sin regulación jurídica y generando incertidumbres y problemas legales dado que la codificación Civil regula únicamente el cambio de nombre mas no el de sexo, es decir, que un transexual podrá solicitar su cambio de nombre, sin embargo no subsume el supuesto de cambio de sexo.

Pero este problema social con repercusiones jurídicas, afirma que la aprobación del problema en todas sus implicancias motiva el convencimiento de que corresponde atender a la petición de definir la identidad en sí misma y como derecho, la identidad personal, de género y, lo relativo a la Identidad sexual y específicamente el reconocimiento del derecho a la Identidad sexual de los transexuales. Así como todo lo referente a la problemática del Transexualismo y el denominado Cambio de Sexo, su implicancia y sus efectos en el ámbito jurídico.

La estructura de la tesis materia de investigación se ha elaborado en siete capítulos, con la finalidad de comprender, ante un problema tan complejo, casi todos los temas y aspectos encajados en el estado de la materia con el propósito que nos permitiera al final resolver las interrogantes y comprobar las hipótesis planteadas. Además se resalta la casuística y doctrina existentes en el Derecho Comparado, las que ayudan al planteo y solución de los problemas surgidos en torno a la transexualidad y cambio de sexo.

## **La Complejidad del Sexo.**

El sexo, o más precisamente el género, se presenta como un hecho en el cual se integran e interactúan diversos elementos estrechamente vinculados en un delicado engranaje, del que aún queda mucho por descifrar. Es así que, en síntesis, al lado del factor representado por lo biológico deben tenerse en consideración otros elementos como son aquellos constituidos por la vertiente psicológica y por el perfil jurídico-social.

Las más recientes investigaciones científicas, de las cuales se espera aún mayores y más profundos desarrollos no obstante los evidentes progresos obtenidos en la materia, han permitido tomar conciencia de la complejidad de todo cuanto se relaciona con la constitución y determinación del género y con todo lo

atinente a la sexualidad en general. El problema se acentúa cuando se pretende señalar, dentro de los indicados elementos que componen el sexo, aquél que podría ser prevalente, y hasta determinante, en lo que concierne a su constitución.

Como se señala en la doctrina, y lo avala el sentido común, la armoniosa conjunción y concordancia de tan variados elementos resulta ser presupuesto o condición indispensable para el sano equilibrio sexual del sujeto. Ello depende, en última instancia, de una constante y normal convergencia de tales factores constitutivos del sexo, ya que un desigual desarrollo de los mismos originaría situaciones que se alejarían de lo que podría estimarse como un estado sexual carente de anomalías.

Lo ideal en este caso, como apuntan los expertos, es la permanente y equilibrada asociación de dichos elementos, dentro de una delicada y armoniosa integración en la que cada uno de ellos cumple su propio rol. Los problemas en torno a la incertidumbre en cuanto a la identidad sexual surgen cuando se manifiesta una ausencia de armonía entre los varios perfiles que definen integralmente al sexo. Es así que una elocuente disociación entre el factor biológico y el psicológico - social genera una situación en la que se advierte una serie perturbación de la personalidad que atormenta al sujeto y que debería ser tratada y corregida del modo más adecuado.

Los elementos antes citados, constitutivos del sexo, no son estables, por lo que debería descartarse, según calificadas opiniones, una concepción estática o inmutable de la sexualidad. Como bien lo sabemos, la personalidad se encuentra en permanente evolución. El ser humano, a diferencia de las cosas, no es algo acabado, terminado, compacto. La vida humana es un constante e ininterrumpido quehacer, un fluido discurrir entre el instante de la concepción, que es el comienzo de la vida, y el de la muerte, que es el fin de la existencia. En concordancia con lo expresado por *Perlingieri*, cabe sostener que carece de validez la posición que considera al género como un elemento inmutable de la persona, que se adquiere jurídicamente y para siempre con la inscripción en el registro del estado civil.

La presencia de una multiplicidad de elementos que concurren a la conformación del género y que constituyen la sexualidad, pueden generar discordancias entre alguno o algunos de ellos. Esta indeseable hipótesis, que lamentablemente se presenta en la realidad coexistencial, nos coloca en la difícil coyuntura de inquirir, tanto en el plano médico como en el jurídico y en el de la vida de relación social, sobre cuál de los indicados elementos confortantes del género es el que prevalecería para el efecto de la determinación del sexo de la persona.

