

## EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL CAMBIO REGISTRAL VOLUNTARIO DE NOMBRE Y/O GÉNERO (MASCULINO / FEMENINO)



DRA. TERESA DE JESÚS SEIJAS RENGIFO<sup>1</sup>

**SUMARIO.-** PROBLEMAS QUE EL TEMA PLANTEA EN EL CAMPO JURÍDICO. PROBLEMÁTICA JURÍDICA SOBRE EL CAMBIO DE NOMBRE POR CAMBIO DE GÉNERO EN EL PERÚ. DIVERSIDAD SEXUAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ¿POR QUÉ UN TRANSEXUAL DEBE TENER LA OPCIÓN DE CAMBIARSE DE NOMBRE Y DE GÉNERO? CONSECUENCIAS DEL CAMBIO DE NOMBRE. EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL: EL CAMBIO DE NOMBRE Y EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD. RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES A FAVOR DEL CAMBIO REGISTRAL DE GÉNERO. EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO. COLOFÓN. BIBLIOGRAFÍA.

### RESUMEN

Los adelantos de la ciencia han permitido que exista un tipo de cirugía que ha adquirido gran desarrollo en los últimos tiempos, relacionada con el transexualismo, es decir, para el caso en que no coincida el sexo orgánico y el psíquico, afectando el comportamiento total del individuo, razón suficiente para que consideren valedera la terapéutica como solución que le llevará a la normalidad en el aspecto legal, sexual y social, por cuanto el tratamiento psiquiátrico acompañado de hormonas no ha logrado ofrecerle perspectivas optimistas, debido a que su duración es excesiva (varios años), sin que finalmente se consiga los resultados deseados, por lo que la

situación del transexual se vuelve más angustiosa.

Como ha sido mencionado, mediante la intervención quirúrgica para el cambio de género, llamada demoledora y reconstructiva, se amputa y extrae los órganos sexuales originarios, acoplándose los del signo externo artificialmente, acompañado del tratamiento hormonal; y, no obstante la perfección estética de este tipo de intervenciones, la capacidad de procreación del paciente desaparece una vez efectuada la intervención.

Si bien con la cirugía se consigue superar la disociación entre su configuración biológica y

<sup>1</sup> SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Doctora en Derecho UNMSM, Magister en Derecho Civil Comercial y en Ciencias Penales USMP. Docente Universidades Nacionales Federico Villarreal y UNMSM, en Pre y Post-Grado; ULima; Docente invitada de la Universidad Nacional de Piura, Escuela de Post-Grado, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga.



su perfil psicosocial, ésta comporta sólo la adecuación morfológica de los caracteres sexuales externos del sujeto al sexo sentido, deseado, sin que se cambie la estructura biológica, la conformación genética y cromosómica del sujeto, las que se mantienen inalterables después de la operación. Sin embargo, la aspiración final del transexual es el que se le reconozca jurídicamente en su nuevo estado, en cuanto a su género, capacidad civil, logrando así el consiguiente cambio registral de sexo y pre-nombre en el Registro de Estado Civil.

#### SUMMARY

The advances of Science have permitted the existence of a type of surgery which has acquired a huge development in the last years related with transsexualism, it means, for the case the organic sex and the psychic sex do not coincide, affecting the total behavior of the individual, enough to consider the therapeutics valid as a solution that will lead to the normality in the legal, sexual and social aspects the psychiatric treatment along with hormones have not obtained the offer of optimist perspectives, because its last is excessive (many years), without getting the wanted results, that is why the transsexual's situation became more distressing.

As it has been mentioned, through the surgical intervention for the sex change called devastating and reconstructive, the origin sexual organs are amputated and extracted putting together all the characteristics of the appearance artificially, as well as the hormonal treatment; and, despite of the esthetic perfection of this type of interventions, the capacity of procreation of the patient disappears once the realization of the surgery.

Even the surgery exceed the disassociation between the biological configuration and the psychosocial profile, this contains only the morphologic adaptation of the extern sexual characters of the individual holding the sex sense wanted without changing the biological structure, the genetic and chromosomal composition of the person, which maintain unchangeable after the surgery. However, the

final aspiration of a transsexual is to be recognized juridically in his or her new situation, about the genre, civil capacity getting the consequent registered change of sex and pre-name in The Civil Register

#### PALABRAS CLAVE

Ciencia. Ciencia jurídica. Bases y perspectivas para la inserción del cambio registral voluntario de nombre y/o género en el Derecho Civil y Procesal Civil

#### KEYWORDS

Science. Lawful science. Perspectives for the introducción the register change's name and/o genre in the Civil Law and the Process Civil Law

#### INTRODUCCION

Los adelantos de la ciencia han permitido que exista un tipo de cirugía que ha adquirido gran desarrollo en los últimos tiempos, relacionada con el transexualismo, es decir, para el caso en que no coincida el sexo orgánico con el psíquico, afectando el comportamiento total del individuo, razón suficiente para que consideren valedera la terapéutica como solución que le llevará a la normalidad en el aspecto legal, sexual y social, por cuanto el tratamiento psiquiátrico acompañado de hormonas no ha logrado ofrecerle perspectivas optimistas, debido a que su duración es excesiva (varios años), sin que finalmente se consiga los resultados deseados, por lo que la situación del transexual se vuelve más angustiosa.

Como ha sido mencionado, mediante la intervención quirúrgica para el cambio de género, llamada demoledora y reconstructiva, se amputa y extrae los órganos sexuales originarios, acoplándose los del signo externo artificialmente, acompañado del tratamiento hormonal; y, no obstante la perfección estética de este tipo de intervenciones, la capacidad de procreación del paciente desaparece una vez efectuada la intervención.

Si bien con la cirugía se consigue superar la disociación entre su configuración biológica y su perfil psicosocial, ésta comporta sólo la adecuación morfológica de los caracteres



sexuales externos del sujeto al sexo sentido, deseado, sin que se cambie la estructura biológica, la conformación genética y cromosómica del sujeto, las que se mantienen inalterables después de la operación. Sin embargo, la aspiración final del transexual es el que se le reconozca jurídicamente en su nuevo estado, es decir su nuevo género, o que sin necesidad del cambio de género se le permita el cambio registral de su pre-nombre en el Registro de Estado Civil, en respeto a su derecho a la identidad.

### PROBLEMAS QUE EL TEMA PLANTEA EN EL CAMPO JURÍDICO

En el terreno jurídico se plantean serios problemas:

· **Penalmente:** La intervención quirúrgica de adecuación de los genitales, podría encuadrarse dentro del tipo de lesiones graves regulada en el Art. 121 del Código Penal vigente, por cuanto se trata de la mutilación de un miembro principal del cuerpo, volviéndolo impropio para su función; consecuentemente, adquiere una anomalía psíquica permanente.