La solución del problema planteado no es un asunto pacífico si se le enfoca desde una perspectiva médico - científica. No lo es tampoco si nos situamos en la sensible dimensión de los jurídicos. Para el derecho, y en relación con una determinación finalidad, no es sólo relevante, como apunta *Perlingieri*, el sexo psicológico - social o aquél de carácter biológico, sino que no deben descartarse todos y cada uno de los perfiles que concurren a la delicada definición de los que constituye el género al cual se adscribe la persona. Es decir que, para una particular finalidad, alguna de ellos puede tener ocasionalmente una mayor relevancia para el derecho. No obstante. Es conveniente advertir que es opinión prevaleciente la que estima que “para la mayor parte de las hipótesis es el perfil psicológico, aún más que el estructura y el biológico, el que prevalece como criterio calificarte en dicha disciplina”.

### **La Valoración Ética del Cambio de Sexo.**

El cambio de sexo no es exclusivamente un problema médico-científico, sino que debe tenerse también en cuenta una valoración jurídica en cuanto a lo que él significa. En realidad, no hay actividad humana frente a la cual pueda omitirse un juicio de valor.

Para un sector de la doctrina que se ocupa del cambio de sexo, esta supuesta operación constituye un acto que va contra los dictados de la naturaleza, por lo que resultaría además de éticamente inadmisibles, del

todo inconveniente. Para otros, en cambio, la valoración de este hecho es diferente. Estos últimos sostienen que cada persona, mientras no cause perjuicio a los demás, está en condiciones de decidir libremente su “modo de vivir”, por lo que puede escoger su propia identidad sexual sin que ello signifique una actitud reñida con la ética social.

Para los autores que se adhieren a la primera de las indicadas posiciones, el cambio de sexo resulta ser un escándalo intolerable o, al menos, una situación desagradable el tener que admitir la posibilidad o existencia de prácticas quirúrgicas utilizadas para satisfacer inclinaciones que no coinciden con el sexo que la sabia naturaleza otorgó a cada cual. Para los autores que se sitúan en la posición contraria, el cambio de sexo constituye un acto de liberación que guarda concordancia con el derecho fundamental a desarrollar libremente la personalidad y con aquel de afirmar su propia identidad. Ambas valoraciones, la favorable y la opuesta al cambio de sexo, responden obviamente a una postura subjetiva, por lo que obedecen, en última instancia, a una particular visión del hombre, a una determinada concepción del mundo.

### **Cambio de Sexo o Cambio de Nuestra Sociedad.**

La diferenciación polar entre masculino y femenino está en crisis y por consiguiente, también el sexo deviene relativo. El problema reside en establecer lo que es más importante o decisivo para determinar que sexo se debe atribuir a una persona. Podemos encontrar dos aspectos al sexo, vale decir, uno estático (determinado por la morfología externa, cromosomas, gónadas) junto al cual se encuentra otro dinámico (manifestaciones psicológicas, sociales, en suma, el rol o la identidad sexual). De sólo el sexo estático corresponde a aquel dinámico, pero hay veces que ocurren desarmonías y, por consiguiente, nos encontramos con una diversa gama de tipos sicosexuales (homosexuales, hermafroditas, travestís y transexuales).

Creo que sucede con el transexual lo mismo que con el homosexual, en el sentido que, hasta hace no mucho tiempo, este último era considerado como un ser anormal, desviado, perverso, más bien enfermo y ahora, la homosexualidad es considerada por diversos organismos internacionales autorizados como una “variante sexual”. Si nos ponemos a pensar, el homosexual -a través del tiempo- siempre ha sido el mismo, quien ha cambiado ha sido la sociedad, en el hecho de tolerar y aceptar esta manera de ser diversa. Si bien es cierto que existe una gran diferencia entre el transexual y el homosexual, estos fenómenos tienen en común el hecho de constituir un problema también, pero no exclusivamente, sociológico: la presión social ejercida sobre estas personas genera una secuela de alteraciones psíquicas. En mi opinión, para complementar el cambio originado en estas personas, se necesita que la sociedad mire con diversos ojos esta situación existencial, por cuanto el problema no se resuelve sólo con una intervención quirúrgica, sino con la aceptación del grupo humano que rodea al individuo. Es aquí donde debe intervenir el derecho con la finalidad de atemperar los intereses del sujeto con aquellos de los terceros que pueden estar involucrados en esta decisión irreversible. A estos efectos, debemos dejar a un lado los prejuicios y escuchar más atentamente a la ciencia: es necesario distinguir el sexo, que se identifica con lo genital, del género, que es la proyección erótica del ser, en suma, su sexualidad.

Ha sido comprobado Científicamente que el problema de los transexuales no se resuelve ni con la psicoterapia (al menos en los adultos), ni con la terapia hormonal, Por consiguiente: “el cambio de sexo se justifica no como expresión de libre y arbitraria elección de la persona interesada, o de quien hace sus veces, sino como consecuencia de terapias y de intervenciones quirúrgicas dirigidas a secundar una natural tendencia, a evitar efectos negativos sobre la salud (por ejemplo; graves neurosis) y sobre el comportamiento de la persona”.

Sin embargo existen autores que sostienen que el sexo es definitivo e inmutable y consideran que el transexualismo es “una manifestación patológica de la sexualidad”, Frente a esta afirmación, cito un pasaje del dictamen de la Comisión Europea de los Derechos Humanos en el caso Rees contra el Reino Unido: “el Gobierno demandado no ha demostrado, a la luz de los conocimientos médicos más recientes, que el sexo

psicológico no sea un elemento de importancia primordial para la determinación del estado de la persona”. Así, partiendo de la premisa que el transexualismo no es capricho del individuo, sino un problema humano que sólo tiene solución con una intervención quirúrgica y que, en caso de desarmonía, más importante es la vivencia de la sexualidad (valga la redundancia, el sexo que se vive y se siente) que las limitaciones del cuerpo (o sea, el sexo entendido en un sentido estático) pasamos ahora al análisis del fenómeno bajo el perfil jurídico, deteniendo, en particular, la atención sobre algunos significativos modelos legales y jurisprudenciales diseñados en esta materia.

### **Cambio de Sexo y Orden Público.**

Dentro de la esencial y compleja compenetración existente entre los derechos de la persona, en la medida que todos ellos se refieren a un solo y mismo ser, debemos advertir la relación que existe entre la identidad personal, en cuanto interés prevalentemente subjetivo, y la necesidad del preeminente interés público representado por la exigencia de certeza en lo que concierne a la identificación del sujeto. Es así fácil apreciar cómo el derecho a la identidad personal se constituye como una situación jurídica subjetiva dentro de la cual confluyen el interés personal y aquel otro de orden público y social.

Es de interés social la identificación estática de las personas para poderlas ubicar e individualizar dentro de la sociedad. Esta identificación se materializa frecuentemente a través de las partidas que, relativas a cada sujeto, aparecen en el registro del estado civil. Los datos que ahí figuran deben corresponder a la verdad personal para satisfacer la exigencia comunitaria de certidumbre en lo que concierne a la identificación del sujeto. El interés público relativo a la exigencia de certeza en las relaciones intersubjetivas, comprende otros aspectos que no pueden ser descuidados cuando se indaga por soluciones jurídicas adecuadas al problema de la mutación de sexo. Existe una variada gama de consecuencias, en las que está en juego el interés público, como son las que se contraen al matrimonio, al servicio militar, a las sucesiones, a los casos de internamiento hospitalario o penitenciario, a las relaciones de trabajo, entre otras situaciones que requieren de certeza.

Existe, sin duda y como se ha remarcado, un innegable e insoslayable interés del ser humano en lo que atañe a la afirmación y reconocimiento social de su identidad personal, de la cual constituye elemento integrante la identidad sexual. Pero, y del mismo modo, en cuanto se trata de una situación jurídica subjetiva y en la medida que no existen derechos subjetivos absolutos, se observa una gravitación del interés social y público en lo que concierne al derecho a la identidad personal, Ello obliga al legislador y al juez, en su caso, y como ocurre en todas las situaciones jurídicas subjetivas, a buscar un justo equilibrio entre los intereses en juego, teniendo presente que la sociedad y el Estado están al servicio de la persona.

### **Cambio de Sexo: Efectos Jurídicos**

Como ya se explicó el Cambio de sexo es un proceso quirúrgico que tiene como objetivo cambiar la anatomía sexual ya sea de hombre a mujer o de mujer a hombre, y luego de realizado el cambio o reasignación de genitales se tendrá el sexo deseado y se adquiere o consolida la identidad buscada. El derecho sólo puede aceptar el concepto de “transexual verdadero” (o irreversible) ya que la aspiración del transexual, desde el punto de vista jurídico, es la modificación del nombre y la mención registral del sexo, para que se adecue al sexo “realmente” sentido y vivido. Los efectos no solo serán jurídicos, sino también sociales (matrimonio, adopción, relaciones familiares, ejército, centros penitenciarios, usos sociales...) y deben producirse dentro de un ordenamiento jurídico que sólo reconoce la existencia de dos sexos, y que no permite ni el matrimonio ni la adopción cuando se trata de personas del mismo sexo registral.

Partiendo del punto de vista de la dignidad de la persona humana y con ella su propia naturaleza, el ser humano, a causa de su dignidad personal, es un valor en sí mismo y por sí mismo. La dignidad constituye el fundamento de la igualdad de todos los hombres y, también, la base de la participación y la solidaridad

de los hombres entre sí, y sobretodo el fundamento del reconocimiento de todos sus derechos; a causa de esto, es posible que el transexual inicie un proceso de cambio de Identidad (nombre y sexo) en la partida de nacimiento, para tomar la identidad sexual que quirúrgicamente le corresponde y desarrollarse en la sociedad de acuerdo a la identidad adquirida vía judicial.