Frente a ello, el jurista ESPINOZA es de la opinión, que la cirugía del transexual realizada por un médico especializado, debe ser excluida específicamente del ámbito de aplicación del Art. 121 del Código Penal, a fin de evitar problemas de índole interpretativo. Las modificaciones morfológicas artificiales de la cualidad gonádica y hormonal no tienden a corregir un error de inscripción en el Registro Civil, sino a sustituir una inscripción que es exacta por otra creada artificialmente.

Los que opinan que implica una atentado contra la integridad corporal por cuanto se trata de un bien jurídico indisponible señalan que es contrario a las buenas costumbres y al orden público. Los que opinan que se trata de una operación lícita señalan que comporta la armonización de la sexualidad corporal y psíquica de una persona y su integración posterior en la sociedad sin conflicto alguno. En el transexual existen graves riesgos de desequilibrio en su personalidad, al existir un rechazo total a la propia sexualidad somática que es considerada como anómala.

Sabido es que la salud comprende una pluralidad de dimensiones en el ser humano, con las repercusiones sociales que implica su imperfección, como es el caso de la marginación; y sabido es, que la salud psíquica desempeña un papel importante en la consideración global de la salud. En consecuencia, si el facultativo estimara que la solución terapéutica consiste en el cambio de sexo corporal para lograr la armonización de la personalidad del paciente no existiría obstáculo alguno para la realización de la intervención quirúrgica oportuna.

Indudablemente, es precisa la indicación médica respecto al dictamen correspondiente emitido por el psiquiatra, en el sentido conocido de ponderación de beneficios y riesgos para el paciente, es decir, las ventajas y desventajas terapéuticas, así también, será preciso el sometimiento a la *lex artis*.

El facultativo tiene que ponderar lo que es más valioso para la salud del paciente:

- 1) La capacidad de procreación, toda vez que la anulación de esta implica una disminución de la integridad corporal
- 2) Su equilibrio emocional, en relación a su comportamiento como persona. Porque mientras que la pérdida de la capacidad de procreación afecta a una faceta muy importante del ser humano en cuanto a la posibilidad de tener hijos, el desequilibrio psíquico alcanza al desarrollo total de la personalidad del individuo y a sus relaciones con los demás, lo cual puede inclinar a que se proteja prioritariamente esto último.

· **Civilmente:** Sin pecar de moralista, soy del parecer, que la práctica de esta intervención quirúrgica es contraria a las buenas costumbres, toda vez que atenta contra la dignidad, la moral dominante, sentimiento este mayoritario de la sociedad que la rechaza. Además constituiría un atentado contra el orden público por cuanto las modificaciones morfológicas artificiales de la cualidad gonádica y hormonal no tienden a corregir un error de inscripción en el Registro Civil, sino a sustituir una inscripción que es exacta, por otra creada artificialmente, pues la filiación, apellidos, matrimonio, nacionalidad,



patria potestad, etc. son datos que permanecen invariables en la gran mayoría de personas a lo largo de su vida, pero dado el caso, la ley prevé la rectificación de todos ellos.

Actualmente, en lo referente a las rectificaciones contenidas en el Título VII del Código Civil "Registro de Estado Civil" Arts. 70 a 75 derogados por la 3ª Disposición Final de la Ley Nº 26497 (12 Jul 1995) se concede atribuciones a los Notarios a efectos de que realicen estas rectificaciones. En cuanto a la Rectificación en el Registro Civil del cambio de nombre por cambio de género no se regula en la legislación. Actualmente, la solución que se da a las solicitudes es vía aplicación del derecho a la libertad ligada al derecho a la vida o como un reconocimiento de la personalidad jurídica, por la que se supone la posibilidad natural de todo ser humano de realizarse libremente, a decidir por un proyecto de vida dentro del bien común, lo que supone, que es libre de poder hacer todo aquello que está jurídicamente permitido y no esté expresamente prohibido, siempre que no atente contra el derecho ajeno, el interés social y no signifique un abuso del derecho.

Otra solución al problema se con la aplicación del Art. 3 de la Constitución vigente, por el que se protege el derecho de dignidad del hombre (identidad sexual). Lo expresado quiere decir, que la ausencia de un derecho subjetivo expreso, consignado en el orden jurídico, no debe impedir la tutela de un derecho de la persona que se deriva de su propia dignidad humana.

· **Procesalmente:** La acción para solicitar la modificación registral de la condición civil en lo relativo al sexo y prenombre puede realizarse vía no contenciosa, en aplicación del Art. 749 inc. 12) del Código Procesal Civil el cual prescribe el trámite no contencioso para las solicitudes que a pedido del interesado y por decisión del Juez carezcan de contención; artículo éste que debe ser concordado con el Art. 826 del acotado cuerpo de leyes, del que deberá hacerse una interpretación exegética, evitándose de ese modo que por vía de conocimiento se dilate la convalidación judicial de un hecho real y concreto.

El citado Art. 826 del Código Procesal Civil, si bien sólo prescribe la rectificación del prenombre y sexo por inexactitud, por inscripción errónea o por hechos o circunstancias que motivaron la inscripción, no menos cierto es, que haciéndose una interpretación exegética del referido artículo, párrafo segundo, en concordancia con el principio del derecho a la libertad de la persona para poder lograr su desarrollo y bienestar, su identidad, resulta procedente el cambio de prenombre y sexo en la partida de nacimiento, por cuanto al citado artículo no prescribe en forma específica la causal para solicitar tal rectificación como lo podría ser el hecho que se trate de una especificación errónea de sexo o prenombre o por haberse cambiado la persona el sexo.

Del mismo modo, el Art. 29 del Código Civil tampoco lo precisa, simplemente hace referencia de que ésta procede por motivos justificados mediante autorización judicial. Consecuentemente, o bien se rectifica aplicando los mencionados dispositivos o de lo contrario se actualiza el instrumento jurídico existente, acorde con la sociedad en transformación, admitiendo de ese modo el cambio de sexo y prenombre como consecuencia de la terapéutica de cambio de género; y ello, porque si bien en nuestro país no se practica actualmente este tipo de operación, no puede evitarse el hecho de que la persona lo realice en el extranjero y luego vuelva al país, encontrándose con la paradójica situación legal conforme a un sexo y la social y personal conforme a otro, lo que le supone constantes conflictos tanto al interesado como a la sociedad.

Lo expuesto no impide reconocer la existencia en nuestro ordenamiento de una laguna legal para resolver variadas implicancias que supone el cambio legal de sexo en una persona adulta, hecho éste que debe tener en cuenta el facultativo que desee realizar la operación, ya que no sólo se trata de la anulación de un sexo para dar pase a otro, sino que además anulará el sexo de una persona frente al Derecho, ya que al no contemplarse tal situación (cambio de sexo) se crea el rechazo de la sociedad al no estar



admitido dentro de las buenas costumbres, el orden público, traducido ello en leyes.