Y como consecuencia, el sujeto gozará de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo registral, esto es, el derecho a casarse, constituir una familia, a adoptar y otros efectos adicionales que derivan del propio matrimonio. Siendo esto así, consideramos que las consecuencias que deriven de las decisiones judiciales respecto al cambio de nombre y sexo respectivamente deben ser abordadas con mucha prudencia no sólo evaluando el problema desde una óptica estrictamente jurídica, sino también desde la óptica social.

Los argumentos del Tribunal Constitucional para negar la solicitud de esta persona y oponerse al matrimonio homosexual, se basan en el libro Nuevas tendencias en el derecho de las personas, de Carlos Fernández Sessarego. Los fragmentos escogidos para darle sustento a su decisión son los siguientes:

“Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar (...) tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y de los hijos, en particular si son menores de edad (...) Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán dos padres o dos mamás, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la formación del niño puede producir esta insólita situación”.

Sin embargo, el dato curioso es que la petición de esta persona ya ha sido admitida en parte pues en su DNI figura el nombre de una mujer, es decir, aparece la foto de una mujer, con el nombre de una mujer pero de sexo masculino. Los únicos votos a favor de esta petición fueron los de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez quienes consideraron que de no apoyar esta petición, “se perjudicaba la identidad del demandante, sino también su dignidad como persona”.

De esta forma, el TC estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría los principios de separación de poderes y de corrección funcional, pues tal matrimonio <sup>3</sup>/<sub>4</sub>en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil<sup>3</sup>/<sub>4</sub> debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes.

## **El Cambio de Nombre y Sexo en la Jurisprudencia Peruana.**

### **La Sentencia del 27 de Febrero de 1987 Pronunciada por un Juez Peruano de Primera Instancia**

La sentencia emitida por un juez peruano de primera instancia en lo atinente al cambio de sexo, de fecha 26 de febrero de 1987, dictada por el Vigésimo Segundo Juzgado en lo Civil de Lima, la misma que, al no ser apelada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Ministerio de Justicia, quedó ejecutoriada.

Es interesante analizar los extremos de dicha ejecutoria que acoge una demanda de cambio de sexo de varón a mujer y el consiguiente cambio de prenombre. Se trata del caso de un transexual, soltero, que por propia decisión se sometió a una intervención quirúrgica de adecuación de caracteres sexuales en una clínica de la ciudad de Lima, el 26 de junio de 1981. El recurrente, cuyo prenombre era Moisés según su partida de nacimiento, solicita en su demanda la rectificación, adición y cambio del antedicho prenombre

por el de "Natalie Gisella" y la consiguiente anotación del hecho en el registro de estado civil. El juez, de conformidad con lo opinado por el Fiscal Provincial, ordena que la demanda se entienda con el Procurador Público antes mencionado.

En los considerandos de la sentencia el juez estima que el supuesto jurídico planteado por el recurrente es sui generis en tanto se trata "de modificar la condición civil en su elemento sexo".

El juez constata que, "la presente acción no se encuentra regulada legalmente, por lo que es facultad del juez, la de no dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley". El artículo VIII del Título Preliminar, en efecto, obliga al juez a no dejar de administrar justicia por defecto o por deficiencia de la ley, debiendo aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

El juez al evaluar el problema sostuvo que el actor "ha sufrido un cambio sustancial en su personalidad al haberse sometido a una operación a fin de lograr dicho cambio sexual". Sin embargo, el cambio que advierte en la "personalidad" del actor en la dimensión de su sexualidad, no se produce como consecuencia de "haberse sometido a una operación" sino que, más bien, esta intervención ha permitido que, a nivel biológico, la apariencia física del transexual se adecue a los rasgos definitorios de "su personalidad", la misma que de tiempo se ha expresado a través de pensamientos y comportamientos, aspiraciones y modales, que son típicos de una personalidad del género femenino. Es decir, que su proyección social era la de "Natalie Gisella", no obstante que sus órganos genitales externos correspondieran a "Moisés", prenombre con que el recurrente figuraba inscrito en el registro civil.

El juez, para el efecto de sustentar su fallo, parte del supuesto que "es principio de carácter general que la evolución del derecho tiene que ir paralela a la evolución de la ciencia, a fin de regular situaciones o relaciones producidas en el ejercicio o descubrimiento de una labor científica aplicada al campo humano". Por otra parte, al sostener que no se debe permitir que en la realidad existan circunstancias que "hagan discutible la situación de las personas" -con lo que implícitamente alude al principio de certeza jurídica- Es decir que el fundamento del juez, se inscribe en el marco del derecho de la persona al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al no encontrar una norma pertinente que sustente su pronunciamiento, acude para el efecto al principio general que las "personas deben obrar dentro del principio de libertad establecido en el acápite a) del inciso veinte del artículo segundo de la Constitución del Estado, y que en el presente supuesto se ha cumplido puesto que no hay norma legal que lo prohíba". Es decir, que todo aquello que no está expresamente prohibido debe considerarse como permitido.

El juez, al amparar la demanda en su extremo referente al cambio de sexo, consideró que de este hecho derivaba la rectificación del nombre del recurrente a fin de hacerla acorde con su sexo, por lo que procedió a ordenar al Concejo Provincial de Lima para que no sólo modificara en la correspondiente partida del registro civil el sexo del recurrente, sino también se rectificara y adicionara su prenombre.

### **La Sentencia del Tribunal Constitucional.**

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano cuyo pleno jurisdiccional se efectuó el 20 de abril de 2006 referida al Habeas Corpus planteado por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) hace mención a una serie de aspectos de trascendencia jurídica. La presente sentencia aborda algunos aspectos desde la perspectiva del derecho civil dejando en claro que el caso desborda esta materia para ser observado desde diversas ópticas no necesariamente jurídicas.

Con fecha 09 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de habeas corpus contra el Jefe de RENIEC por habersele denegado por este organismo durante 04 años el otorgamiento de un duplicado de su DNI con los nombres con los que había planteado su demanda.

Consideraba que se vulneraban sus derechos constitucionales a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Para justificar su pretensión manifiesta que el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre rectificación de nombre que tuvo como resultado que el Poder Judicial ordenara la rectificación de nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas a Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, “conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad”. Es con dicha acta de nacimiento que oportunamente se le entregó el DNI N° 19327439 con los nombres de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, el mismo que se le extravió, y al tramitar su duplicado el RENIEC se le niega. Es este el motivo de su demanda. Debe indicarse, como señala el TC en su análisis del caso, que la parte demandante obtuvo dos inscripciones en fechas diferentes ante el registro Electoral, bajo distintos prenombrados (la primera, el 4 de mayo de 1976, como Manuel Jesús; y la segunda, el 26 de junio de 1989 como Karen Mañuca), y que cuenta con un mandato judicial a su favor de rectificación únicamente de nombres, de fecha 22 de marzo de 1989, mediante el que se modificaron los nombres consignados en su partida de nacimiento. Sin embargo con fecha 24 de mayo de 2000, y en virtud de un proceso de depuración del padrón electoral, se canceló la segunda inscripción y registro de la parte actora en aplicación del artículo 67°, inciso 4) de la Ley N° 14207- depuración de las inscripciones múltiples- a fin de evitar la multiplicidad de éstas.

En sus fundamentos el Tribunal Constitucional hace mención a lo que este denomina “Los problemas colaterales alrededor del presente caso”, los mismos que los delimita al desarrollo del Principio de Dignidad, el Derecho a la Identidad y el rol del Documento Nacional de Identidad, en concordancia con el inciso 10) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional, procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, en tanto conforma la libertad individual.

La parte demandante cuenta con una decisión judicial que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento, mandato que ha adquirido la calidad de cosa juzgada y que se encuentra vigente; en consecuencia la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a “Karen Mañuca”, quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original. Finalmente el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de habeas corpus y ordena al RENIEC otorgar a la parte demandante el duplicado de su DNI con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identificatorios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento.

### **Juzgado Mixto de Ferreñafe**

Del expediente N°: 2007-0636- Ferreñafe, Proceso de Cambio de Identidad y Rectificación de Partida de Nacimiento, incoado por el ciudadano “César Augusto” Paz Zuloeta, la juez del juzgado mixto de Ferreñafe, emitió sentencia de fecha 28 de setiembre del 2007, ordenando se deje sin efecto la partida de nacimiento N° 1235 del registro de nacimientos del año mil novecientos setenta, obrante ante el consejo provincial de Chiclayo, y se extienda una nueva partida de nacimiento a nombre “Ana Cecilia” Paz Zuloeta, acto procesal que fuera declarado consentido mediante resolución de fecha doce de octubre del dos mil siete del citado órgano jurisdiccional.

Que, recibido el citado mandato el Jefe de Registro de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Chiclayo procedió a cumplir el mismo aun cuando las normas legales vigentes, a la anulación y expedición de un nueva Partida de Nacimiento no resulta procedente de conformidad con lo dispuesto en el numeral 22° del reglamento de Inscripciones del Registros de Nacional de Identidad y Estado Civil- RENIEC.