De ahí que el médico si bien no se encuentra impedido de realizar tal operación, tampoco por hacerlo puede dejar al individuo en desamparo legal frente a su nuevo sexo, ya que ello le causaría serios perjuicios sociales, por lo menos hasta que se expida la norma. Consecuentemente, o bien se rectifica la norma aplicando los mencionados dispositivos o de lo contrario se actualiza el instrumento jurídico acorde con la sociedad en transformación, admitiendo el cambio de sexo y prenombre como consecuencia de la terapéutica de cambio de sexo, porque si bien es cierto que en nuestro país actualmente no se practican estas operaciones, no menos cierto es que no puede evitarse el hecho de que la persona lo realice en el extranjero y luego vuelva al país y se encuentra con la paradójica situación legal conforme a un sexo y la social y personal conforme a otro, lo que supondría un constante conflicto tanto al interesado como a la sociedad.

En este sentido existe jurisprudencia nacional:

- La publicada en la Revista "Autos y Vistos" de Gaceta Jurídica, respecto a la Sentencia de la Corte Suprema en 1992
- La sentencia del 22 Juzgado Civil de Lima de 1987 publicada en el Libro de Derecho de las Personas del doctor **FERNÁNDEZ SESSAREGO**
- La del 6º Juzgado Civil de Lima de 1994 y 2º Juzgado Civil del Callao de 1993 publicadas por el jurista **ESPINOZA** en la Rev. Aequitas Año 2, N° 2, Centro Cultural Cuzco, Lima, 1996, que texto más adelante.<sup>7</sup>

El procedimiento judicial que conduce al cambio de género en los países que lo han legalizado, tales como Suecia, Alemania, Italia, tiene como finalidad la adecuación de la partida de nacimiento al nuevo estado sexual adquirido

por el sujeto como consecuencia de una intervención quirúrgica autorizada por el Juez, teniendo a la vista una pericia médico-legal. Al respecto, el doctor jurista Espinoza hace la siguiente reflexión ¿si las intervenciones quirúrgicas de adecuación de los órganos genitales externos constituyen un reconocimiento jurídico del cambio de sexo o un reconocimiento jurídico del cambio de nombre por cambio de sexo?.

El cambio de género supone de una parte una adecuación morfológica para destruir una disociación entre el sexo biológico y el psicosocial; y de otro lado significa, una modificación de carácter jurídico que tiene que ver con el género y el prenombre anotados en el Registro de Estado Civil. A pesar de no estar regulado en nuestra legislación vigente la rectificación de partida en cuanto a sexo y prenombre como consecuencia de cambio de sexo, la jurisprudencia anotada demuestra que ésta se está llevando a cabo sin las formalidades requeridas, tales como:

a) Cuando se determina por sentencia, si el caso se trata de un hermafrodita, un transexual o de otra tipología intersexual; por cuanto los efectos de la decisión judicial tienen consecuencias distintas; pues la cirugía del transexual es de carácter innovativo con efectos ex-nunc (desde la fecha en que se dicta la sentencia), mientras que la cirugía del hermafrodita es de carácter correctivo con efecto-tunc (retroactiva a la fecha del nacimiento).

a) Al demandarse debe adjuntarse obligatoriamente el Informe Psiquiátrico en el sentido de ponderación de beneficios y riesgos terapéuticos para el paciente, el que debe ser ratificado por el otorgante así como por peritos judiciales.

b) El sometimiento del médico a la *lex artis*; debiendo ponderar lo que es más valioso para la

<sup>7</sup> SEIJAS Rengifo, Teresa de Jesús, Código Civil, Introducción Título Preliminar, Personas E. Gráfica Horizonte, Lima, 2001, p. 277 e Instituciones de Derecho Civil Contemporáneo, de la misma autora, 6ª Edición, Talleres Gráficos de Andrés Timaná Franco SAC, Lima, marzo, 2009



salud del paciente: si su capacidad de procreación, por cuanto su anulación implica una disminución de la integridad corporal; o si lo es su equilibrio psíquico en relación al comportamiento total como persona.

e) La autorización es previa para someterse a la intervención quirúrgica de adecuación de los genitales, bajo sanción penal en caso de incumplimiento (delitos de lesiones graves).

d) Que el transexual sea mayor de edad, esterilizado y soltero.

e) Que sea entrevistado por el Juez antes de la sentencia, a fin de que pueda emitir un correcto pronunciamiento sobre la inclinación del cambio de género solicitado al valorar las pruebas con mayor claridad.

f) Que luego de autorizarse judicialmente el cambio de género, ex-nunc se autorice el cambio registral de sexo y prenombre en la partida de nacimiento.

Todas estas pautas deben tenerse en cuenta, por cuanto se han presentado casos en que luego de realizada la cirugía, el paciente se encontraba arrepentido, y tratándose de un viaje sin retorno<sup>1</sup> muchos de ellos han llegado al suicidio y otros han caído en depresión permanente.

### PROBLEMÁTICA JURÍDICA SOBRE EL CAMBIO DE NOMBRE POR CAMBIO DE GÉNERO EN EL PERÚ

Es preciso mencionar antes, que respecto a la Adecuación del sexo y dentro de este el cambio de sexo y el consiguiente cambio nombre, en nuestra Legislación sustantiva y adjetiva, no se encuentra específicamente regulado, es decir, no se precisa si se permite o se prohíbe. Así tenemos un conjunto de fundamentos que hacen posible jurídicamente, la adecuación del sexo y el consiguiente cambio de nombre, ellos son:

- 1) Derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- 2) Derecho a la identidad personal.
- 3) Derecho a la salud.
- 4) Derecho a la disposición del propio cuerpo por razones médico - quirúrgicas.

Existiendo una trilogía básica entre los Derechos Fundamentales de la persona:

- a) Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.
- b) Derecho a la vida.
- c) Derecho a la identidad personal.

Es así que toda persona tiene derecho a que se le reconozca como hombre o como mujer, no sólo en función del dato cromosómico, sino principalmente, sobre la base de la libre opción del sujeto, por el que tiene libertad de vivir su propia sexualidad. El transexual tiene el derecho a que se respete, la proyección social de su personalidad, es decir, que se le reconozca el que es y no otro. Pero este derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad debe estar enmarcado dentro del bien común y el respeto al derecho ajeno, el orden público y las buenas costumbres, por ello solo debe aceptarse y regularse frente al caso del genuino transexual, quien tiene derecho a vivir de conformidad con su proyecto existencial.

#### - Orden público y buenas costumbres

Para poder explicar la relación que existe entre el orden público y las buenas costumbres, es necesario antes conocer el concepto de cada una de ellas.

#### a) Orden Público

El concepto de orden público se modifica continuamente, en la medida que evoluciona la sociedad, es por ello que se puede sostener que el orden público esta compuesto por principios no sólo jurídicos sino también sociales, económicos, morales, entre otros; sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Lima, 2003.

<sup>2</sup> RUBIO CORREA, Marcial, El Derecho Civil, Lima, 1997



En la actualidad existen varias concepciones sobre orden público, entre las más importantes tenemos:

• La del jurista **MARCIAL RUBIO** expresa, que el orden público puede ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas.<sup>8</sup>

• A su vez el jurista **JUAN ESPINOZA** refiere, que "el orden público es el conjunto de principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coercitivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)"<sup>9</sup> De este concepto se infiere que el citado jurista toma el concepto dado por **MESSINEO**, por estar de acuerdo con él.