Se advierte que el proceso judicial en cuestión viola flagrantemente disposiciones legales expresas como son la prohibición de anular una partida de nacimiento preexistente y expedir una segunda con nuevos datos identificatorios, toda vez que sólo resultan inscribibles taxativamente el nacimiento; el reconocimiento; la partida o maternidad declarada judicialmente; la acción contestataria de partida o maternidad (art.364 y 371 del Código Civil); adopción así como su renuncia y las ratificaciones dispuesta de conformidad con el art. 826 del Código Procesal Civil. En el presente proceso se omitió emplazar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil en su condición de titular y custodio del Registro Único de Identificación de las Personas Naturales, pese que la sentencia tendría que ser acatada y ejecutada por dicha identidad. Además la pretensión originalmente planteada por el demandante no fue la expedición de una nueva Partida de Nacimiento, tal y como fluye del texto de la sentencia, lo evidencia la afectación a un debido proceso.

La sentencia al no ser materia de impugnación fue declara consentida por resolución de fecha doce de octubre del dos mil siete<sup>2</sup>, por lo que la RENIEC, al encontrarse dentro de los seis meses que dispone el artículo 178 del Código Procesal Civil, ha planteado la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, en atención a la vulneración de normas de orden público de cumplimiento imperativo, como es el Reglamento de Inscripciones y la afectación del derecho de un debido proceso.

### **Juzgado Mixto de Monsefú**

Ante el Juzgado de Paz de Monsefú de la provincia de Chiclayo del Departamento de Lambayeque, don José Antonio, acude al órgano jurisdiccional, solicitando la rectificación de su partida de nacimiento, inscrita en el Registro Civil de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para que se le cambie su nombre de pila y sexo.

Funda su demanda en el hecho acaecido el 4 de octubre de 2001, en que fue intervenido quirúrgicamente con la finalidad de cambiar de sexo, en la ciudad de Barcelona -España; produciéndose, por esta vía, el cambio de genitales externos y vagina plástica cutánea peneana; alegando haber recibido antes de su intervención tratamiento psicológico y sicométrico que le ayudo al desarrollo de su personalidad normal; admitiendo que desde temprana edad tuvo desequilibrio hormonal que lo llevo a identificarse con el sexo femenino; y, por tanto, a demandar el cambio de sus nombres de pila “José Antonio” por “Josefa Antonia”, como la rectificación de la nominación del sexo masculino por el de femenino; incoando la acción de rectificación de su partida de nacimiento en la vía del proceso no contencioso.

El juez declara fundada la pretensión y ordena la rectificación de la partida de nacimiento, consistente en el cambio de los prenombrados del titular de dicha partida de nacimiento, ordenando suprimir los nombres de “José Antonio” y en su lugar figure los de “Josefa Antonia”; por lo que, en lo sucesivo, la nueva identidad del accionante será con dichos nombres. Ordena también suprimir la anotación que hizo el declarante del nacimiento, en cuanto indicia que se trata de un varón y, en su lugar, deberá aparecer como una niña o de sexo femenino.

En primer lugar, la sentencia se ampara en el artículo 29° del Código Civil, siendo competente para conocer de estos procesos el Juez de Paz Letrado, como lo establece el artículo 750° del Código Procesal Civil. El demandante, haciendo uso de uno de los principios fundamentales del procedimiento, que es el derecho a la tutela jurisdiccional, solicita la rectificación de su partida de nacimiento inscrita en el registro civil del Concejo Provincial de Chiclayo.

---

En ejercicio de sus derechos a la identidad y a la libertad previstos en el artículo 2º inciso 1) y 24) de la Constitución Política, el accionante se somete a una intervención quirúrgica de cambio de genitales externos y vagina plástica cutánea peneana, cuyo resultado fue la reproducción de labios mayores y vagina muy semejantes a los femeninos, como aparece del certificado médico otorgado en Barcelona-España el 9 de octubre de 2001. Este suceso fue plenamente acreditado y ratificado con la pericia médico-legal, que concluye que el paciente presenta rasgos propios del sexo femenino, en lo que respecta a las mamas, vello pubiano y grasa corporal, y en lo que corresponde a los genitales externos no existen los cuerpos eréctiles del pene ni testículos, y en la zona perineal existe la apariencia vulva expresada por la evaginación del pene y de las bolsas escrutales hacia la pseudo-cavidad originada por la extirpación total de los cuerpos eréctiles y de los cuerpos cavernosos y esponjosos del pene, se observa la amputación de la uretra y la formación de un área de consistencia dura que da la apariencia de clítoris. Todo ellos dando la imagen de un aparente órgano sexual femenino.

La doctrina reconoce que toda persona debe distinguirse jurídica y socialmente a través de uno o más signos que lo diferencien de los demás y que permitan su fácil identificación; y que ello se alcanza precisamente por medio del nombre, resultando claro, entonces, que las funciones primordiales que cumple el nombre son las de servir de instrumento de individualización e identificación de todos ser humano dentro de la sociedad, lo que precisamente se alcanza a través de la identidad personal, que es el derecho que cada ser humano tiene a que se respete su verdad personal. Es decir, que toda descripción que de él se haga de ajuste a la verdad, que sea fiel a sus características externas, pensamientos, actitudes y comportamiento social, en suma el perfil personal que le corresponde, incluyendo su identidad sexual que es el género de la identidad personal.

Entonces según el juez existen razones justificadas para que se ampare su pretensión, pues es evidente que, dentro del ámbito de la sociedad, el solicitante se desenvuelve como persona de sexo femenino, teniendo que utilizar sin embargo, documentación que corresponde a la del sexo masculino, que ocasiona una violación a su derecho a la identidad personal; por lo que, en defensa de los derechos humanos inherentes a la persona y en aplicación del artículo 2º inciso 1) de la Constitución Política del Perú y el artículo 29º del Código Civil, declaro procedente la variación del sexo inscrito en el Registro Civil; y, consecuentemente, la variación de su nombre que lo identifique con el sexo femenino.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional (TC) Exp. N° 00139 -2013-PA/TC declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por P.E.M.M. contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), en la que solicitaba el cambio de sexo en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y en su partida de nacimiento.

Los votos para declarar infundada la demanda de amparo fueron de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda quienes consideraron que la demandante no presentaba un caso de intersexualidad o hermafroditismo, lo que hubiese sido motivo de algún error al registrar el sexo, sino que es una persona transexual, es decir, alguien que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico en relación a su sexo.

Asimismo, la parte demandante señaló que, mediante un proceso judicial de cambio de nombre, obtuvo que éste fuera cambiado de un prenombre masculino a uno femenino. En su demanda de amparo sostenía la “teoría del sexo psicosocial”, que considera la “subjetividad” del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico, debe prevalecer el sexo psicológico.

El Tribunal advierte que declarar fundado el pedido de la parte demandante acarrearía, entre otras importantes consecuencias, admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, pues P.E.M.M. podría reclamar cuanto sea inherente a la condición legal de mujer, y un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

De esta forma, el TC estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría los principios de separación de poderes y de corrección funcional, pues tal matrimonio debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes.

Finalmente, el TC considera que el derecho a la identidad de P.E.M.M. se encuentra debidamente protegido con el cambio de prenombre de J.L. al prenombre femenino de P.E. De esta forma, este TC es del criterio, sostenido ya en la STC 2273-2005-PHC/TC, que en tutela del derecho a la identidad puede admitirse el cambio de prenombre, pero mantenerse intangible un elemento de identidad como el sexo de la persona.

### **Conclusiones**

El transexualismo, por su parte, se diferencia claramente de la homosexualidad. En el primer caso, el deseo de pertenecer al género opuesto es permanente y obsesivo, por lo que los transexuales están decididos a modificar su aspecto sexual mediante una dolorosa intervención quirúrgica a fin de adecuarlo al que corresponde a su propia vivencia. El transexual, siente profunda repugnancia por sus órganos genitales, a los que califica como el resultado de un “error de la naturaleza”. De otra parte, y en mérito a una honda convicción, no tiene un sentimiento de culpa en lo que atañe a sus relaciones amorosas y sexuales.

El homosexual, en cambio, carece de tales precisas características, de ahí que no esté decidido a modificar su morfología sexual ni experimenta repugnancia por sus órganos sexuales sino que, por el contrario, siente por ellos atracción y complacencia. De otro lado, los homosexuales, generalmente, tienen un sentimiento de culpa en tanto son conscientes de la anormalidad de su comportamiento.

Nuestro sistema jurídico contiene normas que protegen los derechos fundamentales de la persona que garantizan la vigencia y el respeto de esta desde que es un concebido hasta la muerte, como la Constitución Política y el Código Civil, sin embargo el transexualismo ha sido tomado como un tema netamente médico, psicológico y social, dejando de lado el ámbito de lo jurídico. Por lo que, se pretende en esta tesis, explicar los efectos jurídicos del cambio de sexo y señalar lineamientos sobre el tema que ayuden a la regulación del transexualismo y al cambio de nombre y sexo.

El Derecho Comparado ha dado diversas soluciones a este controversial tema, reconociendo los derechos del transexual y los efectos del cambio de sexo, otorgando sólo el cambio de nombre en la mención registral con el fin de eliminar discordancia entre el sexo adquirido y el nombre consignado en los documentos identificatorios, y en algunos países se ha determinado realizar el cambio de nombre seguido por el de sexo en la correspondiente mención registral. Sin embargo cada país ha incluido dentro de su legislación requisitos (el transexual debe haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de genitales) y limitaciones, un ejemplo de esto es no permitir la adopción.