• A su vez, para el jurista **HORACIO DE LA FUENTE** "el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares."<sup>10</sup>

• En el Código Civil editado por **EDITORIAL GRJLEY** se conceptúa como orden público, conforme a la doctrina imperante, aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas,

sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; asimismo, se caracteriza por el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares"<sup>11</sup>

#### **b) Buenas Costumbres**

Hablar de buenas costumbres denota que el adjetivo calificativo "**buenas**" no es otra cosa que la incursión de la moral en el Derecho, específicamente en el Derecho Consuetudinario. Las buenas costumbres deben ser entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social.<sup>12</sup>

Podemos entonces decir, que las buenas costumbres son básicamente una moral objetivada, a aquello que el consenso social considera moral; es por ello que forma parte de la ética, por cuanto regula la vida interior del hombre; además posee trascendencia social y jurídica al contribuir a una sana, recta y pacífica convivencia. En nuestro país las buenas costumbres tienen como marco de referencia la cultura occidental cristiana, así como los presupuestos y valores jesuíticos.<sup>13</sup>

#### **c) Relación entre el orden público y las buenas costumbres**

La primera relación se da, cuando se afirma que el orden público es un conjunto de principios sobre los que se basa la estructura y funcionamiento de la sociedad; y a las buenas costumbres, como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral, llegándose así a la conclusión forzosa que la relación entre ambos es de género a especie<sup>14</sup>. Se puede decir entonces, que la costumbre es una especie del orden público.

<sup>8</sup>ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, Lima, 2003.

<sup>9</sup>DE LA FUENTE, Horacio, Orden Público, Buenos Aires 2003.

<sup>10</sup>GRJLEY, Código Civil, Lima 2006.

<sup>11</sup>MESSINEO citado en el libro de ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, Lima 2003.

<sup>12</sup>GARCÍA TOMA, Victor, Introducción a las Normas Jurídicas, Lima 2001.

<sup>13</sup>ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, Lima, 2003.



Otro punto que las liga es que el orden público es impuesto por las normas básicas requeridas para la coexistencia social pacífica<sup>11</sup>, dado que esta conformado por un conglomerado de normas destinadas a regular las relaciones individuales y las de la sociedad en conjunto, siendo la suma de principios religiosos, morales, políticos y económicos orientados a la coexistencia social pacífica.

Otro punto que comparten el orden público y las buenas costumbres es que ambos poseen normas generales. En el Código Civil peruano se da la relación de ambas para poder obtener como fin la convivencia pacífica; a nuestro parecer el orden público es concebido mayoritariamente como un ordenamiento jurídico y posee un carácter sociológico, mientras que las buenas costumbres se enmarcan en el aspecto moral; ambas cosas son importantes ya que son necesarias para poder conseguir de esta manera el bienestar general.

María Alejandra González Luna, en su articulado titulado "Cambio de nombre y de sexo en los transexuales, desde una mirada del Derecho Constitucional, realizó un comentario respecto a la Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, (Abril 2006) en la que el peticionante obtuvo sentencia favorable del Tribunal Constitucional para poder cambiar su nombre a Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, recién en julio del 2008 logró obtener el DNI con su nuevo nombre. Sin embargo, el sexo continúa siendo masculino. Karen es un transexual que, tras una dura lucha llena de prejuicios y discriminación, logró obtener un nombre que va con lo que ella sentía ser: una mujer. Es en sentido que expresaba: Género, identidad de género, sexo e identidad sexual ¿Pero qué es exactamente un transexual, qué lo diferencia de los homosexuales, lesbianas?

Es poco lo que se ha escrito sobre transexuales en la doctrina peruana cuando se habla de diversidad sexual. En este artículo empezaremos por tratar de dejar en claro estas diferencias, con la finalidad de analizar cuáles son los derechos que están en juego en un caso como el de Karen.

El primer concepto clave que debemos tener claro es la diferencia de "sexo" con el "género". El concepto género, proviene de un esfuerzo por rescatar la distinción sexual de sus condicionamientos biológicos, determinando así una nueva concepción del sujeto. Su impulso primario se define al sustraer características asociadas a lo femenino como condición fisonómica de la mujer, proponiéndolas como dispositivos culturales adquiridos en complejos procesos colectivos e individuales.<sup>12</sup> Por ejemplo, muchas veces se le atribuye a la mujer las labores domésticas y al hombre el deber de sostener al hogar, roles que no tienen que ver con la condición física de la mujer o del hombre.

La identidad de género es sentirse varón o mujer según los modelos sociales de la cultura en que se vive. Esta identificación es consecuencia del proceso de socialización con el modelo social masculino o femenino, y resulta determinante para asumir el papel (rol) de género en cuanto a la uniforme conducta esperada socialmente, asumiendo funciones y posiciones particulares en términos socialmente aceptados, los que no necesariamente corresponden a su sexo. (Oackley, 1997)<sup>13</sup> En cambio, el sexo tiene que ver con las características biológicas que hacen a una persona hombre o mujer. El sexo está determinado por varios factores:<sup>14</sup>

- Sexo Cromosómico: es el sexo con el que nacemos, y que hasta el momento los

<sup>11</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Derecho Civil en sus Conceptos Fundamentales*. Lima 2000.

<sup>12</sup> JIMÉNEZ JARA, Paula Fernanda, *Género y Justicia Comunitaria. Propuestas para el trabajo en Red*. Red de Justicia Comunitaria. Bogotá 2004.

<sup>13</sup> MANSILLA, María Eugenia, *La socialización diferencial por sexo*. CONCYTEC. 1996, p. 54.

<sup>14</sup> CHENET Carrasco, Nelly, *Consecuencias jurídico-legales de las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo: análisis de la problemática de la identidad sexual en el Sistema Jurídico Peruano*. PUCP. Lima, 2000.





científicos no han podido variar. Las mujeres nacemos con el cromosoma XX y los hombres con el cromosoma XY.

- **Sexo gonádico:** depende de las glándulas reproductivas, las cuales están vinculadas al sexo cromosómico. Las personas con cromosoma XX tienen ovarios, y las personas con XY tienen testículos.

- **Sexo hormonal:** depende de las hormonas producidas por los testículos o los ovarios, las cuales determinan las características de género, masculinas y femeninas.

- **Sexo genital:** se refiere a los órganos sexuales externos, y a las características secundarias en la forma del cuerpo.

Cuando todas las características de los factores que determinan el sexo coinciden en lo femenino estamos ante una mujer, y cuando coinciden en lo masculino estamos ante un hombre. Pero no siempre es así. Por ejemplo, a veces las personas tienen ovarios y testículos, a ellas se les llama hermafroditas.

Por lo tanto, la identidad sexual dependerá de la combinación de los factores que determinan el sexo. Salvo excepciones, el sexo es con el que se nace y con el cual se inscribe en el Registro Civil. Pero también es posible hablar de un sexo dinámico, referido a la actitud sicosocial del sujeto.<sup>15</sup>

En el caso de los homosexuales y lesbianas, ellos se sienten contentos con su cuerpo y sus órganos genitales, pero sienten atracción por personas de su mismo sexo cromosómico. En cambio los transexuales, desean pertenecer al sexo opuesto, a tal punto que están dispuestos a someterse a una intervención quirúrgica de adecuación a sus genitales.<sup>16</sup> Los transexuales se sienten en un cuerpo que no les corresponde, por eso es tan importante para ellos cambiarse de sexo físicamente y en el registro civil.

## DIVERSIDAD SEXUAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El desarrollo de este tema por el Tribunal Constitucional es casi nulo. Son pocas las sentencias que se refieren a la diversidad sexual, oportunidades que han sido desaprovechadas por el máximo intérprete de la Constitución quien se refirió al tema de manera escueta. Casi se podría decir que evitó desarrollar y definir conceptos y derechos de las personas con distinta orientación sexual.

En la **STC N° 2868-2004-AA/TC**, resuelve el caso de un integrante de la Policía Nacional (PNP) que se casó sin permiso de la institución, y con un transexual. El Tribunal resuelve a favor del integrante de la PNP, pero no desarrolla si un transexual tiene o no derecho a contraer matrimonio, ya que en el caso no se puede determinar si la pareja del policía era o no transexual debido a plastias previas en órganos genitales.

Mediante la **STC N° 03605-2005-AA**, el TC reconoce las uniones de hecho como una forma de familia que trae consecuencias distintas a las del matrimonio; pero no menciona las uniones entre homosexuales, lesbianas y transexuales.<sup>17</sup>

Finalmente, en la **STC N° 2273-2005-PHC/TC**, se permite a un transexual cambiarse de nombre que vaya con su identidad sexual y de género, ya que Karen ahora tiene cuerpo de mujer, y se siente e identifica como tal.

En el fundamento 15, el Tribunal reconoce que el sexo está compuesto por diversos elementos, pero sólo se toma en cuenta el sexo anatómico del recién nacido:

### “El sexo del individuo

15. Es la identificación que se asigna al recién

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA. Buenos Aires, 1992. p. 288.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Sexualidad y bioética”. E: *Revista Peruana de Jurisprudencia* N° 60 p. 9. Febrero 2006.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, “Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familia”. En *Paestra Editores*. Paestra del Tribunal Constitucional. *Revista de doctrina y jurisprudencia*. Vol. XXVII. Lima, marzo 2008. p. 97.



nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. 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.”

Es decir, que el Tribunal, considera que no se debe tomar en cuenta los demás factores que conforman el sexo, y por lo tanto la identidad sexual, la cual forma parte de la construcción de la identidad personal de cada individuo, por lo que se estaría yendo en contra del Art. 2.1 de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a su identidad. Ello, es una interpretación que se desprende al no haber el Tribunal hecho el análisis específico de la situación de Karen, quien no es una recién nacida.

En este caso, el Tribunal hace un análisis escueto y reglamentario del derecho a la identidad, pero no analiza por qué en un caso como el de Karen debe permitirse el cambio de nombre, y por qué no el de sexo. Sólo hace una breve definición del sexo en el DNI, sin tomar en cuenta la particularidad de Karen.

### ¿POR QUÉ UN TRANSEXUAL DEBE TENER LA OPCIÓN DE CAMBIARSE DE NOMBRE Y DE GÉNERO?

De acuerdo al Art. 2.1 de la Constitución, toda persona tiene derecho la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. La misma Carta, en el Art. 2.2, establece 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.

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, en la **STC N° 2273-2005-PHC/TC**, la identidad personal que será protegida será aquella que forme parte de la dignidad de la persona:

“7. De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un *minimum inalienable* que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.” [STC N° 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva]

De allí 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.”(El subrayado es nuestro)

En la misma sentencia, líneas más abajo, el TC señala que el derecho a la identidad es aquél que permite que una persona sea reconocida por lo que es, tanto desde rasgos objetivos como por las características que derivan del desarrollo y comportamiento personal. Dichos rasgos permiten que cada individuo se diferencie de otro:

“21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del Art. 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho



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.).

22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El

entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.<sup>17</sup>

De acuerdo con lo opinado por el doctor **CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**, la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. La identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro.<sup>18</sup>

Siguiendo al mismo autor, la identidad sexual constituye un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. La cual se encuentra vinculada a una serie de derechos como al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad.<sup>19</sup>

Por lo tanto, si en el caso de Karen la identidad sexual es femenina, y ésta forma parte del derecho a la dignidad humana, tiene el derecho de tener un documento de identidad que dé fe de lo que ella es: una persona con nombre y con identidad femenina.

#### **CONSECUENCIAS DEL CAMBIO DE NOMBRE Y DE GÉNERO DE UN TRANSEXUAL**

Una vez que se permita que las personas transexuales se cambien no sólo de nombre sino también de sexo, se tendrá que evaluar si se crea una nueva partida de nacimiento o sólo se pone una enmienda. De darse lo primero, se consideraría que la identidad siempre fue femenina, es decir que la Partida estaba errada. Otra consecuencia importante son los derechos derivados del cambio de sexo. Por ejemplo, si

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal*. Op. Cit. p.113

<sup>18</sup> *Idem*. p. 291.



Karen logra que se reconozca su identidad como femenina, podría contraer matrimonio con una persona de identidad masculina. Si la respuesta es sí, entonces un transexual tendría mayores derechos que un homosexual. Son preguntas que no se hizo el máximo intérprete de la Constitución al analizar el caso de Karen.

Consideramos que las personas transexuales tiene el derecho a realizarse como persona y a no ver truncado su proyecto de vida y su libre desarrollo, sólo por tener una identidad sexual distinta a su sexo genetal. Es momento de integrar a las personas con distinta orientación sexual a la sociedad, y evitar que sean discriminados por tener una identidad sexual diferente. Karen, es ingeniera agrónoma y va a seguir luchando por que pueda aparecer en su documento que su sexo es femenino. ¿Tendremos mejores respuestas del Tribunal Constitucional?

### EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL: EL CAMBIO DE NOMBRE Y EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD

Tal como se ha señalado "la identidad sexual, considerada como uno de los aspectos mas importantes y complejos comprendidos dentro de la identidad personal, se halla en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como son aquellos atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la tutela de la salud, a la protección de la integridad sicosomática y con el que se contrae a los actos de disposición del propio cuerpo."<sup>20</sup>

Definiendo la identidad personal autorizada doctrina nacional la define como la "situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así

como la proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer."<sup>21</sup> Este aspecto dinámico de la identidad personal integrado por el "conglomerado ideológico" de la persona es el que se ha tratado de resaltar en las legislaciones, que con mayores o menores limitaciones, han reconocido el cambio de nombre y el cambio de sexo como una necesidad de los sujetos en esta situación que pretenden encontrar una concordancia entre sus vivencias y su forma de pensar y de sentir con los documentos que reflejan y traducen su identidad en sentido estático. Una incongruencia entre la forma de sentir y de vivir y la formalidad que identifica a los sujetos transexuales con la sociedad en la que se desenvuelven seguramente ocasiona angustia y sufrimiento por sentirse desamparados frente a un sistema legal que les cierra las posibilidades de identificarse en una unidad estática y dinámica con lo que real y efectivamente son.

Para un sector de la doctrina italiana "la protección de la identidad personal, distinta de las connotaciones peculiares morales, culturales e ideológicas, tiene su núcleo central en la tutela del nombre, que "condensa con la máxima sencillez la personalidad individual,"<sup>22</sup> pero que no se agota en ella."<sup>23</sup> Refiriéndose a la identidad sexual y a la previsión de la Ley del 01 Abr 1982 antes comentada se señala que la amplia previsión normativa ofrece una protección general al derecho de aparecer externamente igual así mismo en concordancia su sexo vivido. Los destinatarios de la ley son entonces "por una parte, los transexuales, que tratan de eliminar el contraste -fuente de grandes sufrimientos- entre su psicosexualidad y los caracteres sexuales externos, necesariamente sometidos a tratamientos destructores y reconstructores idóneos para

<sup>20</sup>FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias*..., Op. cit. p. 201

<sup>21</sup>ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. cit. p. 254

<sup>22</sup>DE CUPIS, I diritti della personalità 2, Trattato Cicu Messineo, IV, 1982, (1 Ed. 1959)

<sup>23</sup>BRECCIA, BIGLIAZZI, NATOLI, BUSNELLI, *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Normas, sujetos y relación jurídica. Traducción Fernando Hinostroza, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 207



modificar su estructura anatómica sexual; y, por otra parte, los hermafroditas, que procuran culminar la evolución natural de su conformación sexual no bien definida originalmente, eventualmente sometiéndose a tratamientos enderezados a hacer evidentes órganos ya existentes y a promover su desarrollo normal.<sup>22</sup>

Tenemos entonces, que la identidad sexual es una variante del derecho a la identidad personal en su aspecto dinámico, ya que no se está refiriendo sólo a la individualización nominativa de la persona sino a aquel conglomerado vivencial ideológico con que el sujeto se siente identificado plenamente y que debe coincidir con su asignación o atribución nominativa, es decir, con el nombre. Este es el caso de los transexuales que requieren que su sexo vivido tenga un correlato con la identificación formal que los individualiza.

Con respecto al cambio de nombre el Art. 29 del Código Civil regula que: "Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita. El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad". En el caso de los procesos no contenciosos de inscripción y rectificación de partida, en el Art. 826 del Código Procesal Civil se establece que: "La solicitud de inscripción o de rectificación de una partida de matrimonio o de defunción, y la de rectificación 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 rectificación de nombre, sexo, fecha del acontecimiento o estado civil, se indicará con precisión lo que se solicita. Tales normas se aplican a la inscripción de los nacimientos, matrimonios y defunciones de peruanos ocurridos en el exterior, no registrado ante autoridad nacional".

El artículo glosado se refiere a un motivo justificado para que se ordene el cambio de nombre, pudiendo ser éste motivo el que sea determinado por el Juez. Ello en virtud que no existe un *numerus clausus* que señale "motivos justificados". Puede ser que el motivo sea que el apellido representa una palabra grosera, inmoral, ridícula (doctor LEON BARANDIARAN) o que la persona tiene como homónimo a un delincuente (doctor RUBIO CORREA); o cuando el nombre (...) no cumple o ha dejado de cumplir su inherente función individualizadora; o es contrario al orden público o a las buenas costumbres o a la dignidad de la persona; o es ofensivo al sentimiento cívico, religioso o moral de la comunidad" (doctor FERNANDEZ SESSAREGO).<sup>23</sup>

De acuerdo a lo regulado en el Art. 828 del Código Procesal Civil debe publicarse un extracto de la solicitud de rectificación de nombre por una sola vez en la forma prevista en los Arts. 167 y 168 del Código Procesal Civil en lo que fueren aplicables.<sup>24</sup> El Código Procesal Civil en concordancia con el Art. 56 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de

<sup>22</sup>BRECCIA, BIGLIAZZI, NATOLI, BUSNELLI, Op. cit. p.211

<sup>23</sup>Los ejemplos han sido tomados del comentario de BENAVIDES REVERDITTO, Ximena, Cambio o adición de nombre en el Código Civil comentado, Gaceta Jurídica, Tomo I, p. 223

<sup>24</sup> Art. 167 Código Procesal Civil.- Publicación de Edictos.- La publicación de Edictos se hace en el Diario Oficial y en un Diario de mayor circulación del lugar del domicilio del citado, si fuera conocido, o en su defecto, del lugar del proceso. Se acredita su realización agregando al expediente el primer y último ejemplar que contiene la notificación. Art. 168.- Código Procesal Civil.- Forma de los Edictos.- Los Edictos contendrán en síntesis las mismas prescripciones de la cédula, con transcripción sumaria de la Resolución. La publicación se hará por 3 días hábiles, salvo que este Código establezca número distinto. La Resolución se tendrá por notificada el tercer día contado desde la última publicación, salvo disposición legal en contrario. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de los Edictos.



Identificación y Estado Civil (RENIEC) establece que la rectificación de nombre y de sexo se da en un proceso no contencioso.<sup>27</sup> El Documento Nacional de Identidad (Art. 26 de la Ley N° 26497- Ley Orgánica del RENIEC)<sup>28</sup> es un documento público, personal e intransferible. Constituye también el único título de derecho al sufragio, de la persona a cuyo favor ha sido otorgado.

El Art. 36 de la misma norma al referirse a los duplicados de DNI establece que "El Registro emitirá duplicado del DNI en casos de pérdida, robo, destrucción o deterioro. El duplicado contendrá los mismos datos y características que el DNI original, debiendo constar además una indicación en el sentido de que el documento es "duplicado".

El Art. 44 inciso q) establece que se inscriben en el Registro del Estado Civil "Los actos que, en general, modifiquen el estado civil de las personas, las resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de inscripción y los demás actos que la ley señale."<sup>29</sup>

El Art. 55 precisa que las inscripciones judiciales se efectuarán únicamente en caso de que éstas se encuentren ejecutoriadas, salvo disposición legal en contrario. Para dichos efectos, los jueces dispondrán, bajo responsabilidad, que pasen los respectivos partes al Registro para su inscripción, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución.

El Art. 57 de la Ley prescribe que "Las inscripciones se cancelarán cuando sea

ordenada mediante resolución judicial firme o cuando la justificación de la cancelación resulte clara y manifiesta de los documentos que se presenten al solicitarla". Con fecha 25 Abr 1998 se publicó en el Diario Oficial el Reglamento de las Inscripciones del RENIEC, DS N° 015-98-PCM, que en el Art. 3 inciso v) establece que son hechos inscribibles los cambios a adiciones de nombre. De acuerdo al Art. 22 inciso f) de dicha norma se prevé que en el acta de nacimiento se inscriben las rectificaciones judiciales dispuestas de conformidad con el Art. 826 del Código Procesal Civil, así como las notariales y las previstas en el presente Reglamento. El Art. 77 establece que procede la cancelación de las inscripciones:

- a) Cuando se ordene mediante resolución judicial firme
- b) Cuando la justificación de la cancelación resulte clara y manifiesta de los documentos que se presentan al solicitarla, mediante resolución debidamente motivada del Registrador
- c) De oficio, por disposición de la Oficina Regional del Registro, cuando existan razones indubitables para proceder a la cancelación.

#### RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES A FAVOR DEL CAMBIO REGISTRAL DE GENERO

• El Parlamento Europeo aprobó en 1989 una resolución sobre discriminación a los transexuales.

<sup>27</sup> Art. 36 de la Ley Orgánica N° 26497- RENIEC.-Rectificaciones o adiciones a las partidas del Registro.- Pueden efectuarse rectificaciones o adiciones en las partidas de registro, en virtud de resolución judicial, salvo disposición distinta de la ley. Mediante Decreto Supremo se establecerán los actos sujetos a procedimientos administrativos y aquellos sujetos a resolución judicial.

<sup>28</sup> Se recomienda para un manejo más detallado y minucioso de la legislación y la jurisprudencia administrativa del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) los 5 Volúmenes del Compendio Concordado de normas vinculadas a la Identificación y Estado Civil de las personas naturales, Reniec, 2006

<sup>29</sup> En reciente jurisprudencia administrativa el RENIEC estableció: "... El cambio o adición arbitrarios del nombre afecta el orden público, en razón de que se hallan de por medio múltiples motivos de carácter social y ético; es por ello que el Código Sustantivo establece que nadie puede cambiar su nombre, ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita (RGP005-2005-GP/RENIEC)



- Se reconoce el derecho de los transexuales a vivir de acuerdo con su "identidad sexual" (está implicado el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana)
- Se condena la discriminación contra los transexuales (criminalización)
- Se insta a los Estados Miembros a que legislen sobre esta materia (el derecho de los transexuales a su reconocimiento jurídico: cambio de nombre, DNI, etc.)
- La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1989 aprobó una recomendación donde se insta al Comité de Ministros de dicha asamblea a elaborar un documento invitando a los Estados Miembros a "regular legislativamente en los casos de transexualidad irreversible.

#### EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO

La legislación comparada sobre el cambio de sexo, surgió como consecuencia de la coincidente presencia de diversas circunstancias. Algunas de estas la podemos encontrar en los principios rectores de la sexualidad y otras proceden de la misma realidad social, la cual es normada teniendo como base para ello los valores.

La legislación comparada privilegia el factor psicológico sobre el que atiende la morfología genital exterior de la persona; a sí pues las leyes vigentes parten de esta base y tienden, en consecuencia, a facilitar, dentro de ciertos criterios y requisitos, la adecuación de los órganos genitales exteriores del transexual al sexo psicológico, de conformidad con su íntima vivencia, como manera de sentir la sexualidad. Excepcionalmente la legislación comparada sólo permite la modificación de los prenombrados del transexual sin el previo requisito de una intervención quirúrgica demolidora y reconstructiva de su morfología sexual.

La mutación sexual sin embargo no significa que al privilegiarse la vertiente psicológica, se reconozca, la posibilidad de un cambio biológico, total y radical, del transexual hacia el sexo deseado y vivido. Lo que se desea es

autorizar es el llamado cambio de sexo y la consiguiente modificación de su estado y de su nombre en los respectivos Registros Civiles, es tan sólo la adecuación de órganos genitales exteriores del transexual, generalmente a través de una intervención quirúrgica, a fin de eliminar una disociación al plano psicológico y vivencial y la apariencia física. Lo que se persigue es que el transexual se avecine, al máximo posible, en lo que concierne a su aspecto exterior, al sexo opuesto al que originalmente aparece registrado en su partida de nacimiento.

La legislación comparada afronta también el problema crucial de conflicto de intereses que a menudo se presenta entre transexuales y su familia. Generalmente, en este caso se privilegia el interés de la familia, por ser de mayor importancia para la sociedad. Para poder protegerlos se exige como requisito que el transexual no sea casado y que este incapacitado de procrear.

Probablemente EEUU fue el primer país que legisló en materia del cambio de sexo. En este sentido se recuerda que en Illinois, desde fines de 1961, se permitió al registrador transcribir la rectificación del sexo producida luego que el sujeto se sometiera a una intervención quirúrgica. Esta inscripción se efectuaba sobre la base de la correspondiente certificación del hecho, formulada por el propio médico que efectuó la operación. Se trata en consecuencia de un simple trámite de carácter administrativo el que facilita dicha inscripción. Similar reforma opera en Arizona.

En otros Estados, como Luisiana (1968) y California (1977), existen también leyes permisivas del cambio de sexo, aunque para que sea ello posible se pone como requisito previo un trámite judicial sobre la base de una intervención quirúrgica. En New York la rectificación de sexo no requiere de una ley se practica en base a una específica reglamentación de 1971. Otro país que también lo regula es Canadá, donde diversas provincias toman como base la legislación de 1973; siendo este un trámite administrativo, cuyo requisito para su trámite es la presentación de dos certificados médicos. En Sudáfrica, es



suficiente una resolución del Ministro del Interior que autorice la rectificación registral del sexo de haberse producido una intervención quirúrgica de adecuación morfológica.

En Europa, al menos tres son los países que han legislado el cambio de sexo. Se trata de Suecia (1972), Alemania (1980) e Italia (1982). En Holanda existe un proyecto de ley que emplea una técnica diversa a las dadas para los casos de Suecia, Alemania e Italia, países que han preferido tratar la materia del cambio de sexo mediante leyes especiales, integrando la normatividad pertinente dentro de la articulación civil.

En países como Austria y Dinamarca se ha dado soluciones legislativas de carácter pragmático. Otros países como Suiza ante la laguna legal, solucionan el problema de acuerdo al Art. 1 del Código Civil, es decir, el juez, ante un vacío de la ley, decidirá en base a la regla que habría adoptado de tener la calidad de legislador.

La Corte Europea de los Derechos del Hombre, ha resuelto algunos recursos vinculados con el cambio de sexo; el caso más controversial fue el de 1976 dado en Bélgica. La comisión encontró que en este país se había violado los Arts. 8 y 12 de la Convención vinculados con la tutela de la vida privada y el derecho de contraer matrimonio y fundar una familia, respectivamente.

El Estado Belga había negado al transexual el proceder a la modificación de su sexo en los Registros Civiles, obligándolo a dar penosas explicaciones de la enfermedad que sufría y sobre el tratamiento al que se había sometido. Lo cual suponía la indebida difusión de asuntos de la esfera íntima de la persona en contravención con lo dispuesto en el Art. 8. Así también, se habría impedido que el transexual, originalmente mujer, pero psicológicamente hombre, pudiera contraer matrimonio con una mujer; ya que según el registro ello hubiera significado el matrimonio entre dos mujeres. Esta negativa considero la Corte como violatoria del Art. 12 de la Convención.

Nos encontramos con cuatro tipos de respuesta, diferentes a la cuestión del reconocimiento al derecho a la identidad sexual:

1) Las soluciones administrativas (Dinamarca, Austria y Noruega), ante la petición de cambio de sexo, la persona, es enviada a una institución psiquiátrica que tras dos años de seguimiento emite su dictamen. Envía su recomendación al Ministerio de Justicia, autorizando la operación y su práctica supone que automáticamente se modifica el sexo registral con todas sus consecuencias jurídicas.

2) Las soluciones jurisprudenciales que se dan (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Argentina, Líbano, España) ante la inexistencia de una ley reguladora que de solución a las cuestiones que plantea la cuestión de la "identidad sexual" (de los transexuales), ha construido una doctrina que si bien no es homogénea, en los últimos tiempos tiene una clara tendencia al reconocimiento de la rectificación registral de sexo. Francia ha sido la más difícil, en base al argumento de la indisponibilidad del estado de las personas, pero desde que en 1992 fue condenada por el TEDH (argumento de la vida privada, Art. 8 el cambio jurisprudencial ha sido evidente. El reconocimiento favorable impone 4 condiciones:

- a) Que la persona que lo solicita tenga un diagnóstico médico que reconozca su transexualismo, el reconocimiento debe ser un dictamen médico ordenado por el Juez
- b) Que las operaciones médicas se realicen previamente a la demanda de rectificación
- c) Que el transexual tenga una apariencia física próxima al sexo que reivindica
- d) Que tenga un comportamiento social correspondiente a ese mismo sexo.

#### COLOFÓN

Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino





que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el Art. 1 queda manifiesta tal orientación al reconocerse que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el Art. 3, que dispone que "La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)".

Existe en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)", el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" sino que "(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana".

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover. De ahí 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. En ese sentido, se debe establecer que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de humano.

Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica<sup>10</sup>[1] (a mayor

<sup>10</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 4ª Edición, 180-184



abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido).

Una vez identificado este contenido práctico (objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres), debe ser recogido y concretizado en un postulado normativo: el principio-derecho de la dignidad humana el cual constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas: Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

Este razonamiento también fue del parecer de una jueza de Barcelona, quien en Febrero del

2005 mediante una sentencia que se considera la pionera de España, autorizó el cambio de género y nombre de un transexual que no se había operado, anteponiendo lo que sentía a lo que era físicamente, es decir, anteponía el sexo psíquico al físico. Expresaba en su fallo, que "los modernos descubrimientos de biología médica han permitido demostrar que, ya desde el momento inicial de la formación del embrión, conocido como sexo cromosómico y juntamente con el proceso normal, se producen con una cierta frecuencia desviaciones". En este proceso, según el fallo, "se aumenta y se disminuye el número de cromosomas y se duplica el número de genomas de uno y otro sexo, cosa que incide tanto en la configuración del sexo gonadal" - físico- "como en la determinación del sexo fenotípico"-psíquico. Consideraba que no era necesario decir que muchas de estas desviaciones tienen una influencia decisiva sobre la psique del sujeto que las sufre y que le producen un sexo psíquico distinto del que por razón de su biología molecular le correspondía". Según el fallo, "todas estas situaciones se pueden encuadrar" en el denominado "intersexo", aunque "no tiene el mismo encuadre desde el punto de vista del derecho".

Hay personas que "no coinciden con el resto de individuos a la hora de otorgarles un sexo en su inscripción en el Registro Civil" -hombre o mujer-, reconocidos de acuerdo con el derecho porque "nuestra legislación no prevé esta realidad científica". En base a esta norma, consideró que en el caso del demandante había que "decantarse" por el sexo "fenotípico" o psíquico, es decir, el que "determina el comportamiento caracterial y social del individuo, ya que en los factores anímicos son el centro del desarrollo de la personalidad.

Como la Constitución reconoce el derecho "al libre desarrollo de la personalidad" y "todo el mundo tiene derecho a un sexo bien determinado, al menos por lo que respecta a los atributos psicológicos, nadie puede ser obligado a mantenerse al margen de un sexo que psíquicamente no le corresponde o le repele. Si bien fue inscrita en el Registro Civil



como mujer "por razón de unas características que cromosómicamente son inmutables, por razón de sus circunstancias personales" la "inscripción" en el registro como mujer "contribuía a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico, que es el de hombre". "Para evitar esta limitación de derecho, era procedente estimar la demanda y decidir la rectificación de sexo, haciéndolo constar como masculino en la inscripción de nacimiento.

#### BIBLIOGRAFIA

BENAVIDES REVERDITTO, Ximena, Cambio o adición de nombre en el Código Civil comentado, Gaceta Jurídica, Tomo I, p. 223  
BRECCIA, BIGLIAZZI, NATOLI, BUSNELLI, Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, Normas, sujetos y relación jurídica. Traducción Fernando Hinostroza, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 207  
CHENET Carrasco, Nelly. Consecuencias jurídico-legales de las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo: análisis de la problemática de la identidad sexual en el Sistema Jurídico Peruano. PUCP. Lima, 2000.  
DE CUPIS, I diritti della personalità 2, Trattato Cicu Messineo, IV, 1982, (1 Ed. 1959)  
DE LA FUENTE, Horacio, Orden Público. Buenos Aires 2003.  
ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Lima, 2003.  
FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA. Buenos Aires, 1992. p. 288  
FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Sexualidad y bioética". E: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 60 p. 9. Febrero 2006.  
GARCÍA TOMA, Víctor, Introducción a las Normas Jurídicas. Lima 2001

GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, "Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familia". En Palestra Editores. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y jurisprudencia. Vol. XXVII. Lima, marzo 2008. p. 97.

GRIJLEY, Código Civil. Lima 2006.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Lima, 2003.

JIMÉNEZ JARA, Paola Fernanda, Género y Justicia Comunitaria. Propuestas para el trabajo en Red. Red de Justicia Comunitaria. Bogotá 2004.

MANSILLA, María Eugenia. La socialización diferencia por sexo. CONCYTEC. 1996. p. 54.

MESSINEO citado en el libro del jurista ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Lima 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 4ª Edición, pp.180 a 184

RUBIO CORREA, Marcial, El Derecho Civil, Lima, 1997

SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Código Civil, Introducción Título Preliminar, Personas, Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 2001, pp.277

SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Instituciones de Derecho Civil Contemporáneo, de la misma autora, 6ª Edición, Talleres Gráficos de Andrés Timaná Franco SAC, Lima, marzo, 2009

SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Derecho Médico I: Responsabilidad Médica, Gráfica Horizonte, Lima, 2001

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Derecho Civil en sus Conceptos Fundamentales. Lima 2000.