En nuestro país se deben dar normas especiales que regulen el tema y se deben modificar algunos artículos de los códigos, en especial del Civil, con respecto al cambio de nombre, matrimonio, adopción y sucesiones y la Constitución debe agregar como motivo de no discriminación a la orientación sexual, dejando en claro de esta manera que el estado garantiza la seguridad y el respeto de los derechos no solo del transexual sino también de todas las personas que se sienten atraídas por su mismo sexo, como los homosexuales: travesti, gays y lesbianas, etc.

Las acciones judiciales iniciadas por los transexuales, respecto al cambio de Identidad, obedecen más aun animo de solicitar el reconocimiento de los derechos y obligaciones - que por añadidura del cambio del sexo pueda derivar - que a la exigencia de rectificar un error de género de la especie, pero no por ello deja de generar incertidumbre en la comunidad jurídica y sociedad en general por las insospechadas consecuencias que una decisión judicial puede generar.

El derecho no debe mantenerse ajeno a esta realidad, por lo que legislaciones internacionales, ya han regulado con respecto al tema en cuestión. Sin embargo, en nuestra legislación nacional existe un vacío legal encontrándose la transexualidad como un fenómeno social, sin regulación jurídica y generando incertidumbres y problemas legales dado que la codificación Civil regula únicamente el cambio de nombre mas no el de sexo, es decir, que un transexual podrá solicitar su cambio de nombre, sin embargo no subsume el supuesto de cambio de sexo.

Pero este problema social con repercusiones jurídicas, afirma que la aprobación del problema en todas sus implicancias motiva el convencimiento de que corresponde atender a la petición de definir la identidad en sí misma y como derecho, la identidad personal, de género y, lo relativo a la Identidad sexual y específicamente el reconocimiento del derecho a la Identidad sexual de los transexuales. Así como todo lo referente a la problemática del Transexualismo y el denominado Cambio de Sexo, su implicancia y sus o efectos en el ámbito jurídico.

La estructura de la tesis materia de investigación se ha elaborado en siete capítulos, con la finalidad de comprender, ante un problema tan complejo, casi todos los temas y aspectos encajados en el estado de la materia con el propósito que nos permitiera al final resolver las interrogantes y comprobar las hipótesis planteadas. Además se resalta la casuística y doctrina existentes en el Derecho Comparado, las que ayudan al planteo y solución de los problemas surgidos en torno a la transexualidad y cambio de sexo.

Finalmente, se observa también que el Tribunal Constitucional no afirma que el modelo constitucional familiar peruano se refiere únicamente a uniones (matrimoniales o extramatrimoniales) heterosexuales, por lo cual no se descarta que en un futuro pudiera reconocerse a las uniones homosexuales como una forma familiar tutelada.

## **Referencias**

Fernandez Sessarego, C. Nuevas Tendencias en el Derecho de las personas, Departamento de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima-Perú, 1ra Edición, diciembre 1990. Pág.205-207.

Espinoza Espinoza, J. Derechos de las Personas, Editorial HUALLAGA, Tercera Edición, Lima – Perú, Octubre 2001.Pág.171-174.

Fernandez Sessarego, C. Nuevas Tendencias en el Derecho de las personas, Departamento de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima-Perú, 1ra Edición, diciembre 1990. Pág.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de abril de 2006 – Comentada por Jairo Cieza Mora, “El Cambio de Sexo y el Derecho a propósito de la Reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano”, Abogado, Jefe de Práctica de Derecho Civil I en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Docente adjunto de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Sentencia recogida de: <http://www.derechocambiosocial.com>

Expediente N°: 2007-0636- Ferreñafe, Proceso de Cambio de Identidad y Rectificación de Partida de Nacimiento, incoado por el ciudadano César Augusto Paz Zuloeta

Fernandez Sessarego C.. Nuevas Tendencias en el Derecho de las personas, Departamento de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima-Perú, 1ra Edición, diciembre 1990. Pág.221-222.

Alegre Rubina, M., Abogado, Maestría en Derecho Civil USMP, Perú - Junio de 2008.

Fernandez Sessarego C. Nuevas Tendencias en el Derecho de las personas, Departamento de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima-Perú, 1ra Edición, diciembre 1990. Pág.233-23.

<http://www.larepublica.pe/06-05-2014/tribunal-constitucional-rechazo-solicitud-de-cambio-de-sexo-en-dni>.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pwY7LQRXCMJ:utero.pe/2014/05/06/una-persona-pidio-cambiar-de-sexo-en-su-dni-no-vas-a-creer-por-que-el-tc-se-ego/+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe>