



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO

TESIS
“DERECHO A LA IDENTIDAD Y CAMBIO DE SEXO”

Presentada para optar el Grado Académico de Maestro en **Derecho con
mención en Constitucional y Gobernabilidad.**

PRESENTADA POR:

Abog. ROSEMARY TATIANA DE LOS ANGELES MIREZ LA ROSA

ASESORADO POR:

M. Sc. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA

Lambayeque, Julio del 2017

“DERECHO A LA IDENTIDAD Y CAMBIO DE SEXO”

ROSEMARY TATIANA DE LOS ANGELES MIREZ LA ROSA
AUTOR

M. Sc. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA
ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: Maestro en DERECHO con mención en CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD

APROBADO POR:

DR. VICTOR ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE DEL JURADO

M. Sc. FREDY HERNÁNDEZ RENGIFO
SECRETARIO DEL JURADO

M. Sc. FRANCISCO DELGADO PAREDES
VOCAL DEL JURADO

Julio, 2017

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño a mi amado esposo, por creer en mi capacidad. A mi amada hija por ser mi fuente de motivación e inspiración para poder superarme cada día más y así poder luchar para que la vida nos depare un futuro mejor. A mis amados padres y hermanos quienes con sus palabras de aliento no me dejaban decaer para que siguiera adelante y siempre sea perseverante y cumpla con mis ideales.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento se dirige a quien ha forjado mi camino y me ha dirigido por el sendero correcto, a Dios, el que en todo momento está conmigo ayudándome a aprender de mis errores y a no cometerlos otra vez. Eres quien guía el destino de mi vida.

INDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN..... | 8 |
| ABSTRACT | 9 |
| I. CAPITULO ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO | 10 |
| 1.1. Situación problemática..... | 10 |
| 1.2. Planteamiento del problema..... | 11 |
| 1.2.1. Formulación del problema | 11 |
| 1.3. Objetivos | 11 |
| 1.3.1. Objetivo general | 11 |
| 1.3.2. Objetivos específicos | 12 |
| 1.4. Hipótesis | 12 |
| 1.5. Justificación e importancia | 12 |
| 1.6. ¿Cómo surge el problema? | 13 |
| 1.6.1. Antecedentes de la investigación | 13 |
| 1.7. Tipo, diseño de investigación y análisis..... | 15 |
| 1.7.1. Tipo de investigación..... | 15 |
| 1.7.2. Diseño de la investigación | 16 |
| 1.8. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos | 16 |
| 1.8.1. Materiales | 16 |
| 1.8.2. Técnicas..... | 17 |
| 1.8.3. Instrumentos..... | 17 |
| 1.9. Población y muestra..... | 17 |
| 1.10. Forma de tratamiento de los datos..... | 19 |
| 1.11. Forma de análisis de las informaciones | 20 |
| II. CAPITULO: MARCO TEÓRICO..... | 21 |
| 2.1. Bases teóricas..... | 21 |
| 2.2.1. Distinción entre identidad, género, sexo y rol | 21 |
| 2.2.1.1. Identidad de género | 21 |
| 2.2.1.2. Genero | 24 |
| 2.2.1.3. Sexo | 25 |
| 2.2.2. La identidad y los elementos intrínsecos que la constituyen..... | 25 |
| 2.2.2.1. Elementos estáticos y dinámicos de la identidad | 26 |
| 2.2.3. Aspectos generales entre la identidad y el derecho a la identidad..... | 27 |
| 2.3.3.1. Aspectos de la identidad | 27 |
| 2.3.3.2. Aspectos de la identificación..... | 28 |

| | |
|--|----|
| 2.3.4. Posiciones acerca de la determinación del sexo. | 29 |
| 2.3.4.1. Posición tradicional. | 30 |
| 2.3.4.2. Posición consecuente con la evolución científica, social y jurídica. | 30 |
| 2.3.5. Transexualismo y el libre desarrollo de la personalidad. | 31 |
| 2.3.5.1. El transexualismo como fenómeno social..... | 31 |
| 2.3.5.2. Etiología..... | 31 |
| 2.3.5.3. El síndrome de transexualismo. | 33 |
| 2.3.5.4. El transexualismo, los estados intersexuales, isosexualismo. | 34 |
| 2.3.6. La transexualidad desde el punto de vista médico científico. | 35 |
| 2.3.6.1. Conceptos previos sobre la sexualidad humana. | 36 |
| 2.3.6.2. Variaciones de la sexualidad | 38 |
| 2.3.7. Adecuación del sexo en la legislación comparada. | 42 |
| 2.3.7.1. Italia..... | 43 |
| 2.3.7.2. Alemania..... | 43 |
| 2.3.7.3. Holanda | 43 |
| 2.3.7.4. Otros países..... | 43 |
| 2.3.7.4.1. Posición de la corte europea de los derechos del hombre. | 44 |
| 2.3.8. Tutela del derecho a la identidad de género en el Perú..... | 44 |
| 2.3.8.1. Derecho a la identidad sexual, de género y orientación sexual. | 45 |
| III. CAPITULO: ANALISIS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO..... | 47 |
| 3.1. Jurisprudencia Peruana..... | 47 |
| 3.1.1. EXP N° 2868-2004-AA/TC. | 47 |
| 3.1.2. EXP N° 2273-2005-PHC/TC. | 54 |
| 3.1.3. EXP N° 0139-2013-AA/TC | 60 |
| 3.1.4. EXP N° 6040-2015-PA/TC | 67 |
| 3.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 78 |
| 3.2.1. Caso Karen Atala Riffo y niñas vs chile | 78 |
| 3.2.2. Caso Duque vs Colombia | 83 |
| 3.2.3. Caso Diane Marie Rodríguez Zambrano vs Ecuador. | 84 |
| 3.3. Jurisprudencia de la corte Europea de Derechos Humanos. | 90 |
| 3.3.1. Criterios adoptados por el Derecho Europeo respecto a la identidad sexual. | 90 |
| 3.3.1.1. Sentencias Goodwin E I. de 11 de julio de 2002 y su relación con otros casos. | 91 |
| 3.3.2. La coherencia del TEDH en su jurisprudencia. | 95 |

| | |
|--|-----|
| 3.4. Otra jurisprudencia comparada. | 103 |
| 3.5. Aspectos que deben ser regulados..... | 104 |
| IV. CAPITULO: ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS | 107 |
| V. CONCLUSIONES..... | 119 |
| VI. RECOMENDACIONES..... | 120 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS | 121 |
| ANEXO: ENCUESTA..... | 127 |

RESUMEN

La presente tesis titulada **“El derecho a la Identidad y Cambio de Sexo”**, radica en el estudio desde el punto de vista del Derecho, de manera especial al Derecho Constitucional y al Derecho de Personas, girando en torno a los transexuales y el derecho que tienen estos a ser tratados como personas que sienten pertenecer al género que han internalizado desde temprana edad.

Hablar de transexualidad, no es una novedad en nuestra sociedad, es un tema muy complejo que encuentra sus antecedentes históricos en las remotas culturas y civilizaciones, caracterizada por esa disociación entre el sexo biológico y el sexo “psicosocial” que siente una persona, lo que resultaría constituir un problema de identidad de género. Exige un estudio dedicado y coordinado a su naturaleza, sus características y sus vías de solución.

Esta situación se vuelve propicia para estudiar los derechos de personas integrantes de minorías sexuales, tal es el caso del derecho a la identidad como derecho humano de primer orden, el cual no es ajeno a esta realidad, y que además es reconocido como derecho fundamental en nuestra carta magna.

Y que muchas veces de manera incorrecta entendemos que este derecho se limita al solo ejercicio de la existencia de un documento de identidad. Sin embargo, este es un derecho complejo, que no se encuentra correctamente tutelado para muchas personas vulnerables. El derecho a la identidad comprende a su vez otros derechos fundamentales como el derecho al nombre, el género, la filiación entre otros.

ABSTRACT

The present qualified thesis " The right to the Identity and Change of Sex ", takes root in the study from the point of view of the Law, of a special way to the Constitutional law and to the Persons' Law, turning concerning the transsexuals and the right that these have to be treated as persons who are sorry to belong to the kind that exists internalizado from early age.

To speak of transexualidad, it is not an innovation in our company, is a very complex topic that finds his historical precedents in the remote cultures and civilizations, characterized by this dissociation between the biological sex and the sex "psicosocial" that a person feels, which would prove to constitute a problem of identity of kind. It is required a study dedicated and coordinated to his nature, his characteristics and his routes of solution.

This situation becomes propitious to study the rights of integral persons of sexual minorities, such it is the case of the right to the identity as human right of the first order, which is not foreign to this reality, and that in addition is recognized as fundamental right in our great letter.

And that often in an incorrect way we understand that this right limits itself to the alone exercise of the existence of a document of identity. Nevertheless, this one is a complex right, which one does not find correctly protect for many vulnerable persons. The right to the identity understands in turn other fundamental rights as the right to the name, the kind, the filiation between others.

I. CAPITULO ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Situación problemática

El ser humano está dotado de una serie de derechos que le permiten desenvolverse en una sociedad, derechos que están regulados en nuestras leyes como en nuestra constitución, bajo ninguna circunstancia ningún derecho puede violado. Por lo tanto, los derechos que se desprenden directamente de la Constitución de un país, son los llamados derechos fundamentales, que tiene una protección especial dentro de un ordenamiento jurídico.

En el Perú, uno de los derechos fundamentales que protege nuestra Constitución Política es el derecho a la identidad, es decir desde el momento del nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Este derecho prueba la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás.

En los últimos tiempos, se ha desatado una serie de acontecimientos polémicos entorno al derecho a la identidad, pues se encuentra enfrentado al fenómeno de la transexualidad y al cambio de sexo, que ya desde hace algunas décadas ha venido siendo tratado en las diversas legislaciones y jurisprudencias a nivel mundial, y nuestro país no es ajeno a este acontecimiento, pues ante exigencias concretas de personas “diferentes” pero con las mismas facultades de recurrir al órgano jurisdiccional, los peritos jurídicos han dado respuestas negligentes, tal es el caso de Naamin Timoyco que solicitó al Tribunal Constitucional su cambio de sexo, pedido que fue denegado, sin embargo recientemente el Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante que estas personas puedan recurrir al órgano judicial para solicitar su cambio de nombre (de masculino a femenino o viceversa) más no su cambio de sexo en su documento identificador, pues esto conllevaría a una serie de problemas jurídicos, que nuestro país no está aún preparado para afrontar, debiendo ser este tema

abordado con seriedad pues los efectos jurídicos pueden llegar a afectar derechos de terceros.

1.2. Planteamiento del problema

La cirugía transexual en nuestro país se realiza desde hace muchos años; sin embargo, son relativamente pocas las demandas presentadas ante el Poder Judicial solicitando el cambio y registro de sexo y de nombre para adecuarlo a su nuevo aspecto físico.

Es difícil establecer cuáles pueden ser los efectos jurídicos derivados de ese cambio físico, por no existir regulación normativa específica sobre la transexualidad y por encontrar resoluciones judiciales contradictorias al respecto.

Es por ello, que, en esta investigación, se analizará en qué medida el cambio de sexo afecta el tan citado derecho a la intimidad al momento de solicitar la rectificación del documento identificador en el órgano competente dado que surge inconvenientes respecto a terceros si se procedería a rectificar el género en su DNI, sabiendo que de alguna manera afectaría el ordenamiento jurídico nacional, tal como lo analizaremos más adelante.

1.2.1. Formulación del problema

¿Contribuye a una incorrecta administración de justicia denegar el cambio de sexo en documentos identificatorios?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar en qué medida el cambio de sexo vulnera el derecho a la identidad en documentos identificatorios.

1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar la protección que se le da al derecho a la identidad en el cambio de sexo.
- Determinar los efectos jurídicos del cambio de sexo en la institución del matrimonio.
- Establecer una posición respecto al transexualismo y bajo qué condiciones puede otorgarse un marco legal teniendo en cuenta las consecuencias y repercusiones que tendría en varios aspectos.

1.4. Hipótesis

Si el Estado Peruano no deniega el cambio de sexo en documentos entonces se estaría contribuyendo a una incorrecta administración de justicia.

1.5. Justificación e importancia

El derecho de hoy, el derecho postmoderno, no es el derecho de hace cincuenta años ni el de hace diez, es un derecho que responde a las nuevas tendencias contemporáneas. Es una ciencia, un arte o una técnica, como quiera que se considere, tiene que afrontar los retos de una sociedad profundamente compleja y múltiple. Es por ello, que el presente trabajo de investigación es importante porque nos permitirá analizar la situación problemática del cambio de sexo en nuestro país desde un punto de vista jurídico; dado que, en la actualidad, cada vez que se habla de este tema se percibe tensión. Hay unos que están a favor, otros en contra y otros simplemente prefieren no opinar. Lo cierto es que, a pesar del archivamiento de la ley de unión civil en el legislativo, la población de LGTB aun seguirá luchando para que en un futuro no muy lejano se apruebe las uniones entre personas del mismo sexo. Sin embargo, tanto la sociedad como otras instituciones aun rechazan esta idea, es el caso de la decisión del Tribunal Constitucional de haber declarado infundada la demanda de Amparo de una persona que solicitaba ante el RENIEC el cambio de sexo en su DNI, pues de haberse declarado fundado se estaría aprobando

tácitamente la unión de personas del mismo sexo.

En razón de ello, es de vital importancia analizar este tema a fin de determinar en qué medida el cambio de sexo podría vulnerar el derecho a la identidad en documentos identificatorios y sus consecuencias jurídicas respecto a terceros. Pues es de vital importancia que el derecho regule este tipo de situaciones para evitar incertidumbres y proporcionar seguridad jurídica a la sociedad.

1.6. ¿Cómo surge el problema?

1.6.1. Antecedentes de la investigación

La humanidad a lo largo de su historia ha tomado como una verdad sociológica la división y agrupación de los seres humanos en dos categorías categóricas: hombres y mujeres. No obstante, la presencia, aunque con poca incidencia, de casos de irregularidad en la diferenciación sexual que han planteado la posibilidad de proponer un tercer sexo: el neutro.

Actualmente el sexo comprendido desde su concepción tradicional ante el halo de complejidad que envuelve la realidad sexual humana se ofrece insuficiente para alcanzar su descripción, ahora el término identidad sexual ocupa su lugar. El siglo XX marcó el auge del desarrollo científico motivando el avance de las ciencias tanto naturales, médicas, de la salud y las sociales que se ha posibilitado en mayor medida la comprensión de las distintas dimensiones que integran la realidad humana, los conocimientos alcanzados como fruto de las investigaciones han servido de fundamento para propiciar una apertura del pensamiento humano que por otra parte aunado a los movimientos sociales de lucha de derechos civiles de las minorías han llevado a la comprensión y aceptación de condiciones humanas que anteriormente eran rechazadas por incomprendidas, en ese rubro de estudio, análisis y comprensión se haya la realidad sexual humana.

Por su parte, el contexto jurídico revela que la identidad sexual de las personas, o el “sexo” como es denominado comúnmente en el mismo, posee un indiscutible interés para el Derecho debido a que de la identidad sexual que una persona posea se desprenden determinados efectos jurídicos. Esa trascendencia jurídica de ser hombre o mujer se refleja en una variedad de ámbitos que actualmente se encuentran inmersos en un complejo proceso de modificaciones. Dicha importancia se advierte sobre todo en el Derecho de Familia que regula la institución jurídica del matrimonio y las relaciones familiares que en ella encuentran su origen.

Del mismo modo, se manifiesta en las leyes que actualmente promueven la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, así como en aquéllas que intentan regular diversos tipos de uniones afectivas entre las personas. En ese curso de acontecimientos es imposible evitar el planteamiento de nuevos problemas, los mismos que requieren una solución y para los cuales no ha existido una que resulte concluyente, sino que por el contrario provocan nuevos conflictos para el ordenamiento jurídico.

El fenómeno de la transexualidad o “cambio de sexo”, como es comúnmente conocido, representa hoy en día uno de esos problemas que todavía no logra ser resuelto de un modo satisfactorio. La transexualidad es un claro reflejo de la crisis contemporánea que atraviesa nuestra cultura, porque en él confluyen dos valores fundamentales de nuestro tiempo: la técnica, como fruto primordial de los avances de las ciencias de la salud y la libertad; como un bien o valor reconocido por el Derecho como inherente a la naturaleza del ser humano y que brinda la base para la discusión en torno a los alcances del principio de autonomía, temas como la gestión autónoma del cuerpo y la sexualidad se hallan inmersos en el fondo del fenómeno transexual. Asimismo, el fenómeno de la transexualidad plantea cuestiones sumamente novedosas para cualquier ordenamiento jurídico que intente su regulación, pues implica el cambio de la identidad sexual que es reconocida al sujeto por el propio sistema legal y que, como ha sido ya

mencionado, inevitablemente conlleva a una transformación radical de los efectos jurídicos.

Observar las posibles consecuencias a que ese fenómeno puede conducir y ante ello ofrecer las mejores soluciones exige por parte de legisladores y jueces un amplio conocimiento y comprensión no sólo de la transexualidad sino de la propia identidad sexual humana lo cual solamente es posible a través de su estudio. Legisladores y jueces ante el fenómeno de la transexualidad se enfrentan a la problemática de determinar qué identidad sexual debe reconocerse a las personas que presentan esa condición, la dificultad estriba en decidir bajo qué criterio debe o puede auspiciarse tal decisión, lo que inevitablemente conduce a las interrogantes de: ¿qué es ser hombre o mujer? ¿Debe admitirse un cambio en la identidad sexual? O si realmente es posible dicho cambio, ¿cuáles serían los efectos jurídicos?

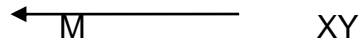
Como se sabe, el Derecho no está llamado a definir la realidad, más bien debe proteger las realidades que poseen ya una entidad propia y que encarnan a la persona humana, por ello en aras de cumplir esa función debe lograr al conocimiento de las realidades a las que se enfrenta. Así, el estudio que de la identidad sexual humana realice el jurista debe incluir todas las dimensiones que la realidad que enfrenta soporta.

1.7. Tipo, diseño de investigación y análisis

1.7.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación será: descriptivo - causal, porque comprobará mediante la aplicación de encuestas en el Distrito Judicial de Lambayeque, la situación actual de los casos de cambio de sexo y la probable vulneración al derecho a la dignidad.

Cuyo esquema es:



Dónde:

M = es la muestra

X = es la observación a la variable independiente

Y = es la observación a la variable dependiente

1.7.2. Diseño de la investigación

La presente investigación es descriptiva, la cual consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. Los investigadores no son meros tabuladores, sino que recogen los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento.

1.8. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.8.1. Materiales

Los materiales utilizados fueron básicamente las encuestas y entrevistas en formato de papel, las credenciales utilizados por los encuestadores, los lapiceros para el diligenciamiento de cuestionarios, **útiles de oficina, computadoras, grabadora**, y para el procesamiento de datos se utilizó el software SPSS17.

1.8.2. Técnicas

- **Bibliográficas:** Se utilizará para realizar la recolección y análisis de datos, relacionada con el tema de estudio en todas las etapas de la investigación. La información requerida será obtenida de las Bibliotecas especializadas de Derecho locales y departamentales, y páginas Web.
- **Acopio documental:** Se efectuará una extracción de datos contenidos en las Fiscalías Penales de Chiclayo.
- **Estadística descriptiva:** Para una mejor presentación y explicación de los resultados a obtenerse.
- **Encuestas:** Se utilizó la técnica indirecta de la aplicación de cuestionarios, que se aplicaron a Abogados y Actores Civiles de la Provincia de Chiclayo.

1.8.3. Instrumentos

Medios Auxiliares para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas.

1.9. Población y muestra

Recopilación y seguimiento de por lo menos diez procesos, tramitados en el Distrito Judicial de Lambayeque, a fin de determinar la situación actual del demandante, en los rubros de protección de su tutela jurisdiccional efectiva que vaya acorde en un Estado Constitucional de Derecho.

Por lo tanto, tenemos como:

POBLACIÓN: Corte Superior del Distrito Judicial de Lambayeque.

MUESTRA: Juzgados Civiles.

Así como, la recopilación y análisis de información obtenida de la encuesta y entrevista a 200 ciudadanos residentes de la Provincia de Chiclayo, a fin de determinar la situación actual del agraviado, en los rubros de protección

de su integridad física, alcanzar importancia como parte en el proceso, y haber logrado una reparación civil digna acorde en un Estado Constitucional de Derecho.

Por lo tanto, tenemos como:

POBLACIÓN: La población estimada, estará conformada por los ciudadanos de la Provincia de Chiclayo.

| PROVINCIA DE CHICLAYO | | | |
|----------------------------|-----------|---------|------|
| Sujetos | Población | Muestra | |
| | | Nº | % |
| Profesional en Derecho | 3,200 | 50 | 1.56 |
| Operadores de la Justicia | 400 | 50 | 12.5 |
| Entre 19 y 60 años de edad | 486,769 | 100 | 0.02 |

MUESTRA: La muestra tomada al azar, será de 200 personas residentes de la Provincia de Chiclayo, comprendido **ciudadanos, Profesionales en Derecho y Operadores de la Justicia de la Provincia de Chiclayo.**

$$H = \frac{Z^2 pq N}{e^2 \cdot (n - 1) + 2^2 pq}$$

N = 200

Z = Nivel de confianza (100 %)

Q= Tamaño Apa de la población

E = Error máximo 5%

1.10. Forma de tratamiento de los datos

La ciencia dispone de una variedad de métodos para el conocimiento de la realidad, teniendo en cuenta el carácter propositivo del trabajo de investigación, se recurrirá al método descriptivo, inductivo, y analítico.

- El método descriptivo entonces será utilizado en la medida que se necesitará recoger, organizar, resumir, presentar, analizar los resultados de la investigación; en base a un análisis doctrinal que se presenta en el marco teórico en base a la muestra aplicada. Así a través de éste método se describirán situaciones relativas al tema que se aborda; analizando cómo es que se presenta dicho fenómeno jurídico.
- Otro método a utilizar es el inductivo a través del cual se obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, que se caracteriza por cuatro etapas básicas: la observación y el registro de todos los hechos; el análisis y la clasificación de los hechos; la derivación inductiva de una generalización a partir de los hechos; y la contrastación. Aplicado a la investigación, a través de éste método, se buscará una solución a la hipótesis planteada llegando a una conclusión general aplicable a los casos jurídicos en donde las menores de edad son víctimas de violación sexual.
- Por último, se utilizará el análisis, el cual es entendido como la descomposición de un fenómeno en sus elementos constitutivos, ha sido uno de los procedimientos más utilizados a lo largo de la vida humana para acceder al conocimiento de las diversas facetas de la realidad. Teniendo en cuenta lo antes dicho el método analítico es un camino para llegar a un resultado mediante la descomposición de un fenómeno en sus elementos constitutivos. Así a través de éste método se pretende entender, criticar, contrastar e incorporar nuevos aportes.

- El método consistió en la aplicación de una encuesta y/o entrevistas a 200 personas en la ciudad de Chiclayo. Las encuestas contienen tres módulos, el primero se aplicó a ciudadanos de Chiclayo, el segundo a Profesionales en Derecho y el tercero a Operadores de la Justicia. Para la recolección de datos se empleará el método descriptivo y del análisis. Además, utilizar el método hermenéutico y el de comparación.

1.11. Forma de análisis de las informaciones

Una vez clasificados y procesados los datos obtenidos durante el desarrollo de la investigación, se demostrará en cuadros para luego representarlos en gráficos utilizando la estadística descriptiva e inferencial.

II. CAPITULO: MARCO TEÓRICO

2.1. Bases teóricas

2.2.1. Distinción entre identidad, género, sexo y rol

Es necesario distinguir algunos conceptos que, si bien están conectados significativamente, no son sinónimos, aunque se los use muchas veces como tales, identidad, genero, rol, sexo y sexualidad.

2.2.1.1. Identidad de género

La identidad es el sistema unitario de representaciones de sí, elaboradas a lo largo de la vida de las personas, a través de las cuales se reconocen a sí misma y son reconocidas por los demás como individuos particulares y miembros de categorías sociales distintas. Lagarde (1992).

En el 2000 la Organización mundial de la salud y la organización panamericana de la Salud crearon un documento que estableció estrategias para la promoción de la salud sexual. En dicho documento se definió la identidad sexual de la siguiente forma:

La identidad sexual incluye la manera como la persona se identifica como mujer o como hombre, o como una combinación de ambos, y la orientación sexual de la persona. Es el marco de referencia interno que se forma con el correr de los años, que permite a un individuo formular un concepto de sí mismo sobre la base de su sexo, género y orientación sexual, y desenvolverse socialmente conforme a la percepción que tiene de sus capacidades sexuales

Kessler y Mackenna (1978) señalaron que la identidad sexual es el proceso de auto atribución de género, consistente en los sentimientos que desarrolla el propio individuo sobre si ella o él es una niña (mujer) o un niño (hombre), con independencia del género que otras personas le atribuyan, e incluso de la validez de nuestras técnicas para determinar la identidad del género. Salinas, D. (1996)

Resulta innegable el hecho de que en la actualidad la identidad sexual personal reviste un interés importante para el Derecho porque de la identidad sexual que una persona posea se desprenden determinados efectos jurídicos, y de ello resulta lógico desprender que si fuese posible el cambio de esa identidad sexual habría una transformación radical de los efectos jurídicos si el mismo es reconocido. Por esto, es necesario intentar comprender primeramente lo que es el origen y el desarrollo de la identidad sexual de la persona para poder vislumbrar y entender el fenómeno del cambio de sexo y todas sus posibles implicaciones. Gática, M. (2010)

El transexualismo, homosexualismo, lesbianismo y travestismo comparten el hecho de ser comunidades minoritarias y discriminadas dando como resultado por un lado el desconocimiento de su esencia y significado, y por otro la confusión de la población en general en el uso de los términos y la ignorancia de sus características únicas e independientes que muchas veces conlleva a las expresiones equivocadas en cada una de las formas de la identidad sexual. Mahecha, H. (2012)

El transexual constituía un fenómeno extraño e inédito hasta hace unas décadas. Quizás su nacimiento haya sido la tentativa terapéutica hormonal y quirúrgica realizada a fines de 1952 en Copenhague, Dinamarca, George Jorgensen un estadounidense de veintiocho años de origen danés, por iniciativa del Doctor Christian Hamburgués. Al año siguiente en 1953, un endocrinólogo estadounidense el Doctor Harry Benjamín creó el concepto de transexualismo; su papel fue fundamental en la amplitud que asumió el fenómeno y en la propaganda hecha para su reconocimiento y cobertura médico social. Las posibilidades abiertas a partir de principios del siglo xx facilitaron el camino cada vez con mayor intensidad, a raíz del proceso acontecido en los procedimientos

endocrinólogos, en el ámbito de lo sexual y de las técnicas de los tratamientos hormonales. Romero, I. et al (2012).

Debido a que la transexualidad es aún muy desconocida y a veces rechazada por algunos profesionales de la salud, sin formación adecuada al respecto, la persona transexual se puede ver inmersa en una búsqueda de profesionales cualificados. Esto produce mucha angustia y puede llevarle a rendirse en su búsqueda, a padecer problemas de autoestima, a auto hormonarse, a autolesionarse o mutilarse, a la depresión e incluso al suicidio. Si tiene la suerte de obtener un trato y tratamiento adecuados, la persona transexual empezará el Proceso de Transexualización. Money, J. (2015).

Meyer et al, 2001 precisa que Los y las transexuales tienen la convicción de pertenecer al sexo opuesto al que nacieron, con una insatisfacción mantenida por sus propios caracteres sexuales primarios y secundarios, con un profundo sentido de rechazo y un deseo manifiesto de cambiarlos médica y quirúrgicamente. Desde la infancia su identidad mental es distinta a su fenotipo genital. Son mujeres que se sienten "atrapadas" en cuerpos de hombre, y hombres que se sienten "atrapados" en cuerpos de mujer; sin trastornos psiquiátricos graves que distorsionen la percepción de la realidad, que necesitan ser aceptados social y legalmente en el género elegido. Rubio, J. (2008).

American Psychiatric Association (2002) señala que Los trastornos de la identidad sexual se caracterizan por una identificación intensa y persistente con el otro sexo, acompañada de malestar persistente por el propio sexo. La identidad sexual hace referencia a la percepción que tiene un individuo de sí mismo como hombre o mujer. El término disforia sexual denota sentimientos intensos y persistentes de malestar con el sexo asignado por los demás como un miembro del otro sexo. Los términos identidad sexual y disforia sexual deberían distinguirse del término orientación sexual, que

hace referencia a la atracción erótica hacia hombres, mujeres o ambos. Soto, M. (2013).

En la actualidad, cuando uno ve a un homosexual en la calle, puede percibir que todavía es objeto de burlas, por cuanto nuestra sociedad todavía lo concibe como un sujeto anómalo, que va contra el orden natural de las cosas y los seres vivos, a ello se junta el hecho de que las diferentes iglesias o credos muestran o generan opiniones respecto de los homosexuales como abominaciones contra dios, porque Dios solo creo al hombre y a la mujer; por lo cual, toda aquella persona que no está conforme a su sexo genético ó cromosómico es un pecador, a veces lo ponen como peor que un pecador común como el hijo del pecado o del demonio. Alegría, J. (2015).

En la sociedad en que vivimos aún está presente el perjuicio y por supuesto el qué dirán limita la libertad de los seres humanos a expresarse libremente como se sienten, más aún cuando esta sociedad les da la espalda cuando expresa su verdadera vocación sexual, esto lo realizan a través de burlas, comentarios, maltratos y ofensas que lo único que hacen es denigrar al ser humano. Sería recomendable entonces evaluar la posibilidad jurídica de que no solo se reconozca la libertad sexual, sino que esta genere un reconocimiento jurídico que conlleve a la aceptación social, puesto que el uno sin el otro no pueden presentarse de manera independiente, puesto que al estar ligados y mantenerse firmes garantizará los derechos de cualquier persona que opte por una identidad sexual distinta a la que nació.

2.2.1.2. Genero

El género es un concepto cultural que alude a la clasificación social en dos categorías: lo masculino y lo femenino. Es una construcción de significados, donde se agrupan todos los aspectos psicológicos, sociales y culturales de femineidad/masculinidad. Zaccardi, M. (2011).

La UNESCO define género como “el significado social otorgado al ser mujer o hombre. Son las características –no las diferencias biológicas– las que definen a una mujer o a un hombre y es el género el que define las fronteras entre lo que una mujer y un hombre pueden y deben ser y hacer. Asimismo, moldea y determina el comportamiento, los roles y las expectativas de mujeres y hombres, al tiempo que define las reglas, las normas, las costumbres y las prácticas a través de las cuales las diferencias biológicas se conviertan en diferencias sociales... Los roles y las relaciones de género difieren dentro y entre sociedades en función a la clase socioeconómica, la raza, la etnicidad, la orientación sexual y la identidad de género, entre otros factores “. Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura. (2014).

2.2.1.3. Sexo

En su definición estricta es una variable biológica y genética que divide a los seres humanos en dos posibilidades solamente: mujer u hombre. La diferencia entre ambos es fácilmente reconocible y se encuentra en los genitales, el aparato reproductor y otras diferencias corporales. Girondella, L. (2012).

2.2.2. La identidad y los elementos intrínsecos que la constituyen.

Ha quedado claro que el derecho a la identidad, es sin lugar a dudas un derecho complejo, que arrastra a otros derechos fundamentales como el derecho al nombre, a la nacionalidad, el género, la filiación entre otros.

La resolución Jefatura N° 548-2011-JNAC/RENIEC aprobó la elaboración y ejecución del “Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011 - 2015” del cual se puede extraer una definición inicial:

“(...) concebimos la identidad como un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de las personas, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y

diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad (con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas, estáticas y dinámicas) que conforman la realidad de lo que es cada uno”

Este aporte, nos permite destacar dos elementos centrales. En primer lugar, porque reconoce que el derecho a la identidad y que busca establecer los elementos propios del individuo que lo diferencian y distinguen de otras personas. Esta individualidad se construye a partir de componentes que se puede definir como estáticos y dinámicos.

2.2.2.1. Elementos estáticos y dinámicos de la identidad

Los elementos estáticos pueden ser el nombre, el sexo, la nacionalidad y la filiación que se constituyen al momento del nacimiento. Y por otro lado está los elementos dinámicos de la identidad, los cuales son más complejos y variados, es así que la identificación del sujeto, producto de su autoconstrucción muestra esa proyección externa de la esfera espiritual, debe ser apreciada dinámicamente en relación con las modificaciones que ella sufre según los diversos comportamientos asumidos por el individuo. Grandez, A. (2014)

Precisamente dentro del componente dinámico se configura lo que se define como identidad de género. La misma que se entiende como:

(...) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, la manera de hablar y sus modales. Naciones Unidas (2013)

De lo anterior se puede desprender un elemento central, hablar de identidad es distinto a hablar de género, éste último está definido por el sexo con el que nacemos, mientras que la identidad viene a ser la manifestación personal del ser humano respecto a lo que siente y con qué se identifica sexualmente. El sexo con el que nacemos formaría parte del elemento estático de la identidad, pero como ya se ha definido, el derecho a la identidad tiene un componente dinámico fundamental. Y es dentro de este componente que se configura la identidad de género.

2.2.3. Aspectos generales entre la identidad y el derecho a la identidad

2.3.3.1. Aspectos de la identidad

La persona que hace su vida a proyección a cada instante, en esencia, el ser humano refleja la libertad que proyecta. Fernández, C. (1998)

En este devenir el mismo se crea, se limita, delimita, se define, se vuelve visible, historio, y sobre todo único e irrepetible; por lo tanto se vuelve quien es, sí mismo y no otro. En consecuencia, el ser es identidad, estimando lo que la define como ser verdaderamente humano, es la base de su dignidad, el valor fundamental de todos sus derechos. Por esa razón, se dice que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien es, un derecho a la propia biografía. Figueroa, G. (2000)

Finalmente, se puede señalar al respecto, que la identidad es el derecho que tiene persona a ser percibido y reconocido por los demás en la naturaleza de identidad que ha elegido desarrollar.

2.3.3.2. Aspectos de la identificación

Es necesario diferenciar que es la identidad y que se entiende por identificación, la primera se refiere a la concepción de uno mismo, mientras que la segunda responde a un componente visible que acredita quienes somos.

Cabe decir, que la identificación es posterior a la identidad, necesariamente debe ser así, porque no podemos identificar algo que no existe. No se debe confundir el derecho a la identidad, con los signos visibles tenidos en cuenta a fin de establecer una identificación.

El documento de identidad, donde constan datos personales plasmados para identificar no confiere una identidad, sino que delimita y plasma los rasgos que como evidentes se le presenten en un momento dado. Silverino, P. (2017)

Un elemento esencial a los fines del proceso de la identificación es el nombre, el cual es un dato personal y la simbolización de una autoconstrucción, a la que represente, es una expresión fonética de la identidad del existente, en concreto el derecho sobre el nombre sería un derecho existencial, el mismo que protege los otros datos personales y con iguales características. Rabinovich – Berkman, R. (2000)

El proceso de identificación reconoce lo que se es. Una persona por el solo hecho de serlo, de existir, posee una identidad, y conforme se atraviesan distintas etapas de la vida hay rasgos que pueden presentarse como más evidentes que otros. Silverino, P. (2010)

En el contexto de un intento por delimitar los conceptos de identidad e identificación, es posible vislumbrar que habría situaciones en las que éstos puedan contraponerse, el caso de las personas transexuales, es un claro ejemplo.

La identificación entonces, no es ajena a la identidad del sujeto, y en ello reside a que sea modificada o adecuada, ya que no hacerlo implica la violación de un derecho, esta se da cuando se desfigura, se deforma la imagen que el ser tiene frente a los demás. Ocurre por ejemplo cuando se presenta al individuo con atributos que no son propios de su personalidad, de tal manera que se distorsiona. La identificación cumple una función más profunda, la de ser el nexo social de la identidad, por ello debe reflejar de manera fidedigna la identidad del sujeto.

2.3.4. Posiciones acerca de la determinación del sexo.

El sexo tiene que ver con la diferencia física entre hombre y mujer, mientras que el género gira en torno a los aspectos sociales y culturales de la feminidad y masculinidad. Si bien hay diversos elementos que sirven para la conformación del sexo, no existen las concepciones del “macho” o de la “hembra” absolutamente diferenciados. Cifuentes, S. (1996). Sin embargo, cabe mencionar que, al momento del nacimiento, se suele tomar en cuenta el sexo anatómico, esto debido a que la personalidad del individuo que expresará su identidad recién comenzará a manifestarse. Fernández, C. (2007).

Hoy en día, hay casos en los que no se puede definir el sexo de una persona, por esto es que surgen las intervenciones de adecuación sexual, que tienen carácter terapéutico, las cuales se basan en el derecho a la identidad, el derecho a la salud y el libre desarrollo de la personalidad. Siverino, P. (2010).

Es así que se distingue el tema de la intersexualidad y el transexualismo, ya que en el primero las intervenciones suelen ser leves y relacionadas con situaciones originarias de incertidumbre del sexo, mientras que en el segundo las operaciones suelen darse por una disociación entre el sexo biológico y el psicosocial. Manrique de Lara, J. (2012)

La doctrina se agrupa alrededor de dos posiciones claras y contrapuestas en lo referente a la constitución y determinación del sexo.

2.3.4.1. Posición tradicional.

Bajo el concepto de sexo, la posición tradicional señala que el sexo de un individuo está determinado exclusivamente por el dato cromosómico que determina los caracteres sexuales gonádicos (ovarios y testículos), los que a su vez elaboran las hormonas que influyen tanto en el desarrollo de los genitales internos y externos, como de los caracteres morfológicos secundarios.

Así sostienen que para conocer el sexo de una persona debe considerarse únicamente la apariencia morfológica de los órganos genitales externos del sujeto: apariencia física condicionado por el par sexuales que posee (XX en la mujer y XY en el varón).

Es decir, consideran como criterio prevaleciente el sexo biológico u originario, el mismo que siendo invariable desde la concepción condiciona la identidad sexual al momento de ser inscrito en el registro de estado civil, y por lo mismo coincide con éste. Sifuentes, G. (2010)

2.3.4.2. Posición consecuente con la evolución científica, social y jurídica.

Esta posición sostiene que el sexo es un asunto complejo no reductible únicamente a su expresión puramente biológica, a la apariencia física o fenotípica, a la constitución morfológica, sino que comprende el perfil psicosocial de la persona. Es decir, de los diversos criterios para determinar el sexo (cromosómico, gonádico, hormonal genital, legal y psicosocial) el más importante es éste último, ya que determina de manera significativa el comportamiento social del como adulto.

Así, existe una prelación del factor subjetivo de la persona (sus pensamientos, ideales, proyecciones, sueños etc.) a su estructura física que de una u otra forma, piénsese en los casos de trasplante de órganos etc., puede tener un ingrediente fungible. Esta es la razón por la cual los "transexuales" deciden hacer una transformación a su cuerpo; para que exista identidad tanto física como psíquica, lo cual no

puede ser considerado como una idea ilógica e irracional o simplemente locura. Lozano, G. (2015)

2.3.5. Transexualismo y el libre desarrollo de la personalidad.

2.3.5.1. El transexualismo como fenómeno social.

Si bien es cierto que el término "transexualismo" es de reciente cuño, el problema no constituye una manifestación de los tiempos actuales ni un reflejo de nuestra cultura; muy por el contrario, es un fenómeno histórico-social. Ya desde tiempos antiguos se conocía el síndrome de la disociación sexual. En la literatura clásica griega (HERODOTO) existían referencias a individuos con deseos de asumir el rol del género opuesto.

El transexual es una persona que, desde un punto de vista genético y morfológico, pertenece a un determinado sexo, siente pertenecer al sexo opuesto.

2.3.5.2. Etiología

Sí bien los síntomas y signos del fenómeno del transexualismo son conocidos no ocurre lo mismo en relación a las causas que lo originan, debido a los complejos elementos que intervienen en la sexualidad. La ciencia no ha logrado establecer con certidumbre la causa o las causas. Al desconocerse el origen del problema no puede hablarse de una solución total, antes bien sólo de adaptación, acomodación, de regulación de un mayor equilibrio psíquico y social.

El género físico del feto está establecido por el apareamiento de un cromosoma simple de ambos padres al momento de la concepción. XX para mujeres y XY para hombres. Las diferencias físicas basadas en el género cromosómico del feto se desarrollan posteriormente estimuladas por una infusión de hormonas. Al mismo tiempo, la identidad de género del feto, (el género del cerebro) comienza su desarrollo.

Sin embargo, aún no se ha descrito ninguna alteración del sexo genético y el cariotipo es el que corresponde al sexo biológico. Así, el origen de los TIG (Trastorno de Identidad de Género) ha sido objeto de diversas teorías. Sabemos que existe un gen responsable de que la gónada indiferenciada se convierta en un testículo (si está presente) o en un ovario (si está ausente). Se han demostrado diferencias en ciertas estructuras cerebrales entre personas de diferente orientación sexual. Un estudio reciente en hipotálamo de seis transexuales de hombre a mujer demostró que el núcleo basal de la estría terminal (BST) era significativamente más pequeño que el de hombres hetero y homosexuales.

La transexualidad podría originarse durante la etapa fetal: Una alteración hace que el cerebro se impregne hormonalmente con una sexualidad distinta a la genital. Así, los TIG podrían desarrollarse como resultado de una interacción alterada entre factores genéticos, el desarrollo cerebral y la acción de las hormonas sexuales. Pero, además, diversas influencias ambientales en periodos críticos del desarrollo, como el embarazo, la infancia o la pubertad, pueden influenciar la conducta y la orientación sexual. El estrés prenatal, la relación materno-filial de las primeras etapas de la vida, influencias familiares o abuso sexuales durante la infancia o la pubertad, pueden determinar la conducta sexual adulta. Por tanto, bastantes datos apoyan que la orientación e identidad sexual pueden tener un sustrato biológico (genético, cerebral, hormonal) sobre el que inciden determinadas influencias ambientales, sociales y familiares durante los llamados "periodos sensibles" de la vida para conformar la orientación e identidad sexual definitiva del adulto.

Algunos estudiosos ven en el problema una desviación de origen psicopatológico. Unos lo relacionan con manifestaciones de tipo neurótico, otros lo asocian a graves formas de psicosis ligados a los delirios y alucinaciones paranoicas y esquizofrénicas. Sessarego al respecto escribe:

"En cuanto a la causa o causas de la transexualidad, es poco lo que la ciencia nos ofrece como respuesta. Para un importante y numeroso sector de estudiosos del tema, el fenómeno obedecería a factores externos al sujeto, como serían el ambiente cultural, la educación familiar, la relación con los progenitores. Es decir, que la transexualidad sería, dentro de esta perspectiva, una manifestación adquirida por el transexual durante su transcurrir vital.

No obstante, esta concepción tradicional, que es generalizada, un sector de estudiosos aún reducido, a la luz de algunos vislumbres proporcionados por provisionales investigaciones sobre la materia, no estarían muy seguros de que la transexualidad dependa de factores externos al sujeto, sino que más bien, se inclinarían a pensar, o empiezan a pensar que ella tiene su origen en factores genéticos. Es decir, que se nacería transexual.

La ciencia deberá aclarar el misterio acerca de las causas del fenómeno del transexualismo y precisar si obedece a factores externos o internos: de origen puramente psicopatológico o de carácter genético. O bien si bien se trata de una combinación de los factores señalados; de ser así deberá precisar cuál es la influencia que respectivamente en la configuración de la personalidad del transexual.

2.3.5.3. El síndrome de transexualismo.

En psiquiatría y sexología el transexualismo consiste en la identificación que una persona siente y vive con el rol de género asociado al sexo opuesto y que conduce al individuo a modificar, anatomía para lograr la armonía ansiada. El transexual es la persona que experimenta una disociación entre los rasgos fenotípicos y genotípicos que lo ubican dentro del sexo masculino o femenino y su inclinación psicológica. Es decir son aquellas personas en las que se aprecia un contraste entre los caracteres sexuales biológicos y el de naturaleza psíquica, lo cual le hace padecer un conflicto existencial.

La expresión "transexual" designa a aquellas personas que, mediante el recurso a tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas obtienen la modificación de caracteres genitales externos de masculinos en femeninos, o de femeninos en masculinos llegando, en alguna medida, a la identificación sexual con las personas del sexo opuesto.

2.3.5.4. El transexualismo, los estados intersexuales, isosexualismo.

Señala Dogliotti que, se entiende por transexualismo, en general, el cambio de sexo, el pasaje de un sexo al otro, como consecuencia de una evolución natural o de intervenciones quirúrgicas o terapias hormonales. Considera. Sin embargo, que más específicamente y más correctamente debería distinguirse entre "transexualismo" e "intersexualidad. En el transexualismo se produce el cambio como consecuencia de intervenciones externas en casos de contraste insuperable entre sexo biológico y sexo psicosocial. Tratándose de la intersexualidad se advierte un cambio por evolución natural, actuado en cualquier caso por intervenciones quirúrgicas de leve entidad, frecuentemente relacionadas con situaciones originarias de incertidumbre en cuanto al sexo.

La cirugía del transexual no debe denominarse "cambio de sexo", ya que el cambio existe previamente en el psiquismo del paciente, la cirugía corresponde a una adaptación de genitales externos al sexo psíquico irrenunciable del paciente. Como apunta Will, el transexualismo, se puede considerar como un síndrome caracterizado por el hecho de que una persona que, desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto o de vivir a la manera que lo hacen los sujetos del sexo contrario, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. Ella, sin embargo, está poseída de una aspiración a

modificar quirúrgicamente su propio sexo somático a efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación.

En conclusión, conforme a las definiciones presentadas, que transexual es aquella persona que, habiendo nacido con un sexo determinado en su partida de nacimiento, en realidad pertenece a uno opuesto y bien diferenciado del registral. El transexual debe ser absolutamente diferenciado del homosexual, quien se caracteriza por preferir su realización erótica con personas que tienen genitales semejantes a los suyos.

2.3.6. La transexualidad desde el punto de vista médico científico.

La transexualidad, proyecta sus implicancias no solamente al ámbito médico-científico, sino también al jurídico e incluso al moral y religioso, por lo que la discusión es sumamente controversial y no menos compleja, en atención a los diversos puntos de vista para abordar el tema. Es así, que el fenómeno de la transexualidad (o transexualismo) es objeto de estudio de varias ciencias sociales y naturales, como son la Medicina, la Psicología, la Psiquiatría, la Bioética y el Derecho, principalmente, de ahí que se reconozca unánimemente que su estudio debe ser multidisciplinario y coordinado.

Tomando de referencia lo antes mencionado, encontramos a la Bioética, que desde el punto de vista como una disciplina moderna, la cual no es muy conocida, se ocupa del estudio de la aplicación de las reglas morales sobre la tecnología médica y de la investigación científica sobre asuntos biológicos, y que busca darle un sentido más humano a ese tipo de actividades, para darle sentido a la dignidad que debe merecer la persona. Un tema como el transexualismo, normalmente es objeto de evaluación de la bioética. La Bioética consiste en la ética normativa aplicada a la toma de decisiones y las políticas públicas en materias relacionadas con la investigación científica y las aplicaciones sociales del conocimiento biológico y la tecnología biomédica. Cáceres, C et all (2003)

2.3.6.1. Conceptos previos sobre la sexualidad humana.

El sexo es un dato complejo de la personalidad, como los especialistas en la materia lo sostienen, como biólogos, psicólogos, médicos, sociólogos como antropólogos. Así de complejo como la misma naturaleza humana y formado por un conjunto de elementos físicos y psicológicos. Es decir, el sexo encierra una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales que impiden, cuando existen discordancias entre ellos, una caracterización homogénea. Cifuentes, S. (1996)

Principales elementos del sexo

a) Sexo cromosómico:

Llamado también genético. Se determina en el instante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Considerando que los óvulos contienen el cromosoma sexual "X" y los espermatozoides, el cromosoma sexual "X" o "Y", de la unión de un óvulo con un espermatozoide que contenga el cromosoma "X" resultará un ser humano de sexo femenino, mientras que de la fertilización de un óvulo por un espermatozoide que contiene el cromosoma "Y" resultará un ser humano de sexo masculino.

b) Sexo gonadal:

Conocido también como gonádico, asociado a las gónadas o glándulas reproductivas: a la mujer le corresponden ovarios; al varón, testículos.

c) Sexo hormonal:

Toma como punto de referencia las hormonas que secretan las glándulas sexuales y que son las que definen las características sexuales. En concreto, las hormonas femeninas llamadas "estrógenos" estimulan la formación de los órganos sexuales femeninos mientras que las hormonas masculinas llamadas "testosterona" promueven el desarrollo de los órganos sexuales masculinos.

d) Sexo genital:

Se vincula con los rasgos externos de la persona, de modo que en los varones se forman la próstata, el pene, el escroto, etc., y en las mujeres se forman la vagina, el útero, etc.

e) Sexo morfológico:

Se relaciona con los órganos genitales internos y externos. Así tenemos que la mujer tiene como genitales internos las trompas uterinas (conocidas como trompas de Falopio), el útero (llamado matriz) y la vagina, y como genitales externos tiene los labios mayores y menores. Por otra parte, los genitales internos del varón son los conductos seminales, las vesículas seminales, la próstata y la uretra, y los genitales externos del varón son el pene y el recto. Estos vendrían a constituir el sexo biológico, que es divergente del siguiente componente del sexo.

f) Sexo psicológico o psico-social (conodico como genero):

El sexo psicosocial es el sexo que uno siente, experimenta y vive en la cotidianidad de la vida, o sea que alude a la forma en la que la sexualidad se concretiza y desenvuelve en el plano social, en función de la adopción del rol masculino o femenino, con independencia del sexo biológico que se posea. El género es la plasmación en la vida social de la sexualidad humana, conforme al sexo vivido y sentido; es el sentimiento interno que constituye la identidad esencial de la persona.

Dicho de otra manera, el género es una categoría autorreferente que trasciende la definición biológica de sexo, para referirse a las formas en que se construye socialmente la masculinidad o feminidad; así entonces, el género tiene como punto de partida el sexo biológico y desde éste se va edificando, de modo que lo que hace al género no es el sexo biológico, sino la construcción que se hace de los sujetos partir de su posesión de órganos genitales femeninos o masculinos.

El elemento psicosocial del sexo, es prevaleciente entre todos los demás y al cual tiene que adaptarse la morfología externa y genital del individuo por lo que es el determinante a la hora de fijar la identidad sexual de una persona o como varón o como mujer. En ese sentido, es preciso señalar que hablar de sexo, es muy distinto de género, el primero tiene que ver con la biología humana, mientras que el género se refiere a elementos sociales y culturales.

2.3.6.2. Variaciones de la sexualidad

El Perú se perfila como uno de los países de la región latinoamericana con mayores dificultades para la creación e implementación de políticas que permitan el avance de la agenda de derechos sexuales y reproductivos, particularmente los primeros. Lo que ocurre a la par de una realidad crítica en este terreno: porque contamos con las cifras más altas en Sudamérica en cuanto a violaciones sexuales, y embarazo adolescente, situación que casi no ha cambiado en los últimos años, asociado con esto tenemos también las cifras más bajas en Sudamérica de madres adolescentes que continúan asistiendo a la escuela, además la discriminación por identidad de género y orientación sexual es una pauta de convivencia social cotidiana. Cáceres, C. et al (2015)

La idea del sexo reprimido no es pues sólo una cuestión de teoría. La afirmación de una sexualidad que nunca habría sido sometida con tanto rigor como en la edad de la hipócrita burguesía, atareada y contable, va aparejada al énfasis de un discurso destinado a decir la verdad sobre el sexo, a modificar su economía en lo real, a subvertir la ley que lo rige, a cambiar su porvenir. El enunciado de la opresión y la forma de la predicación se remiten el uno a la otra; recíprocamente se refuerzan. Decir que el sexo no está reprimido o decir más bien que la relación del sexo con el poder no es de represión corre el riesgo de no ser sino una paradoja estéril. No consistiría únicamente en chocar con una tesis aceptada. Consistiría

en ir contra toda la economía, todos los "intereses" discursivos que la subtienden. Foucault, M. (1998).

La paciente explica: “Cuando yo quería era mujer, pero si quería, era hombre. Los demás me veían como mujer porque tenía mi máscara, pero por dentro yo era un hombre. Para sacarme la máscara tenía que avisarle a mi mamá porque ella no quería que la gente se dé cuenta” Caballero – Atencio, K. et all. (2013)

Este caso clínico expuesto, es un caso real que pinta de cuerpo entero realidades que viven muchas mujeres o muchos hombres quienes no se sienten a gusto con lo que biológicamente son y psicológicamente se sienten atrapadas en un cuerpo que prefieren sea del sexo opuesto, dada esta problemática planteada sería recomendable analizar que sucede en el ámbito legal

El cambio de sexo, o transexualismo exige, por parte de legisladores y jueces, un estudio integral y profundo de la identidad sexual como tal. Habrá que profundizar en el conocimiento de la identidad sexual personal masculina y femenina para poder resolver estas nuevas situaciones que se presentan hoy en día ante el Derecho y que haciendo una revisión en el ámbito del Derecho Internacional, podemos observar que ha tenido soluciones jurídicas muy variadas y contradictorias. Rodríguez – Cadilla, M.

Entrado el siglo XXI el Perú sigue afrontando la persistencia de la discriminación en diversos ámbitos de las relaciones sociales. Si bien en las últimas décadas se han logrado avances relevantes en el reconocimiento y respeto hacia la diversidad cultural en sus distintas facetas, esto no ha sido suficiente como para sostener que la ruta hacia una sociedad igualitaria y libre está consolidada. Organización Manuela Ramos. (2011)

a) Hermafroditismo y pseudo hermafroditismo

El hermafroditismo tiene como característica más relevante la presencia en un mismo sujeto del aparato sexual masculino y femenino, y en una misma proporción, es decir, en perfecta equivalencia entre sus órganos genitales masculinos y femeninos. Es decir, el sujeto que padece de hermafroditismo tiene tanto de órganos sexuales masculinos como de órganos sexuales femeninos, de ahí que sufra de una disforia genital congénito.

Precisamente, el pseudohermafroditismo es el fenómeno que se asocia a las deformaciones que se dan en ciertos sujetos, consistentes básicamente en el desarrollo de manera conjunta y confusa tanto de órganos sexuales de varón como de mujer, pero con predominio de uno de éstos. En otras palabras, el pseudohermafroditismo se trata de la irregularidad somática por la cual una persona cuenta, al mismo tiempo, con genitales externos de ambos sexos, aunque con predominancia de los de sólo uno de ellos.

b) Homosexualidad

Anteriormente se consideraba como una patología, para luego ser incluida en la clasificación internacional de enfermedades elaborada por la O.M.S., la homosexualidad, conocida por igual como isosexualismo, conlleva la atracción sexual y sentimientos sexo-eróticos hacia personas del mismo sexo. Así, es la propensión a entablar vínculos sexuales y afectivos con personas del mismo sexo. De esa manera, la homosexualidad es un desorden de orientación sexual, que se define en función de las personas por las que se siente atracción y deseo, de suerte que el homosexual es aquel que experimenta atracción y amor por sujetos de igual sexo. Hoy en día, el

homosexual de sexo biológico masculino es denominado simplemente “homosexual” o también “gay”; mientras que el homosexual de sexo biológico femenino es llamado “lesbiana”.

c) Bisexualidad

Consiste en la necesidad y el interés sexual y emocional que se dirige a personas de cualquiera de los dos sexos, de manera equivalente e indistinta, de ahí que la persona bisexual potencialmente pueda amar tanto a varones como a mujeres.

d) Travestismo

Se entiende al travestismo es el gusto por el uso de ropas y accesorios que, de acuerdo a los convencionalismos sociales o culturales, son propias del sexo opuesto, actividad de la que emana enorme placer sexual. El travestismo es casi exclusivamente una variación sexual masculina, en cuanto a las etiquetas tradicionales, es así que cuando un varón disfruta con utilizar vestimenta de mujer, ello se denomina “travestismo femenino”, y cuando una mujer usa atuendos masculinos, ello se llama “travestismo masculino”.

Si bien es cierto que la transexualidad conlleva la utilización de ropas que socialmente han sido asignadas al uso de las personas del sexo biológico opuesto, la significación de la transexualidad trasciende esta sola práctica, ya que además se presenta la necesidad de acercar, en la mayor forma posible, la apariencia física a las características morfológicas externas que son inherentes a las personas del sexo contrario al del individuo transexual, sea a través del consumo de hormonas o de la cirugía transexual, o de

ambas. Dicho de esa manera, la diferencia entre transexualismo y travestismo es más que evidente, al poder decirse que el travestismo no sería más que sólo una de las facetas de la transexualidad.

e) Transexualidad

De la que hemos comentado previamente en la presente investigación.

2.3.7. Adecuación del sexo en la legislación comparada.

La adecuación de sexo tiene su fundamento en el derecho al libre desarrollo de toda persona. Este derecho supone que se proteja el libre desenvolvimiento de cada persona. La adecuación se fundamenta en el derecho a la salud de los transexuales, entendiendo que el derecho a la salud no solo se aplica cuando uno está enfermo, sino que también busca alcanzar un “estado de bienestar”.

De esta misma manera, la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en la sentencia del Expediente N° 803-2005-0, planteó que el derecho a la salud es una condición indispensable para el desarrollo humano y es un medio para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Lo antes mencionado, se corresponde con la constante pugna interna y externa que discurre en la vida de un transexual por ser aceptado. Asimismo, dado que la adecuación de sexo se presenta como una liberación para los transexuales, la misma se legitima y guarda correspondencia con el respeto al derecho a la identidad sexual. Además, con el avance de la ciencia se ha llegado a admitir que el síndrome “transexual” no se puede superar con terapias hormonales ni con sesiones de terapia psicológicas (al menos en los transexuales adultos); sino que, por el contrario, solo a través de la intervención quirúrgica se puede llegar a resultados satisfactorios.

2.3.7.1. Italia

En Italia, primero la jurisprudencia y luego la legislación permitieron la reasignación de sexo, exigiendo solo a los transexuales para la rectificación de las partidas de estado civil por motivo de cambio de sexo escribir el sexo que quieren que aparezca y el nombre. De esta manera se respeta el derecho a la vida privada del transexual (su derecho a la intimidad). Frente a esto, algunos juristas proponen el derecho del cónyuge a saber del cambio de sexo, ya que uno de los fines del matrimonio es el tener hijos y un transexual es una persona estéril (por la propia operación de adecuación de sexo).

2.3.7.2. Alemania

En el caso de la legislación Alemana, no requiere que los transexuales se sometan a una reasignación de sexo. Esto resulta ser lo más ideal, porque la reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal terminan siendo una valla económica para los transexuales que no puedan costárselas.

2.3.7.3. Holanda

El caso de España es bastante particular, a partir de una reforma del Código Penal se despenalizaron las operaciones quirúrgicas de adecuación de sexo y se emitieron decretos sobre la rectificación del sexo en los reglamentos del Registro Civil, a pesar de ello, lo que ha sucedido en la jurisprudencia española es que algunos pronunciamientos han permitido las intervenciones de adecuación de sexo y el consiguiente matrimonio, mientras que otras decisiones se han pronunciado en contra de la adecuación de sexo y/o del derecho al matrimonio de los transexuales.

2.3.7.4. Otros países.

En Holanda se propone como requisitos para la adecuación de sexo el no estar casados y el tener incapacidad perpetua de procrear. En el caso de los Estados Unidos se ha permitido la adecuación de sexo. En

el estado de Illinois se ha permitido que el registrador pueda rectificar el sexo luego de la intervención quirúrgica. En Lousiana y California se ha permitido la adecuación de sexo con la realización de la operación quirúrgica. Por otro lado, en Canadá se permite la adecuación de sexo y la modificación del nombre con la presentación de dos certificados médicos.

2.3.7.4.1. Posición de la corte europea de los derechos del hombre.

Por otro lado, la Corte Europea de los Derechos del Hombre sancionó en 1976 a Bélgica por haber violado los artículos 8 y 12 de la Convención vinculados al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. Esto debido a que Bélgica le había prohibido a un transexual la modificación de su sexo y le había prohibido contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo.

2.3.8. Tutela del derecho a la identidad de género en el Perú

En el Perú, los procedimientos registrales de identidad están a cargo de Reniec, entidad que está encargada de tener actualizado los datos de todos los ciudadanos peruanos, registrando de tal manera nacimientos, matrimonios, defunciones, etc. Además, está encargado de otros procedimientos tal es el caso de la rectificación de datos del registro civil. Sin embargo, no todos los procedimientos que están vinculados a la identidad se quedan en el fuero administrativo de Reniec.

Respecto a la modificatorias de nombre y sexo, serán procedimientos que se realizarán por la vía judicial, así está establecido en el primer párrafo del artículo 29 del Código Civil y artículo 826 del Código Procesal Civil, los cuales prescriben respectivamente lo siguiente: “Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.” y “(...) Cuando se trate de la rectificación del nombre, sexo, fecha de acontecimiento o estado civil, se indicará con precisión lo que no se solicita.(...) ”

Es el caso de un ciudadano “diferente” que quiera adecuar los datos de su registro civil a su identidad de género, solo le queda recurrir a la vía judicial para ver tutelada su solicitud. Dicha solicitud, estaría contenida en una demanda, la cual quedará a criterio del juez, sin embargo, nada garantiza que su petitorio sea atendido, ya que no existen criterios jurisprudenciales claros al respecto.

2.3.8.1. Derecho a la identidad sexual, de género y orientación sexual.

El derecho a la identidad sexual, yace dentro del derecho a la identidad personal, este derecho es de reconocer al sujeto como perteneciente a determinado sexo. Hay que considerar que la sexualidad se encuentra presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. Manrique de Lara, J. (2015)

Por otro lado, la identidad sexual es la parte de la identidad que posibilita el reconocerse y el actuar como seres sexuados y sexuales.

Ella está constituida, en primer término, por el «rol de género», que alude a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo según las reglas establecidas en la sociedad. Estos roles de género o códigos de comportamiento se transmiten de manera imperceptible (con frases como «los hombres no lloran» o «las mujeres usan vestido»). Sin embargo, cuando los niños no se comportan conforme a estos estereotipos sociales establecidos es que surge la angustia de los padres por tratar de prevenir futuros comportamientos de confusión de la identidad sexual. Dicha preocupación se manifiesta en comportamientos de restricción o de prohibición de determinados comportamientos o prácticas; lo cual es contraproducente puesto que la expresión que manifiesta todo ser humano debe realizarse dentro del contexto de un desarrollo integral y limitar el tipo de experiencias (como la de un niño que

juega con muñecas) puesto que solo inhibe el aprendizaje y no ayuda a consolidar la identidad sexual.

Un segundo elemento asociado a la constitución de la identidad sexual es la «identidad de género», referida a la vivencia interna que tiene cada persona de pertenecer a un sexo o a otro (esto podría coincidir o no con el sexo existente al momento del nacimiento).

Finalmente, podemos mencionar como tercer elemento a la «orientación sexual», que se refiere a la atracción por un determinado sexo, e incluso a la capacidad de mantener relaciones afectivas con, otras personas, pertenecientes a su mismo género, a otro género distinto o a más de un género.

III. CAPITULO: ANALISIS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

3.1. Jurisprudencia Peruana.

En el presente acápite analizaremos cuatro sentencias del Tribunal Constitucional referentes al tema de investigación; hemos seleccionado sentencias de años diferentes, a fin de analizar la evolución del pensamiento jurídico con respecto al derecho a la identidad, cambio de sexo y temas afines.

3.1.1. EXP N° 2868-2004-AA/TC.

Caso José Antonio Álvarez rojas

a. Resumen del caso:

Con fecha 29 de diciembre de 2003, el recurrente JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ ROJAS interpone acción de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional con el reconocimiento de su tiempo de servicios. Manifiesta que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba – Áncash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huari – Áncash. Agrega que, por los mismos hechos, se le pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria por Resolución Regional N.° 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996 y, finalmente, por Resolución Directoral N.° 728-2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio ne bis in ídem.

¿Cuál era la supuesta falta contra el decoro?

El recurrente era el padre biológico de un niño de seis meses de gestación, lo que había sido denunciado ante la Fiscalía, Municipalidad e Iglesia de la Provincia de Pomabamba y falta contra la obediencia porque el recurrente no habría “cursado la solicitud correspondiente ante sus superiores pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Rojas Minchola (...)”.

El caso pasó de un análisis de aplicación del principio *ne bis in idem*, -que era lo esperado-, a ser un caso de análisis del derecho al libre desarrollo de la persona. Por tanto, la cuestión que corresponde analizar es la siguiente: *¿es admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos, como el recurrente, puedan contraer matrimonio?*

Según el TC, más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

Si no existe un derecho constitucional al matrimonio, ¿quiere ello decir que no tiene protección constitucional la decisión de un efectivo de la PNP de contraer libremente matrimonio? O, planteado de otro modo, ¿es legítimo que un policía tenga que pedir autorización a la PNP para hacerlo?

El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución. Además, se afecta el principio de legalidad, pues, el ius connubis está sujeto a la exigencia del literal a), inciso 24 artículo 2°, de la Constitución. Y, por tanto, no se puede sancionar a un servidor público por no haber solicitado su autorización, como se ha hecho con el recurrente.

En segundo lugar, el Tribunal considera que se ha violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que así se hubiese satisfecho el principio de legalidad, la exigencia de contarse con una autorización de la PNP para que uno de sus efectivos contraiga matrimonio constituye una intolerable invasión de un ámbito de libertad consustancial a la estructuración de la vida privada del recurrente. Este último, como todo ser humano, es libre de decidir con quién contrae matrimonio y cuándo lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal, por más que se preste servicios en dicha institución.

La verdadera razón de la sanción:

Por otro lado, ***el Tribunal Constitucional observa que el recurrente verdaderamente fue sancionado con el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria, tras supuestamente haber cometido faltas contra el decoro y el espíritu policial. La comisión de tales faltas se sustentaría, según la parte considerativa de la mencionada Resolución Regional N.° 062-IV-RPNP-UP.AMDI, en el hecho de que el 03 de mayo de 1996 el recurrente se casó con Óscar Miguel Rojas Minchola, “quien, para tal efecto, asumió la identidad de Kelly***

Migueli Rojas Minchola, previamente adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, pese a haberse percatado y tenido conocimiento, en su condición de auxiliar de enfermería, de las anomalías físicas que presentaba en sus órganos genitales, hecho acreditado posteriormente con el reconocimiento médico legal de fecha 06AGO96, expedido por la Dirección Regional de Salud de Huari, diagnosticando en la persona de Oswaldo Miguel Rojas Minchola: Actualmente no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plastía previa en órganos genitales. D/C: HERMAFRODITISMO', demostrando, con estos hechos, total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP, incurriendo, de esta manera, en graves faltas contra el decoro y el espíritu policial, estipuladas en el art. 83: "c" -13 y "d" -8 del RRD PNP, con el consiguiente desprestigio institucional (...).

Del análisis se desprende que la justificación que indica la PNP para imponerle una sanción al recurrente definitivamente no se sustenta en que se habría casado sin autorización, sino en lo siguiente:

- a). Que tal matrimonio se efectuó con una persona de su mismo sexo, que habría cambiado sus nombres de pila, y
- b). Que mantuvo relación de convivencia con tal persona, pese a conocer o tener que razonablemente haber inferido, en función de su condición de auxiliar de enfermería- las "anomalías físicas" de sus órganos genitales.

A juicio del Tribunal Constitucional, el primer motivo de la sanción impuesta puede analizarse desde una doble perspectiva. En primer término, que ***tal sanción se impuso por casarse con una persona que habría "previamente adulterado sus documentos***

personales”. O, en segundo término, que la sanción obedezca a haber mantenido “relaciones sospechosas” con un transexual.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera, prima facie, que, si la sanción se impuso al recurrente porque terceros cometieron delitos, entonces ella resulta desproporcionada, puesto que se ha impuesto una sanción por la presunta comisión de actos ilícitos cuya autoría es de terceros.

Cabe, no obstante, entender que la sanción impuesta no solo haya obedecido a las razones que antes se han expuesto, sino también al hecho de haber mantenido relación de convivencia con un transexual, con “anomalías físicas” en sus órganos genitales, pese a conocer tal condición, o tener que razonablemente haberlo inferido dada su condición de auxiliar de enfermería.

A criterio del Tribunal, tal cuestión pone de manifiesto un doble orden de problemas. Por un lado, si la convivencia con un transexual puede o no ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador; y si la definición de los atributos de la personalidad pueden ser formados bajo la compulsión del Estado.

Pues según el TC estos no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado, y tampoco pueden considerarse ilícitos desde el punto de vista del derecho, a no ser que con su ejercicio se afecten bienes jurídicos; forman parte de aquello que el derecho no puede regular. De ahí que cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. ***Es decir, se está condenando una***

opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional.

Con tales afirmaciones, el Tribunal no alienta que, al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú, sus miembros puedan efectuar prácticas homosexuales; tampoco, por cierto, heterosexuales, lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros.

Por tanto, el Tribunal considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones “sospechosas” con un transexual.

Por los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda.
2. Ordena que la emplazada reincorpore al servicio activo a don José Antonio Álvarez Rojas, reconociéndole su tiempo de servicios como reales y efectivos.

(Extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>).

b. Comentario:

“La convivencia con un transexual no puede ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador; y la definición de los atributos

de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado”

Si bien el presente caso no discute plenamente el tema de cambio de sexo, si podemos encontrar luces referente al derecho a la libre determinación de la personalidad, incluyéndose dentro de la esfera de la libertad humana, la opción, identidad y preferencia sexual de una persona (miembro de la PNP que había contraído matrimonio con un transexual); dejando muy en claro que la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado; asimismo no deberían ser limitados por el Estado en ningún aspecto (lo que implicaría la formulación de mecanismos de proyección de los mismos). Dicha interpretación haría predecir que los casos de cambio de sexo, también deberían ser protegidos bajo la esfera del derecho a la identidad y derecho a la libre determinación de la personalidad, lo cual comprobaremos con las sentencias posteriores. En esta sentencia pese a tratarse sobre un matrimonio de un miembro de la PNP con un transexual, el Tribunal no desarrolla el supuesto 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 sus órganos genitales.

Se toma esta sentencia para análisis pues es una de las primeras en las cuales nuestro Tribunal Constitucional discute el tema de identidad y preferencia sexual; aunque de manera indirecta (*por cuanto el caso es referente a la vulneración del principio de ne bis in ídem, con una causal encubierta que manifiesta el tratamiento de dichos casos por la PNP*), dando apertura para la gran cantidad de casos específicos que vendrían en adelante.

3.1.2. EXP N° 2273-2005-PHC/TC.

Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas Lima

a. Resumen del caso:

Corresponde a un Recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 73, de fecha 2 de marzo de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

Con fecha 9 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), tras considerar que al denegarle el otorgamiento de un duplicado correspondiente a su Documento Nacional de Identidad (DNI) se vulneran sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Manifiesta que la emplazada no le otorga el duplicado de su DNI N.º 19327439 desde hace más de 4 años, no obstante haber cancelado los pagos correspondientes para tal expedición, y que tampoco ha emitido resolución alguna en la que señale los motivos por los cuales no le ha entregado el duplicado en referencia; por el contrario, los funcionarios de la entidad demandada le indicaron, en forma verbal, que su identidad se encontraba cuestionada, siendo necesario que presente su Partida de Nacimiento, requerimiento que oportunamente cumplió. Sin embargo, y pese a ello, le continuaron denegando el duplicado correspondiente. Expresa, además, que en el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre Rectificación de nombre y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial dispuso la rectificación de su nombre, conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad. Con dicha acta es que se apersonó a la entidad demandada

con la finalidad de que se consignen sus nombres rectificados judicialmente, razón por la cual se le entregó el DNI N.º 19327439, cuyo extravío ha originado el que tenga que tramitar el duplicado que, sin embargo, ahora se le niega.

El Procurador Público del RENIEC se apersona al proceso y expresa que la parte actora ostenta una trayectoria pretensora de doble identidad sexual, como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas y como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas; que con fecha 4 de mayo de 1976 obtuvo una Boleta de 7 dígitos o Libreta Electoral N.º 1211481 bajo el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas con sexo masculino; posteriormente, con fecha 19 de octubre de 1984, obtiene la Partida de Inscripción N.º 19203903 en base a la inscripción anterior y nuevamente a nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, con sexo masculino. Luego, con fecha 8 de junio del 2001, se presentó ante la Agencia de Lima solicitando un trámite de rectificación de datos del DNI N.º 19203903, el cual fue rechazado con la observación “Por Oficiar Partida de Nacimiento”, siendo pertinente puntualizar que, a la fecha, es el citado DNI el que se mantiene habilitado en el sistema computarizado ANI/RENIEC. Por otra parte, con fecha 26 de junio de 1989, la misma persona obtiene la Inscripción N.º 19238729 a nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, con sexo femenino, posteriormente, con fecha 1 de julio de 1992, obtiene la inscripción N.º 19327439, teniendo como sustento el documento anterior, consignando los mismos nombres, género y demás datos. Finalmente, con fecha 25 de febrero de 1997, la parte actora obtiene el Documento N.º 19327439, según el Formulario N.º 00209464, a través del trámite de duplicado, identificándose nuevamente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. A raíz de todos estos hechos la Unidad de Investigaciones de la GO/RENIEC realizó un Examen de Confrontación Monodactilar que concluyó que existía identidad dactilar entre todas las muestras, tratándose de una misma persona biológica que, sin embargo, había realizado dos inscripciones. Por tales razones se canceló la Inscripción N.º 19327439 a nombre de Karen Mañuca,

por tratarse de una nueva inscripción efectuada por el ciudadano Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, no habiéndose vulnerado derecho constitucional alguno.

El Trigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de febrero de 2005, declara improcedente la demanda de hábeas corpus, por considerar que la parte actora no ha esclarecido su verdadera identidad, ni tampoco ha señalado los pormenores relacionados a su doble inscripción en el RENIEC. Por otra parte, las anomalías que pudieron cometerse en el proceso regular deben resolverse dentro de él mismo y no en uno de naturaleza constitucional, ya que no hay vulneración a la libertad individual.

La recurrida, confirma la apelada esencialmente por los mismos fundamentos.

Petitorio

Según fluye de autos, mediante la demanda la parte actora persigue que el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) expida el duplicado de su Documento Nacional de Identidad, tras considerar que la negativa de realización de dicho trámite vulnera sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, y a la libertad personal.

En el contexto señalado, es pertinente precisar que lo que la parte actora reclama en el presente caso no sólo se limitaría a la expedición formal del citado documento de identificación, sino a que éste contenga los datos renovados que señala (nuevo nombre), en mérito a la rectificación de su Partida de Nacimiento, de manera que no sólo se trataría de un nuevo documento sino de una nueva forma de identificarse, ya no como don Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, sino como doña Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, la cual ya ha ostentado, según se apreciaba de la copia del DNI (extraviado) que presenta.

En tal sentido, el TC se pronunció acerca de lo que representan el principio de dignidad, el derecho a la identidad y el rol del Documento Nacional de Identidad. Se trata además de establecer si al no contar con documento de identidad, la parte demandante es perturbada en su derecho a la identidad, razón por la cual, corresponde evaluar la actuación de la administración.

En efecto, en nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función: de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, con lo que la carencia del mismo supone una limitación de otros derechos ciudadanos, uno de los cuales está referido a la libertad individual.

Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende no sólo la eficacia del derecho a la identidad, sino de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación, o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala.

Del análisis efectuado se aprecia que la parte demandante obtuvo dos inscripciones en fichas 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 del 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 67º, inciso 4) de la Ley N.º 14207 –depuración de las inscripciones múltiples– a fin de evitar una multiplicidad de éstas.

Así, con fecha 21 de junio del 2001, la parte demandante solicitó a la emplazada la rectificación de los datos contenidos en el registro N.º 19203903 (primer y único registro vigente como Manuel Jesús), trámite que fue rechazado en su aprobación con la observación “por oficiar partida de nacimiento”, según se aprecia a fojas 24 de autos, situación que si bien nace a partir de una solicitud de su parte, el transcurso del tiempo en su ejecución –más de 4 años– y la consiguiente demora en la expedición del documento de identidad, así como la ausencia de una respuesta por escrito a dicho pedido, es una situación que vulnera los derechos a la dignidad e identidad de la parte demandante, pues dicha conducta administrativa (inactividad formal) resulta contraria a nuestro Texto Constitucional.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la parte demandante el duplicado de su Documento Nacional de Identidad con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.º 35, supra –mandato judicial–, y sin perjuicio de lo establecido en el fundamento N° 36, supra. (extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>)

en el fundamento N.º 36, *supra*. (extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>).

b. Comentario:

En el presente caso podemos observar en efecto, como nuestro ordenamiento jurídico empieza a darle preponderancia al derecho a la identidad, y a los derechos inherentes al mismo, por cuanto ***ordena la expedición de un duplicado de DNI a una persona de sexo masculino, pero con nombre “femenino”***; por cuanto consideran que dicho documento posibilita no solo la identificación precisa del titular, sino constituye un requisito para el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, así como para la realización y desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales, etc; con lo que carecer de dicho documento significa una limitación al ejercicio de derechos constitucionales, vulnerando la libertad individual.

Asimismo, podemos apreciar que se considera la intangibilidad de los demás elementos identitarios en dicho documento, los cuales no estaban en discusión; sin embargo, se deja abierta una posibilidad de interpretación flexible de la identidad sexual, por cuanto en su fundamento 15 expresan lo siguiente ***“El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, sicológico, 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”***; lo cual indica que el TC reconoce el sexo psicológico femenino de la actora y esta sentencia lo que hace en respeto a su identidad sexual y dignidad personal es concordar el aspecto estático (nombre) con el aspecto dinámico (proyección de su personalidad).

3.1.3. EXP N° 0139-2013-AA/TC

Caso P.E.M.M, representado por Rafael Alonso Ynga Zevallos – San Martín

a. Resumen del caso:

Corresponde a un Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M. contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 361, de fecha 10 de septiembre de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

Con fecha 23 de agosto de 2010 el recurrente en representación de P.E.M.M. interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil — RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su partida de nacimiento. Asimismo, solicita que esta demanda se ponga en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima).

Alega el recurrente que su poderdante P.E.M.M. obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp.104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. ***Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es "masculino", lo cual considera que afecta su***

derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad.

Aduce el recurrente que P.E.M.M. es un transexual, no un hombre, sino "una **mujer reasignada**" mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que ***no basta sólo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad.*** En resumen, en el caso de autos el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de J.L. a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

En cuanto al **derecho fundamental supuestamente afectado** en el presente caso, el Tribunal considera que **éste es el derecho a la identidad**. No sólo porque ese es el derecho invocado por el recurrente, sino también porque ya antes el Tribunal ha considerado que ese es el derecho involucrado en controversias relativas al registro de estado civil (STC 2273-2005-PHC/TC, 5829-2009-PA/TC, analizada en el punto anterior). Debe mencionarse también que el recurrente hace una enumeración de otros derechos que, a su juicio, se relacionan con el derecho a la identidad, pero luego precisa que en concreto éste es el derecho que considera violado en el caso de autos, por lo que el pronunciamiento del Tribunal se centró en dilucidar si existe o no la alegada afectación al derecho a la identidad.

El recurrente sostiene la tesis de que el sexo de los transexuales lo determina el sexo psíquico y no el sexo cromosómico (que en el caso de éstos, como en todas las personas, permanece siempre el mismo), por lo que el sexo para el Derecho debe ser el sexo

psíquico, abandonándose el principio de que el sexo cromosómico define el sexo de la persona y que éste es indisponible.

Sin embargo, el TC advierte que este es un planteamiento sobre el cual no existe actualmente certeza o consenso científico, sino, por el contrario, un arduo debate. En efecto, aquello que el recurrente y P.E.M.M. afirman concluyentemente sobre la cirugía como el tratamiento indicado para el trastorno de la transexualidad y la consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, estaba en realidad sujeto a gran polémica en el mundo científico.

Así, P.E.M.M. sostiene que, al ser diagnosticada de transexualismo, la única posibilidad de "superar esa patología" era "a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana". El cirujano plástico reconstructivo y estético afirma que frente al diagnóstico de transexualismo "la intervención quirúrgica" es "la terapia más oportuna". Y el informe psiquiátrico indica que P.E.M.M. "ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno", consistente en mantener "tratamiento hormonal feminizante" y someterse "a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer (vaginoplastía 2001 y prótesis mamaria 2000)".

No obstante, el TC puede advertir que ***la cirugía como el tratamiento adecuado para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente en el campo científico*** (por ejemplo, lo ocurrido en la jurisdicción interna alemana, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 12 de septiembre de 2003, Van Kück y Germany, n°s 12 a 28). Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien atinar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-

psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él.

La ciencia pone en tela de juicio que la intervención quirúrgica se muestre como el único medio eficaz válido para la atenuación o eliminación del síndrome transexual. Que la transexualidad sea una patología, que genere sufrimiento y que requiera tratamiento e intento de curación, además de la comprensión social, es indiscutible para el TC en esta sentencia, pero, como señalan que ha quedado demostrado, que en lo que los científicos no están todavía de acuerdo es sobre cuál sea el tratamiento más eficaz. El Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.

Consecuentemente mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de "la naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico.

Por todo ello el Tribunal juzga que debe desestimarse la pretensión del recurrente de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M., pues, por las razones aquí expuestas, dicho Tribunal no puede eximir a P.E.M.M. de la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro de estado civil corresponde a su sexo biológico.

Desde esta perspectiva, para el TC estimar el pedido del recurrente hubiese acarreado los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: **1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico** (si la sentencia del Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como el prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina).

Además según el TC *“la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros”* si, por ejemplo, en caso llegara a permitirse al transexual el matrimonio según el nuevo sexo, la otra parte no tuviera forma de conocer que se ha dado esa modificación, pues lo contrario, además de hacer cómplice al registro civil de un posible engaño, daría lugar a un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el "error sobre la identidad física del otro contrayente" (artículo 277, inciso 5, del Código Civil).

Finalmente, el Tribunal observa 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, que se ha efectuado tanto en su partida de nacimiento como en su DNI según refiere el recurrente. ***De esta forma este Tribunal es del criterio, sostenido ya en la STC 2273-2005-PHC/TC (punto 2 resolutivo), 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. Consecuentemente, al estar ya inscrito el cambio de***

prenombre de P.E.M.M. este Tribunal considera que no se ha acreditado la vulneración de su derecho a la identidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú. (Extraído de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>)

HA RESUELTO:

1. Declarar INFUNDADA la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.
2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

b. Comentario:

Si bien esta sentencia mantiene ciertas opiniones anteriormente vertidas por el TC, tales como considerar que la aceptación de un cambio de nombre protege el derecho a la identidad, aun cuando se mantiene intangible un elemento de identidad como el sexo de la persona (segunda sentencia analizada, caso Karen Mañuca); contraviene otras opiniones que el TC había vertido sobre el tema en años anteriores, por cuanto considera la rigidez del concepto de identidad sexual; retrocediendo en cierta forma el avance en la reivindicación de los derechos de la comunidad LGBTI que se había observado en la última década.

En ese sentido, considerando la rigidez del concepto identidad sexual, el TC en la presente sentencia establece como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de

que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un "trastorno" o una "patología".

Según el Tribunal, existe indisponibilidad del sexo como elemento de la identidad de la persona en el Registro de Estado Civil, con excepción en los que exista algún error en la inscripción y, únicamente, en los casos de intersexualidad y hermafroditismo, mas no en cuanto a la transexualidad. Sin embargo, la sentencia contiene dos votos singulares que sí desarrollan la categoría jurídica de la identidad de género, en particular en el caso de las personas transexuales. Así señalan que la identidad no sólo se conforma del género biológico, sino también de elementos psicológicos, culturales y sociales.

Asimismo el TC manifiesta como argumento para declarar infundada la demanda, las "supuestas" consecuencias que acarrearía la dación de una sentencia favorable, por ejemplo que no se le podría negar el derecho al matrimonio a un varón y una mujer (que siendo varón de nacimiento realiza un cambio de sexo al género femenino); ello es irrazonable y carece de una motivación suficiente y lógica, pues no puede denegarse justicia constitucional bajo el pretexto de que una estimación positiva de lo que amparar la demanda ocasionaría, en referencia además a cuestiones controvertidas a las que el Derecho aún no ha dado respuesta.

En el caso en concreto, P.E.M.M. se identifica con género femenino, incluso ha logrado cambiar el prenombre masculino por uno femenino, por lo tanto, mantener el dato de sexo masculino en su DNI, perjudica su identidad, lesiona su dignidad y supone un trato discriminatorio en todas las actividades esenciales de su vida que requieran el uso de documento de identidad. A mi parecer la sola aceptación de un cambio de nombre no protege el derecho a la identidad (contrario a lo esgrimido en la sentencia analizada en este punto y en el anterior de la presente investigación).

3.1.4. EXP N° 6040-2015-PA/TC

CASO RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA (ANA ROMERO SALDARRIAGA) – SAN MARTIN

a. Resumen del caso:

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga) contra la resolución de fojas 313, de fecha 7 de agosto de 2015, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, que revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró fundada la pretensión sobre el cambio de nombre y, reformándola, lo declaró improcedente; en cuanto al otro extremo de la demanda, relacionado con el cambio de sexo, revocó la sentencia apelada que había declarado fundada la pretensión y, reformándola, lo declaró infundada.

Con fecha 15 de junio de 2012, la parte recurrente interpone demanda de amparo en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) y el Ministerio Público, y solicita el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación (Partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad—DNI). Sostiene que, desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud.

Al efecto, alega que toda su vida ha transcurrido con el nombre de su sexo biológico: Rodolfo Enrique; lo que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino. Su vida, menciona, siempre ha estado marcada por la discriminación; así, durante su infancia, fue objeto de burlas por sus compañeros de clase, mientras que sus maestros, lejos de reprimirlas, las permitían y alentaban. Sus

padres rechazaban su comportamiento, con maltrato físico y psicológico, con el propósito de forzarle un comportamiento de varón. Agrega que, llegada su adolescencia, los cambios en su cuerpo eran contrarios a lo que quería y las ofensas fueron cada vez peores, por lo que cayó en un estado de depresión, soledad e incompreensión en el que incluso consideró la posibilidad de suicidarse. Luego de culminar el colegio, según narra, decidió tomar una fisonomía más femenina, para lo cual dejó crecer su cabello, comenzó a maquillarse y vestirse como una mujer, y decidió adoptar, finalmente, el nombre de Ana. Refiere que, años después, viajó a España, donde se sometió a una cirugía de cambio de sexo, consistente en la ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastia; proceso acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional. Afirma también que, de regreso a Lima, a pesar de tener una apariencia femenina, el nombre y sexo consignados en sus documentos de identidad le han venido generando más episodios de discriminación. Así ocurrió, según refiere, cuando hizo una denuncia policial por el robo de su celular y, al observar sus datos registrados, los policías le sometieron a investigación y a revisar sus antecedentes penales. También menciona que cuando solicitó un préstamo en una entidad bancaria, y al observar la diferencia entre lo consignado en el DNI y su apariencia física, dicha institución le exigió realizar un examen ginecológico; entre otros episodios de discriminación, que le fueron traumáticos.

El Juzgado Especializado en lo Civil, de la Provincia de San Martín, mediante sentencia de 12 de agosto de 2014, declaró fundada la demanda, por considerar que se han vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que el nombre y sexo que se registran en los documentos de identificación tienen una relación directa con la identidad de las personas y, por tanto, pueden variar. Preciso

que, al no existir vías previamente establecidas, el proceso de amparo era el idóneo y adecuado para dilucidar la pretensión. Asimismo, expuso que el sexo constituye una unidad biopsicosocial, por lo que es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En dicha línea, dejó sentado que el Estado debe permitir a la parte demandante el cambio de sexo y de nombre, como una medida amplia y razonable, la cual se sustenta en el derecho a la identidad personal y en el respeto a su dignidad. Concluyó la sentencia en que los procesos judiciales no pueden desconocer esta situación, de modo que es procedente que la parte recurrente pueda exigir el cambio de sus datos sexuales registrables.

El RENIEC interpone, con fecha 25 de septiembre de 2014, recurso de apelación frente a la decisión emitida en primera instancia. Sostienen que el cambio de prenombre y sexo de la parte recurrente pudo haber sido reclamado en otra vía igualmente satisfactoria. En cuanto al fondo de la pretensión, sostiene que el Tribunal Constitucional cuenta con doctrina jurisprudencial en la que ha precisado que no es viable solicitar el cambio de sexo de conformidad con la legislación nacional (sentencia analizada en el punto anterior N° 0139.2013-AA/TC).

La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 7 de agosto de 2015, revocó la sentencia apelada y, reformándola, declaró la improcedencia de la pretensión de cambio de nombre, basándose en que existen otras vías igualmente satisfactorias donde la parte recurrente puede hacer valer el referido derecho, pues el proceso de amparo es eminentemente subsidiario y residual. En lo que respecta a la pretensión vinculada con el pedido de cambio de sexo, precisó que es el Juez de Paz Letrado el competente para autorizar la modificación.

En su Recurso de Agravio Constitucional, la parte demandante agrega a lo expuesto en su demanda que, en el caso peruano, no existe vía procesal alguna en la que sea posible solicitar el cambio de nombre y de sexo a favor de las personas transexuales, por lo que mal haría en reconducirse la presente controversia a la justicia ordinaria.

Análisis

La STC 0139-2013-PA/TC estableció, como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendido como un "trastorno" o una "patología", sin embargo el Tribunal Constitucional estima que es pertinente analizar, a la luz de este caso, si la postura jurisprudencial antedicha debe ser proseguida.

El Tribunal nota que esta interpretación del derecho a la identidad personal, cuyo propósito era vincular a la judicatura en la interpretación y tramitación de este tipo de causas, suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones: (i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y (ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo.

Por otro lado, este entendimiento del transexualismo también ha sido ratificado por distintos tribunales internacionales. Así, esta línea también ha sido asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias emitidas en los casos Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia); el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos (sentencias Van Kuck vs. Alemania y Goodwin vs. Reino Unido); y, a nivel de organismos internacionales, la Organización de Naciones Unidas (Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. A/HRC/29/23. Publicado el 4 de mayo de 2015). Las referidas entidades internacionales han coincidido en que el género encuentra un espacio particular de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha obedecido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y al principio de igualdad y no discriminación. No es casual esta coincidencia en el ámbito internacional, ya que refleja el estándar mínimo de protección que los Estados deben brindar a toda persona sometida a su jurisdicción. Ello, aunado a los principios de interpretación constitucional que emanan de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, genera que esta corriente no pueda pasar desapercibida.

En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, correspondería dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA.

En relación con el punto (ii), la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal vinculaba a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, por lo que se les restaba discrecionalidad para analizar los casos en los que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad.

Sobre ello, el Tribunal advierte que, en muchos casos, una interpretación rígida e inmutable de los derechos que la Constitución reconoce puede bloquear el acceso a la justicia.

En este caso, a través del establecimiento de doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. “Esa no es nuestra labor; antes bien, nuestros pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen, de manera general, como custodios de ella”. En ese sentido, establecer un contenido pétreo e inamovible de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal es, antes que fomento, la imposición de una barrera para la labor interpretativa que pueda desplegar la judicatura ordinaria. De este modo, la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial.

Lo anterior es aún más notorio cuando, en distintas experiencias a nivel comparado e internacional, el avance ha ido en una línea distinta. Así, en el Informe “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, párrafos 7 y 8, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada identidad de género”*.

La realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no

debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social, Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), contravendría el orden de las cosas por alterar sin "motivos suficientes" los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica (criterio también asumido en la STC 0139-2013-PA/TC), ya que, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal.

Por lo demás, el Tribunal en el presente caso advierte que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad.

El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no

existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 0139-2013-PA, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer las solicitudes de cambio de sexo. A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) que fueran presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y mientras los órganos emplazados no adopten los procedimientos especiales para esta clase de pedidos, la vía idónea y adecuada será la contenida en el artículo 546.6 del Código Procesal Civil, proceso en el que el juez está facultado a interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia.

Con la superación de dichos criterios en esta sentencia, el Tribunal Constitucional deja sentado que ya no existe ningún obstáculo ni legal ni jurisprudencial que impida admitir esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria. En consecuencia, corresponde dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin de que, si lo estimara conveniente, lo haga valer en el marco de un proceso que cuente con mayor actividad probatoria, de conformidad con los parámetros que han sido expuestos en la sentencia.

Por otro lado, con relación al cambio de nombre, es conveniente advertir previamente que, de manera contraria a lo expuesto por la parte demandada, la pretensión de rectificación de nombre no puede equipararse a la del cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el juez si considera

que los motivos que fundamentan la solicitud se encuentran justificados (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 20).

En el presente caso, este Tribunal aprecia que el artículo 749.9° del Código Procesal Civil regula la posibilidad de solicitar la rectificación de nombre mediante un proceso no contencioso, el cual, de conformidad con el artículo 750° del mismo Código es de competencia del Juez de Paz Letrado o de Notario. En cuanto al pedido de cambio de nombre, previsto en el artículo 29° del Código Civil que es lo que en este caso se solicita en la demanda de autos lo correspondiente es que, a fin de que la persona pueda hacer valer en una misma vía su solicitud, también sea tramitado en el proceso sumarísimo, junto el pedido de cambio de sexo en los documentos de identidad.

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente.
2. DEJAR SIN EFECTO la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC.
3. Declarar IMPROCEDENTE la demanda respecto al pedido de cambio de nombre y de sexo, y dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda. (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>)

Comentario:

Con esta sentencia se determina la procedencia de las solicitudes de cambio de nombre y cambio de sexo y se define la vía por la cual se procesarán dichas pretensiones (sumarísima); sin embargo

el mayor aporte que esta sentencia nos deja es el de considerar a la identidad de género y al sexo como conceptos dinámicos, dejando de lado la jurisprudencia establecida en la sentencia N° 0139-2013-AA, donde se consideraba al sexo como un componente exclusivamente estático, restándole discrecionalidad a los jueces para analizar casos en que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad, e impidiendo prácticamente la interposición de procesos de este tipo.

En la presente sentencia el Tribunal Constitucional se advierte que, en muchos casos, una interpretación rígida e inmutable de los derechos que la Constitución reconoce puede bloquear el acceso a la justicia; por lo que en resguardo de dicho derecho, los jueces si están facultados para analizar solicitudes de cambio de sexo.

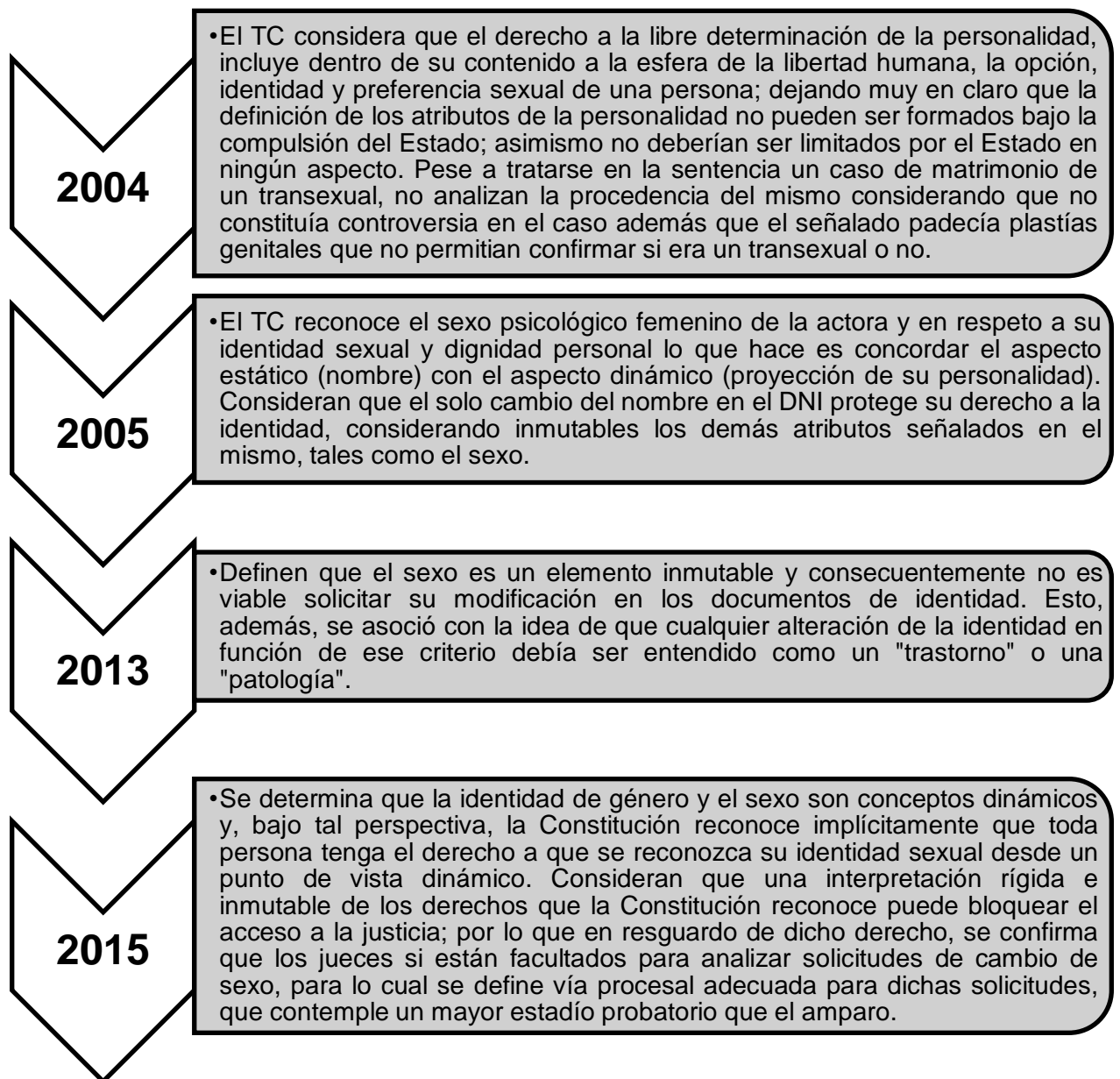
Según Marianella Ledesma, opinión con la cual coincidimos, la identidad de género y el sexo son conceptos dinámicos y, bajo tal perspectiva, la Constitución reconoce implícitamente que toda persona tenga el derecho a que se reconozca su identidad sexual desde un punto de vista dinámico. Al respecto, si los elementos constitutivos del sexo son al menos tres, el cromosomático, el genital y el psicológico, el Derecho no puede ignorar que, desde la medicina, surgen propuestas como la "teoría del sexo psicosocial" según la cual la subjetividad del sexo tiene un mismo rango científico que los datos biológicos y que, en todo caso, ***si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y con el asignado legalmente, entonces debería prevalecer el sexo psicológico.***

La orientación sexual y la identidad de género son expresiones de la diversidad de la naturaleza humana que merecen protección constitucional. Este reconocimiento constitucional de la diversidad sexual encuentra asidero en la propia idea de que la dignidad humana, por sí misma, debe ser reconocida y protegida por el Estado.

Como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional en jurisprudencia reiterada, la dignidad constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental.

3.1.5. Evolución del pensamiento del tc sobre el tema.

En referencia a las cuatro sentencias analizadas.



Fuente: Elaboración propia del Investigador, Agosto 2017.

3.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.2.1. Caso Karen Atala Riffo y niñas vs Chile

a. Resumen del caso:

El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado Chileno por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Karen Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios.

La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993. Las niñas M., V. y R., nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho; como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco.

En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor; en consecuencia, a ello, el 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el “desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “**no se**

encontraba capacitada para velar y cuidar de las tres niñas, dado que su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores, pues la madre no había demostrado interés alguno por velar y proteger el desarrollo integral de estas pequeñas”. Además, el señor López argumentó que “la inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo conllevaba a desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto alteraba el sentido natural de la familia, (...) pues afectaba los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad”, por lo que *“la opción sexual ejercida por la madre alteraría la convivencia sana, justa y normal a que tendrían derecho las niñas M., V. y R.”*. Por último, el señor López arguyó que “habría que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implicaría para las menores vivir junto a una pareja lésbica, pues en efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales estarían expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes y al sida”.

La señora Atala indicó que los alegatos presentados en la demanda de tuición la “conmovieron por su *agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual*, por la distorsión en los hechos que exponía y, por último, por su desprecio al superior interés de sus hijas”, y aseveró que “las alegaciones que se hicieron de su identidad sexual nada tienen que ver con su función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la Litis ya que situaciones de conyugalidad o de opción sexual no son extensivas a relaciones de parentalidad, materia del proceso de autos”. La señora Atala finalmente alegó que ni el Código Civil chileno ni la ley de menores de edad contemplaban como causal de “inhabilitación parental” el tener una “opción sexual distinta”.

- **Tuición provisional:** El 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, inter alia, con los siguientes argumentos: **i)** “que la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y **ii)** “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia”.

- **Sentencia de primera instancia otorgando la tuición de las niñas a la señora Atala:** Dada la inhabilitación del Juez Titular, correspondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003⁶¹. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran

presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba “ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno”.

- **Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco y concesión de orden de no innovar en favor del padre:**

El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar manteniendo el padre la custodia. Sobre esta orden de no innovar, la señora Atala presentó una queja disciplinaria contra dos integrantes de dicha Corte, alegando causales de recusación y de inhabilitación. La Corte Suprema de Justicia de Chile falló sobre este recurso de queja el 2 de julio de 2004, declarando por mayoría que no existió falta o abuso de los Ministros demandados.

- **Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile:** El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, concede la tuición definitiva al padre.

Análisis de la CIDH:

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de

edad y, por el contrario, **utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala.** Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo. (Extraído de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

b. Comentario:

El presente caso es uno de los primeros en referencia a identidad sexual y homosexualismo, tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y si bien no se aboca totalmente a la referencia del tema central de la Investigación, conviene analizarla para conocer las opiniones y fundamentos de la CIDH sobre la condición de las personas homosexuales y los derechos que por su calidad de personas les corresponden; reivindicando su posición ante la sociedad y promoviendo el respeto por su identidad sexual.

La presente sentencia destierra la idea de que un homosexual es un ser antisocial, por lo cual se pueden cuestionar varios aspectos de su vida, como su condición como pareja, padre, trabajador, etc. El caso Atala ayuda a dar el necesario y justo reconocimiento a este grupo social, a dar mayores argumentos en la consolidación de sus derechos, así como a alejarse de viejos estereotipos que tienen las personas con una preferencia sexual diferente; es definitivamente un gran avance en el reconocimiento de sus derechos, en respeto a su identidad sexual e igualdad ante la ley.

La Comisión y la Corte, definen que la **orientación sexual** no es un parámetro objetivo para determinar la capacidad de una persona (para cuidar menores en el presente caso, o para la realización de otras actividades inherentes a su condición de personas); por el

contrario es una simple **manifestación dinámica de su personalidad**, la cual debe ser respetada y amparada, evitando que se utilice como fundamento de discriminación en cualquier aspecto.

La sentencia constituye además un precedente regional importante en la jurisprudencia internacional de derechos humanos respecto del reconocimiento de derechos de las personas LGTBQ a su **identidad sexual como un componente esencial de su vida privada**, y sin menoscabo de su vida familiar.

3.2.2. Caso Duque vs Colombia

a. Resumen del caso:

El 21 de octubre de 2014 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso Ángel Alberto Duque contra la República de Colombia.

De acuerdo con lo señalado por la Comisión, el caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. Asimismo, consideró que la presunta víctima habría sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, la Comisión constató que el Estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo

sexo. Finalmente, concluyó que, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH, y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.

Extraído de:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

b. Comentario:

Esta es claramente otra sentencia de la CIDH que reivindica los derechos de los homosexuales y transexuales ante la ley, respetando su derecho a la identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad; y protegiéndolos asimismo de cualquier acto de discriminación o vulneración de su integridad personal por motivos de orientación sexual, configurados por parte de los estados sometidos a la jurisdicción de la CIDH.

3.2.3. Caso Diane Marie Rodríguez Zambrano vs Ecuador.

a. Resumen del caso:

El 15 de octubre del 2009 se presenta la Señorita RODRIGUEZ ZAMBRANO DIANE MARIE, en el registro civil para cambiar su sexo en el documento de identidad (Cédula) de masculino a femenino, para que este concuerde con su actual apariencia de mujer, según el artículo 11 numeral 2 de la constitución de la República del Ecuador que reconoce la Identidad de Género de los Ecuatorianos. Los funcionarios del Registro civil del Sur de Guayaquil ubicado en la avenida 25 de Julio a las 10:00 am niegan la petición.

El 28 de octubre del 2009 la señorita trans RODRIGUEZ ZAMBRANO DIANE MARIE, presenta una queja legal en la Defensoría del Pueblo solicitando su cambio de sexo en el documento de identidad. La queja legal, hace énfasis al precedente

legal para el cambio de nombres de masculino a femenino que DIANE MARIE RODRIGUEZ ZAMBRANO logró en Febrero del 2009, y el reciente cambio de sexo en el documento de identidad otorgado a la Trans Estrella Estévez emitidos por los señores jueces de la Tercera Sala de Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha en resolución dictada en segunda instancia en Acción de Protección, el 25 de septiembre del 2009, juicio 365-09, tomándose ambos casos como antecedentes legales suficientes para el reconocimiento de la ciudadana en sexo “femenino” de la afectada.

El 09 de noviembre del 2009, la disposición enviada por la Defensoría del Pueblo No.1348-DPG-2009 es recibida por el Registro Civil de la cual el mentado funcionario Ing. Paulo Rodríguez hace caso omiso y no da contestación por escrito a lo solicitado, quedando inmerso por omisión, la vulneración de los derechos constitucionales de la compareciente.

El 29 de enero del 2010, el Juzgado primero de lo civil del Guayas admite el trámite de la acción de protección que antecede la presentada RODRIGUEZ ZAMBRANO DIANE MARIE contra el Ingeniero Paulo Rodríguez Molina, Director General del Registro Civil, convocando a audiencia pública el 10 de febrero del 2010.

El 5 de julio del 2010, en el juicio No.09301-2010-0053 seguido por DIANE MARIE RODRIGUEZ ZAMBRANO y patrocinado por la Defensoría del Pueblo, en contra del Director del Registro Civil RODRIGUEZ MOLINA PAULO, se presenta la siguiente sentencia:

- **Cita del Extracto de la SENTENCIA:**

(...) En el número 27 del Capítulo Primero de la Biblia dice que: “... Crió pues Dios el hombre a imagen suya: a imagen de Dios le crió.; criolos varón y hembra...”. y, en el numero 28 agrega que Dios manifestó “ ... Y echoles Dios su bendición , y dijo: Creced y multiplicaos

*"Finalmente, el artículo 81 del Código Civil dice que: "... Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente...". Con todo el respeto que se merece la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y su fallo dentro del juicio No. 365-09., es una verdad inconcusa de que dicho pronunciamiento no es vinculante; y, por tanto no hay obligación de observar sus razones y motivaciones que le indujeron a efectuarlo. Por estas consideraciones, este Juzgado Primero de lo Civil de Guayaquil, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA", **declara sin lugar** el recurso de protección interpuesto por Diane Marie Rodríguez Zambrano y queda en libertad de acogerse a los canales que la Ley le franquea para el ejercicio de su derecho. Cúmplase lo dicho en el artículo 277 del Código Adjetivo Civil.*

El 07 de julio del 2010, la señorita RODRIGUEZ ZAMBRANO DIANE MARIE, apela ante el superior la resolución por no ajustarse a la ley de la constitución de la República del Ecuador, en oficio enviado por parte de la Defensoría del Pueblo.

El 17 de noviembre del 2011, la TERCERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRANSITO tramita la causa 09123-2010-0681 - (2010-01-20), la cual ratifica la sentencia, SIN RECIBIR DIANE MARIE RODRIGUEZ ZAMBRANO NINGÚN AVISO POR PARTE DE LA SALA O LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (No existe documento alguno, firmado por la afectada donde se le haga conocer sobre esta sentencia).

El 28 de noviembre del 2011, La Señorita DIANE MARIE RODRIGUEZ ZAMBRANO, en su calidad de presidenta de la Asociación Silueta X, recibe la queja legal de 4 transexuales que desean cambiar su sexo en el documento de Identidad (BURGOS PEÑAFIEL KENIA NAIKE - CI 1709528150, GARCIA ROSERO ANGEL FABRICIO CI. 0910947860, DE MERA HERRERA EVA AMANDA CI. 090957339, PILAY SANTOS SANDY ESTRELLA CI.0909577306), la cual presenta en la defensoría del Pueblo y aprovecha estos 4 casos para consultar el estado de su queja legal, indicando que no tiene conocimiento de los resultados luego de presentar la apelación el 07 de Julio del 2011.

En octubre del 2013, La señorita DIANE MARIE RODRIGUEZ ZAMBRANO, mientras realizaban una investigación sobre el "Acceso a la Justicia y los Derechos Humanos de los GLBTI en Ecuador", descubre en la página de Internet de la Judicatura, que su caso se había sorteado y había sido ratificado en la 3era sala de los penal del Guayas en el año 2011, dicho suceso que nunca conoció por escrito, ni por parte del Juzgado, ni por parte de la Defensoría del Pueblo.

Derechos humanos vulnerados:

El derecho a la identidad y singularmente a la identidad de género presupone el derecho a la dignidad y al lastimarlo se lesiona el derecho a la dignidad humana. Más allá de esto, se expone a la persona transexual en un contexto donde la cultura conservadora refleja una grave agresión contra la comunidad Transexual, inclusive a través del asesinato.

La Declaración Americana de los Deberes y derechos del hombre, indica en su artículo 1 que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Un documento de

identidad como lo es la cédula de ciudadanía en Ecuador expone en la actualidad a las personas trans al no representar el sexo de la persona en el que vive, pues revela su sexo de nacimiento en relación a su condición actual. Por lo tanto, le coloca en desventaja ciudadana y sobre todo en riesgo porque se convierte en un riesgo para la persona transexual, peligrando así su seguridad. **Se convierte en un desnudo institucional por parte del registro civil contra las personas transexuales.** Esto violaría en efecto el artículo 1, e inclusive el artículo 2 que indica que todas las personas son iguales ante la ley sin ningún tipo de distinción de la Declaración Americana de los Deberes y derechos del hombre.

En el caso la transexualidad, de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador y a los Tratados Internacionales, es una identidad ciudadana como cualquiera, y como tal debe ser reconocida en todas sus esferas, familiar, social, médica, psicológica, legal, etc.

El derecho a la identidad personal y colectiva es el que incluye tener un nombre y apellido debidamente registrado y libremente escogido según Artículo 66 numeral 28 de la Constitución de la República del Ecuador, haciendo que la persona se auto posea, auto determine, autogobierne, es decir es dueña de si y sus actos, con lo cual se estaría violentando este derecho. Esto se soluciona, con el reconocimiento constitucional de su género en la cedula de identidad, lo cual no se hizo en el presente caso.

La señorita Diane Marie Rodríguez fue valorada psicológicamente por profesionales, quienes en su informe dieron su criterio, indicando que físicamente se aproxima al sexo que ella reivindica, así como también el comportamiento social correspondiente a ese mismo sexo femenino. De esta forma, y como consecuencia de este hecho, por sentido lógico se debe cambiar el sexo en la partida de nacimiento por ser este el documento donde inicia su identificación.

La accionante en su pleno derecho de mantener una relación acorde a sus documentos identificatorios como lo es la cédula de ciudadanía, partida de nacimiento, pasaporte, licencia de conducir, títulos académicos, y además documentos personales, realizó el cambio de nombre de hombre a mujer como lo establece el artículo 84 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en base a lo dispuesto en el artículo 66 numeral 9. De la Constitución de la República del Ecuador. Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a la intimidad personal y familiar, están siendo vulnerados, pues su intimidad sexual se está exponiendo en un documento que revela su forma de nacimiento la cual no coincide con la forma actual de lucir. Eso la coloca en desventaja ciudadana, social y humana. Por tanto, se solicita que su vida íntima sea resguardada a través del reconocimiento del sexo y/o género femenino. Así mismo, sus familiares se encuentran expuestos indirectamente al ser ella reconocida en su sexo que no es el de nacimiento.

Extraído de:

<https://comunidadfutura.org/2014/01/31/presentada-1era-queja-glbti-de-ecuador-ante-cidh-comision-interamericana-de-derechos-humanos/>

b. Comentario:

En el presente caso sucedido en Ecuador, evidentemente se pueden determinar una serie de vulneraciones de derechos a la recurrente, denegándole el derecho a su identidad sexual en diversas instancias internas de forma inmotivada; lo cual resulta arbitrario más aún cuando existen precedentes en el mismo país, donde ya se había concedido el mismo derecho a otra persona previamente y bajo los mismos argumentos y circunstancias; lo cual refleja no solo la vulneración del derecho a la identidad sexual, a la dignidad, sino además vulnera el principio de predictibilidad y seguridad jurídica.

Que, es evidente que la decisión de los tribunales Ecuatorianos, ha expuesto constantemente a la recurrente a actos de discriminación,

por poseer aun, nombres femeninos y un sexo masculino en su cedula de ciudadanía, motivo por el cual en varias ocasiones y diversas instancias ha intentado efectuar cambios.

Asimismo, se ha vulnerado su derecho a la intimidad personal y familiar, pues su intimidad sexual se está exponiendo en un documento que revela su forma de nacimiento la cual no coincide con la forma actual de lucir. Eso la coloca en desventaja ciudadana, social y humana.

Como se ha mencionado, la identidad es una derivación de la dignidad humana, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la identidad sexual es intrínseca a ella; por tanto el Estado debe garantizar que la persona humana pueda plasmar su identidad sexual y efectivizarla en las acciones diarias de su vida de forma adecuada; por tanto denegarlo de forma arbitraria y con motivación aparente constituye una vulneración de derechos de carácter internacional, que pierde individualidad para pasar a ser una lucha de todo el colectivo trans de Ecuador, quienes en representación de la recurrente luchan ante la discriminación institucional con la cual se moviliza el Registro civil del Ecuador, y buscan a la fecha conseguir un pronunciamiento favorable de la CIDH.

3.3. Jurisprudencia de la corte Europea de Derechos Humanos.

3.3.1. Criterios adoptados por el Derecho Europeo respecto a la identidad sexual.

Como bien se sabe, el fenómeno transexual se evidencia en varias partes del mundo, y en el intento de solucionarlo, algunos países europeos han adoptado distintas posturas en relación al fenómeno transexual. Ello ocurrió, ante la problemática desatada por personas (Goodwin e I) que habrían sido registradas con un sexo determinado, y posteriormente se sometieron a un tratamiento quirúrgico para modificar morfológicamente el sexo de su nacimiento por el opuesto, y

esta nueva identidad sexual, no obtenía el reconocimiento jurídico, pese a que las intervenciones quirúrgicas que se hubiesen practicado estaban autorizadas en sus países de origen; razón por la cual, a fin de determinar la identidad sexual de una persona que había sido sometido al cambio de sexo, se optó por dar una solución, del cual existen tres criterios aunque difieren notablemente, aún persisten: **el criterio biológico, el socio psicológico y el cultural.**

3.3.1.1. Sentencias Goodwin E I. de 11 de julio de 2002 y su relación con otros casos.

a) **En Goodwin**, el Tribunal de Estrasburgo se ocupó del caso de un varón británico casado con cuatro hijos que empieza a vestirse como una mujer. Tras recibir tratamiento psiquiátrico, decide vivir como mujer, siendo operado y siguiendo clases de foniatría con cargo al sistema público de salud. Al final de este proceso, se divorcia de su esposa, y ante su nuevo aspecto empieza a sufrir acoso laboral y dice no poder demandar a la empresa porque la ley le considera varón. Finalmente, al ser despedida, sospecha que es por su nueva condición de mujer y para conseguir un nuevo trabajo debe mostrar su cartilla de la seguridad social en la que se le identifica como varón. Su petición de que los datos de seguridad social sean modificados es rechazada. Cuando alcanza los sesenta años, no se le concede la pensión como mujer, de modo que debe seguir trabajando hasta la edad en la que se jubilan los varones, sesenta y cinco años, pero pagando directamente sus cuotas a la seguridad social, a fin de que su empleador no sospeche. Durante todo el resto de su vida sigue siendo considerada varón a efectos bancarios, de seguros y en cualquier otro tipo de asunto oficial. Por ello demanda al Reino Unido por violación del CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.

- b) Por su parte, **en el asunto I**, el TEDH se enfrenta a la demanda de un transexual operado de hombre a mujer que trabajó un tiempo como enfermera del ejército y que, cuando tuvo la oportunidad de que éste le empleara de forma definitiva, tuvo que renunciar al serle solicitado el certificado de nacimiento, en el que sigue figurando como de sexo masculino. En todos sus trámites con la administración (la solicitud de un préstamo, pensión de discapacidad y de un nuevo trabajo, entre otros) se le exige un certificado de nacimiento que apoye su petición. Además, vive con un varón y quiere casarse con él, pero no puede porque sigue figurando como varón en el registro civil. Por todo ello considera que el Reino Unido ha violado el CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.

Tanto en uno como el otro caso existe un conflicto entre la realidad social y la norma jurídica que deja a los transexuales en una difícil y anómala situación porque el derecho choca con aspectos básicos de la identidad personal. En *Goodwin e I.*, el TEDH admite que aún en el 2002 no existía una opinión totalmente unánime en los Estados partes en el CEDH hacia el reconocimiento de todos los derechos que reclaman los transexuales. Sin embargo, afirma que hay una opinión más favorable hacia este colectivo que la que había hace unos años, jalonando su argumentación con ejemplos de prácticas y leyes recientemente adoptadas en algunos Estados Europeos. Por un lado, el TEDH aseguraba que en modo alguno estaba vedando el derecho a contraer matrimonio a las personas transexuales, ya que a éstas siempre les quedaba la posibilidad, tras su operación de conversión sexual, de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo morfológico externo pero de sexo cromosómico diferente. Por otro lado, el TEDH afirmaba (pero sólo en relación a las parejas heterosexuales) que el derecho a fundar una familia no puede ser interpretado en el sentido de que sólo puedan contraer matrimonio personas con

capacidad para procrear o personas que mantengan relaciones sexuales de tipo tradicional.

Con respecto a la posibilidad para el transexual operado de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo aparente, cabría puntualizar dos ideas. Por un lado, esta posibilidad representaría para el transexual convencido lo mismo que para un heterosexual representaría el que le dijese que únicamente puede contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo. Al igual que el heterosexual preferirá mantenerse solo con tal de no casarse con alguien de su mismo sexo, también el transexual verá reducido a la nada su derecho a contraer matrimonio si la ley le prohíbe casarse con alguien de sexo opuesto a su sexo psicosocial y cerebral pero de su mismo sexo cromosómico.

Por otro lado, cabía dudar si, a la hora de la verdad, el TEDH admitiría un matrimonio entre personas que, en apariencia, tienen el mismo sexo. En tal caso, parecería que los jueces europeos estarían propiciando algo que hasta el momento han negado como es el matrimonio de homosexuales.

En consecuencia, la Comisión Europea de Derechos Humanos prohibió en este asunto concreto lo que el TEDH decía que siempre estaría abierto a los transexuales, a saber, el matrimonio de una persona que sufre un trastorno de transexualidad con una persona de sexo cromosómico opuesto. Todo ello demuestra la falta de hilo conductor uniforme que existía hasta las sentencias Goodwin e I. en la jurisprudencia de Estrasburgo. Se podría decir que el transexual estaba encerrado en un círculo vicioso por el que los órganos de Estrasburgo no lo consideraban ni totalmente hombre ni totalmente mujer a efectos de contraer matrimonio, reconociendo sólo de forma parcial y fragmentaria su verdadera identidad sexual.

Con respecto a la afirmación del TEDH de que el derecho a fundar una familia no está restringido a las parejas heterosexuales que puedan procrear, lo cierto es que los órganos de Estrasburgo han venido aceptando desde tiempo atrás otras formas de vida familiar al margen de la familia clásica o célula familiar, es decir, padres heterosexuales casados con hijos. En este sentido, han aceptado que pueda constituir vida familiar una unión de hecho estable con o sin hijos; han aceptado que se pueda fundar una familia con hijos concebidos de forma no natural y, por supuesto, con hijos adoptados. También han reconocido que para contraer matrimonio no constituye una condición sine qua non ni la capacidad física para procrear ni tampoco la posibilidad física de mantener relaciones sexuales. Todo parecía abocar, por tanto, a un reconocimiento de la eventual vida familiar y a fundar una familia de una pareja que no puede procrear, que no puede concebir hijos comunes sino sólo de forma artificial, y que puede o no querer tener hijos mediante métodos no naturales, mediante adopción, o mediante el reconocimiento por parte de uno de ellos del hijo del otro. La pregunta era entonces si el TEDH admitiría todo esto con una pareja en la que uno de sus miembros es transexual. El TEDH no se decidía ni a permitir a tal tipo de pareja contraer matrimonio ni tampoco a reconocer sin fisuras su derecho a fundar una familia y a calificar su convivencia como vida familiar.

Ante los avances médicos, cada vez se acepta más que el sexo no debería ser asignado o reasignado solamente en base a criterios físicos y gonádicos. El TEDH entiende que está obligado a tener en cuenta todos estos avances en su jurisprudencia porque el precio a pagar sería alto, ya que de una u otra manera cabe la eventualidad de una posible negación de derechos humanos de este colectivo vulnerable. Por todo ello, identificar a una persona como hombre o como mujer atendiendo únicamente

a sus cromosomas puede suponer una violación de los derechos humanos de dicho individuo.

En 2002, el Tribunal encontró en Europa un ambiente mucho más proclive para afirmar esta nueva jurisprudencia que el que había encontrado con anterioridad. La sociedad de un buen número de países europeos empezaba a considerar que lo que reclamaban los transexuales era justo, además no parecía coherente que los servicios públicos financiaran operaciones de cambio de sexo y luego negaran a las personas operadas las consecuencias jurídicas que se derivan de dicho cambio en cuanto a su estatus civil y sus derechos: su derecho a contraer matrimonio, a desarrollar su vida familiar de acuerdo con el sexo que sienten como propio y a fundar una familia. Esta incoherencia creaba seres humanos “ambiguos” a los que se consideraba hombre o mujer en según qué aspectos jurídicos, económicos y sociales.

3.3.2. La coherencia del TEDH en su jurisprudencia.

Después de la emisión de las sentencias Goodwin e I., el TEDH ha tenido la ocasión de ocuparse de los derechos humanos de personas transexuales en casi una decena de asuntos. Mientras algunos de ellos han prosperado y han acabado en sentencia, otros han finalizado con una decisión en la que el TEDH ha inadmitido los casos por un motivo u otro. La característica común a estas sentencias y decisiones consiste en el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo ha despegado de su argumentación jurídica pre-Goodwin y ha comenzado a pedir cambios legislativos en los Estados europeos que permitan a los transexuales vivir su vida y su sexualidad con dignidad y sin discriminación. Entre las disposiciones del CEDH que han sido invocadas en estos pronunciamientos judiciales destacan principalmente los artículos 8 y el 11, como en los casos anteriores. También en alguna ocasión han sido invocados el artículo 3 (derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes), el artículo 6

(derecho a un juicio justo), el artículo 14 (derecho a no ser discriminado).

- Un año después de las sentencias Goodwin e I., **el TEDH se pronunció en el asunto Van Kück v. Alemania** (extraído de http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2003-VII.pdf.) indicando que la identidad sexual de la persona es una de las cuestiones más íntimas de la vida privada.

Dio a entender que el artículo 8, relativo a la protección de la vida privada y familiar, protege el derecho al desarrollo personal y la autodeterminación de las personas.

Este caso se originó en la demanda de una persona que descubrió su transexualidad de modo tardío, puesto que nunca se comportó o se vistió como alguien del otro sexo, sino que se casó con alguien de su sexo opuesto, intentó tener hijos y sólo cuando se diagnosticó su esterilidad, se empezó a plantear un cambio de sexo. Por esta razón, una aseguradora alemana se negaba a resarcirle del tratamiento médico y quirúrgico, siendo favorable únicamente al tratamiento psicológico del sujeto. Sin embargo, el TEDH entendió que obligar al transexual a demostrar la necesidad médica de su tratamiento, incluyendo la cirugía irreversible, no es razonable.

También mantuvo que, teniendo en cuenta las numerosas y dolorosísimas intervenciones médicas que implica un cambio de sexo, no se puede sugerir que haya algo arbitrario o caprichoso en la decisión de una persona de cambiar de sexo. Resulta llamativa la argumentación del Tribunal, sobre todo por comparación con su jurisprudencia anterior a 2002, en la que nunca se mostró tan sensible hacia la naturaleza y las dificultades que sufren los transexuales y siempre dio prioridad a la defensa de la legislación nacional.

- Aproximadamente tres años más tarde, en 2006, emitió una sentencia igualmente favorable a los intereses del demandante

en **Grant vs. Reino Unido**. Este caso afectó a un transexual de hombre a mujer al que la seguridad social había cobrado sus cuotas sociales desde su operación de cambio de sexo como si fuera una persona del sexo femenino.

No obstante llegado el momento, el TEDH le denegó el derecho a jubilarse y recibir una pensión a los sesenta años, edad a la que en el Reino Unido podían jubilarse sólo las mujeres. El Tribunal, en esta sentencia al caso Grant v. Reino Unido, entendió que el tratamiento que esta persona había sufrido a manos de las autoridades del país había violado el CEDH. En el párrafo 39 el Tribunal afirma, como ya hizo en Goodwin e I., la necesidad de interpretar el CEDH de acuerdo con las condiciones de vida actuales. Por eso, dadas las consideraciones médicas y científicas en el siglo XXI, el impacto del sistema de registros oficiales y el desarrollo del derecho interno, el gobierno británico no puede considerar que esta cuestión entre dentro del margen de apreciación de los Estados.

- Un año más tarde, el Estado demandado fue Lituania, un país que ha sido bastante lento tanto a la hora de aprobar una legislación sobre el cambio de sexo como a la hora de proveer de servicios médico quirúrgicos a sus ciudadanos que les permitan transformar su sexo anatómico. En la sentencia L. v. Lituania del 11 de septiembre de 2007, se describe este caso como el de un transexual de mujer a hombre. El demandante habría comenzado pero no había terminado aún su proceso quirúrgico de transformación en varón debido a la escasez de cirujanos especializados en este campo. La víctima se muestra incapaz de aceptar su cuerpo, siente frustración y angustia en su vida diaria y humillación cada vez que debe mostrar su documentación. Por ello considera que se ha violado su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes,

su derecho a la vida privada y su derecho a contraer matrimonio, puesto que tiene pareja y quiere casarse y adoptar hijos. El Tribunal se muestra sensible hacia su situación pero entiende que, aunque el artículo 3 del CEDH incluye los tratos mentales vejatorios y no sólo los físicos, en este caso esa situación no se ha producido. Tampoco entiende que se haya violado su derecho a contraer matrimonio con su pareja. De hecho, la demanda sería prematura en relación con este particular, porque en cuanto su transformación sexual sea completa, la legislación lituana permitirá dicho matrimonio.

En cambio, sí considera que se ha violado el derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 8 del CEDH, ya que las autoridades no han cumplido con su obligación positiva de proceder al cambio de los datos relativos al estado civil de una persona que ya ha comenzado su proceso quirúrgico de cambio de sexo. En este sentido, la lentitud en la aprobación de normativa legal de desarrollo sobre el cambio de sexo ha tenido el efecto de dejar a esta persona a mitad, no sólo desde el punto de vista anatómico, sino también desde el punto de vista de su reconocimiento legal como hombre o mujer.

De oportunidad perdida se puede considerar el caso de **Bellinger v. Reino Unido**, que terminó con el retiro voluntario de la demanda por parte de los demandantes. En él, un transexual que nació varón pero sufre disforia y vive como mujer se casa con una mujer que conoce y acepta sus antecedentes pero los tribunales no aceptan el matrimonio como válido. Sin embargo, esta oportunidad perdida se recuperó de algún modo en un asunto posterior, en la decisión de inadmisión del caso **Parry v. Reino Unido**. La posibilidad para el contrariamente a lo que es habitual, la persona transexual con quien quiere casarse es con alguien de su mismo sexo aparente pero distinto sexo cromosómico—reapareció en el asunto Parry.

- En **Parry**, las circunstancias son todavía más complicadas porque los demandantes ya están casados y se les fuerza a divorciarse so pena de no reconocimiento del nuevo sexo de uno de los miembros de la pareja. En concreto, un pastor anglicano casado y con tres hijos comienza un tratamiento hormonal y quirúrgico de cambio de sexo con el consentimiento de su esposa. El cambio de sexo es completo y, como efecto de la sentencia Goodwin, el reconocimiento de su nuevo sexo en el registro británico también lo podría ser, puesto que en 2004 el Reino Unido aprobó la Gender Recognition Act, que permite solicitar a un panel de expertos la expedición de un certificado que acredite el nuevo sexo de la persona que parece disforia. Sin embargo, el panel de expertos exigió a la demandante transexual (Doña Wena, antes Don William) que previamente se divorciase de su mujer porque si no, eso supondría para el Reino Unido tanto como aceptar un matrimonio de dos personas homosexuales. Aunque el Reino Unido permite la unión civil de homosexuales, con efectos similares a los del matrimonio, no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, la esposa del demandante transexual, que quiere seguir casada con éste, se niega a la anulación del matrimonio por sus profundas convicciones religiosas y desea simplemente seguir casada con esa persona, independientemente del sexo que aparenta. Este caso es realmente complejo, ya que el demandante se ve forzado a optar por su matrimonio o por el reconocimiento legal completo de su nueva identidad sexual. Frente a la situación del demandante, el TEDH asumió la argumentación del gobierno británico, y la secundó. En efecto, el Tribunal, aunque entiende el dilema del demandante, estima que tras la sentencia Goodwin, el Reino Unido ha reformado su legislación a fin de reconocer legalmente de modo completo la nueva identidad sexual de los transexuales. Sin embargo, el TEDH

señaló que esto no obliga a este Estado a tener que aceptar el matrimonio homosexual, aunque otros países europeos sí lo acepten. El TEDH entiende que la opción que se da a los demandantes no es desproporcionada ni abusiva, puesto que pueden seguir con su vida familiar y un estatus legal similar. Respecto a la eventual violación de su derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, entiende el TEDH que los Estados regulan este derecho, y en esa regulación, hay muchas cuestiones sensibles. Por tanto, entra dentro del margen de apreciación de los Estados el decidir si aceptan el matrimonio homosexual puesto que el CEDH al que se refiere y protege en el artículo 12 es sólo al matrimonio tradicional, esto es, el heterosexual. Por eso considera la demanda abusiva y se inadmite. Muy similares son los antecedentes de hecho del caso H. v. Finlandia, cuya resolución es del 13 de noviembre del 2012 aunque el Estado demandado es otro y, además, este asunto sí terminó en una decisión contra la demandante. En él, una persona nacida de sexo masculino que se casó y tuvo un hijo es diagnosticada posteriormente como transexual y sigue todos los tratamientos médicos necesarios para adaptar su cuerpo al sexo que siente como propio, es decir el femenino. Completado el proceso, lo único que pide la legislación finlandesa para proceder a cambiar su nombre y sexo en el registro según la normativa aplicable es, o bien que no esté la persona casada, o bien que su cónyuge consienta transformar su matrimonio en una unión civil homosexual, regulada también en la legislación finesa. La esposa se niega a ello y sólo desea mantener su matrimonio. La demandante, por su parte, reprocha al Estado que quiera convertir a su esposa en una lesbiana y teme dejar de figurar como “padre” del hijo común, puesto que un niño no puede tener dos madres. El Tribunal en su resolución al caso enfatiza que el Estado tiene la obligación positiva de asegurar el respeto de la vida privada

y familiar, incluido el respeto a la dignidad humana y a la calidad de vida de las personas. También reconoce que algunos Estados europeos han extendido el derecho al matrimonio a las personas homosexuales, pero que esto sólo refleja su propia visión sobre el rol del matrimonio en la sociedad. Sin embargo, entiende que la interferencia que se produce en este caso en la vida del demandante está prevista en la ley y tiene el fin legítimo de proteger la salud, la moral, los derechos y libertades de los demás. En este sentido, aunque la pareja está legalmente casada y quiere seguir casada, el derecho no permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. En cambio, sí que admite un partenariado o unión civil homosexual al que la demandante y su cónyuge, que hasta su conversión sexual era su esposa, tendrían acceso en cualquier momento si deciden disolver su matrimonio. Si no consiente la esposa al cambio de unión, la consecuencia será que permanecerán casados pero el cónyuge transexual no podrá ver reconocido su nuevo sexo. Todo ello resulta porque el Tribunal entiende que hay que preservar el interés de Finlandia en mantener la institución tradicional del matrimonio intacta. Aunque el Tribunal reconoce que la demandante se puede ver enfrentada a diario a situaciones incómodas, el Estado le ofrece la posibilidad real de cambiar ese estado y por eso no es desproporcionado pedir a la pareja que se divorcie y que se una en un partenariado civil. Llamen la atención tanto el caso Parry como el caso H. porque en ellos los transexuales demandantes, que han vivido y contraído matrimonio como personas heterosexuales antes de descubrir y/o aceptar su transexualidad, se ven apoyados de modo completo en sus reivindicaciones sexuales por sus parejas y tanto unos como otros desean a toda costa salvar sus respectivos matrimonios.

En estos asuntos, a la pareja del transexual no parece importar el sexo aparente de su cónyuge, se casó con esa persona

teniendo ésta un sexo concreto y la cónyuge sigue queriendo mantener su matrimonio ahora que su pareja tiene el sexo aparente opuesto. El transexual habitualmente se siente atraído por alguien de su mismo sexo cromosómico pero diferente sexo aparente. Sin embargo, tanto en el caso Parry como en el caso H., el demandante transexual lucha por contraer matrimonio, aunque ahora, tras su terapia y cirugía de cambio de sexo, muestra caracteres y rasgos sexuales similares a los de su propio cónyuge. En todo caso, el TEDH no acepta los argumentos de los demandantes, diferenciando en todo momento la situación y las consecuencias jurídicas de la transexualidad de las que tiene la homosexualidad.

Por su parte, en la sentencia P. V. v. España, nos encontramos con una transexual del sexo masculino al sexo femenino que se queja de que su transexualidad ha pesado de manera determinante en la decisión judicial de restringir el régimen de visitas a su hijo. Antes de iniciar su tratamiento de conversión sexual, la demandante había estado casada con una mujer con la que tuvo un hijo. Tras su divorcio, el juez atribuyó la patria potestad a la madre pero fijó un régimen de visitas para el padre. Cuando el padre inició el tratamiento de cambio de sexo la madre se negó a permitir las visitas y el juez acogió parcialmente sus pretensiones dada la corta edad del niño (seis años), restringiendo, pero no suspendiendo totalmente dichas visitas. La demandante considera que ha habido discriminación por su nuevo sexo, pero el Tribunal entendió que esto no es así. El Tribunal entendió que, habiendo menores de por medio, la prioridad es el interés superior del menor antes incluso que la protección de la relación paterno-filial. El Tribunal interpretó que la restricción de las visitas no se hizo de manera discriminatoria por la distrofia de género sino porque, mientras durara el tratamiento y los cambios físicos y psicológicos que

estaba sufriendo la demandante, no era bueno para el niño ver a su antiguo padre.

En efecto, dada la inestabilidad emocional por la que la demandante reconocía estar pasando y la confusión que estaba generando al niño ver la transformación del padre, estaba justificado no sólo restringir el derecho de visitas sino incluso obligar a que las reuniones tuvieran lugar en presencia de la madre. De este modo, el Tribunal concluye que no ha habido discriminación por razón de transexualidad, sino protección del equilibrio emocional del niño. La limitación de las visitas se ha producido a fin de que el niño se pueda ir progresivamente habituando a la nueva apariencia del progenitor con el que, por otro lado, la relación afectiva es buena.

3.4. Otra jurisprudencia comparada.

a) La ley Nº 164 italiana del 14 de abril de 1982

Su artículo primero permite la denominada rectificación de la atribución del sexo, después de la modificación o adecuación de los caracteres externos.

Es presupuesto para realizar la intervención quirúrgica de adecuación de caracteres sexuales externos un pronunciamiento de la autoridad social competente.

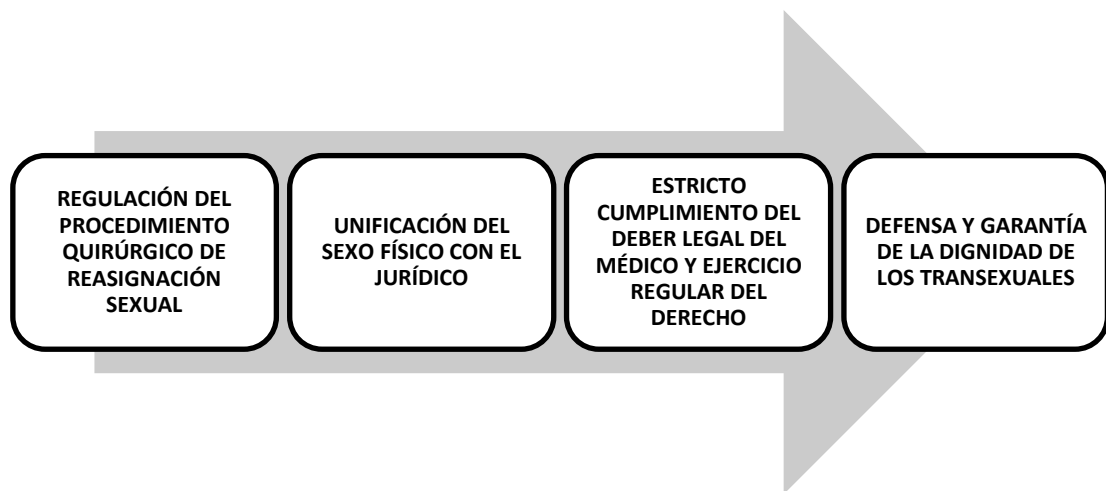
b) Ley de transexuales en Alemania.

La "Ley sobre el cambio de nombres y la determinación de la inherencia del sexo en casos especiales "Ley de transexuales" es un referente importante. Plantea la posibilidad solo al cambio de prenombrés, la competencia la tienen los juzgados municipales y el solicitante debe haber vivido tres años en esta condición. El solicitante

no está obligado a declarar el antiguo nombre, salvo casos de interés público.

La norma implica también el cambio de sexo registral, si el solicitante se ha sometido previamente a una intervención quirúrgica, y uno de los requisitos es que el transexual no sea casado.

3.5. Aspectos que deben ser regulados.



a) Regulación del procedimiento quirúrgico de reasignación sexual

Los procedimientos quirúrgicos a los que se someten los transexuales, deberán ser regulados, de manera que no se produzcan de forma clandestina y consecuencia de ello puedan contraer matrimonio sin pasar por un filtro. Han existido casos en los cuales el propio sujeto ha cercenado su miembro viril por no tolerarlo, poniendo en riesgo su vida.

b) Regulación del deber legal del médico y el ejercicio regular del derecho

Es cierto que los médicos están comprometidos a cuidar de la salud física y mental de los pacientes. Es positivamente necesario que se regule también la intervención del galeno en lo referente a la modificación de los genitales del transexual; y es que podría parecer

que se está ejerciendo un legítimo derecho al disponer de su cuerpo, pero esta modificación también podría ejercerse abusando de este derecho.

Estas circunstancias deberán ser debidamente acreditadas, es decir, se deberá tener la convicción de que se trata de una persona transexual, quien para vivir una vida plena "necesita someterse a ese cambio" y para ello la intervención de los especialistas en salud es absolutamente necesaria.

c) Unificación del sexo físico con el jurídico

El transexual transformado quirúrgicamente, quiere ser aceptado socialmente, y esto implica la compatibilización de su nuevo físico con su sexo jurídico. No podemos desvincular los dos aspectos íntimamente ligados pues la modificación de uno de ellos y no del otro acarreará trastornos al individuo, aún más serios que aquellos que sufría inicialmente.

d) Defensa y garantía de la dignidad de los transexuales

El fundamento de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a desarrollar la personalidad, a tener un proyecto de vida; es la defensa de la persona, la persona como un fin y, esto sólo es posible con un modelo de ciudadanía que dé protección, por diversas vías, a los derechos fundamentales.

Ya en Latinoamérica podemos hablar de modelos que exigen y legitiman la necesidad de educar en derechos humanos a sus pueblos, evitando los estereotipos sexuales en la enseñanza en las escuelas.

Para permitir que los transexuales desarrollen sus potencialidades debe revertirse la postura discriminatoria del Estado creándose normas, en todas las instancias administrativas y jurídicas, que muestren un camino claro para la obtención de cambio de prenombre

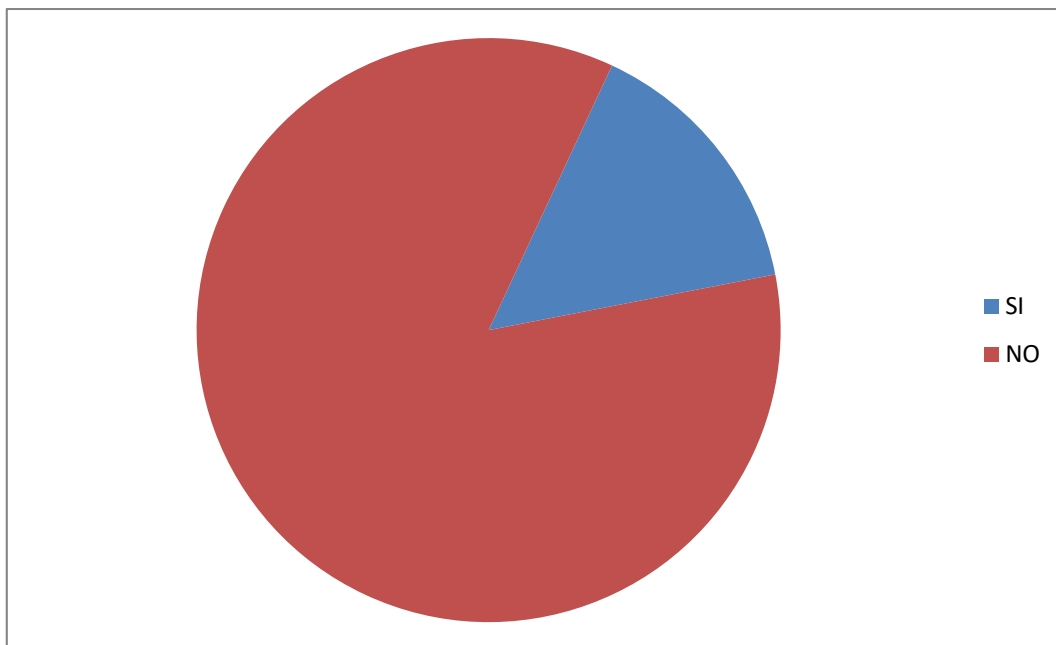
por razón de ser transexuales o intersexuales, además promover que sector público y el privado los acoja otorgándoles oportunidades laborales permitiéndoles participar, tener trabajos dignos, de manera que sean considerados, reconocidos y no estigmatizados.

Mientras no exista una norma subjetiva específica que permita el cambio de sexo mediante medios quirúrgicos, y posteriormente el cambio de identidad en el registro de identidad, continuarán los casos de maltrato y violación del derecho a la dignidad de los transexuales, al desarrollo de su personalidad, si no se incluye específicamente en la norma, lo referente a la diversidad de género.

IV. CAPITULO: ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS

Pregunta N° 01

Usted, como operador de la justicia, ¿Cree que debe elaborarse algún proyecto de ley enfocado específicamente al adecuamiento de cambio de sexo en base a intervenciones quirúrgicas?



15 % de la población encuestada cree que SI se debe permitir la adecuación de cambio de sexo, y que esta se encuentre amparado por una ley.

Fundamentando:

- Forma parte del desarrollo de la personalidad del ser humano, esto le ayudaría a desarrollarse plenamente.
- Es parte del desarrollo, y así como países como Argentina, Uruguay, nuestro estado ya debería de reconocer ese posible cambio.
- Entre otras que coinciden.

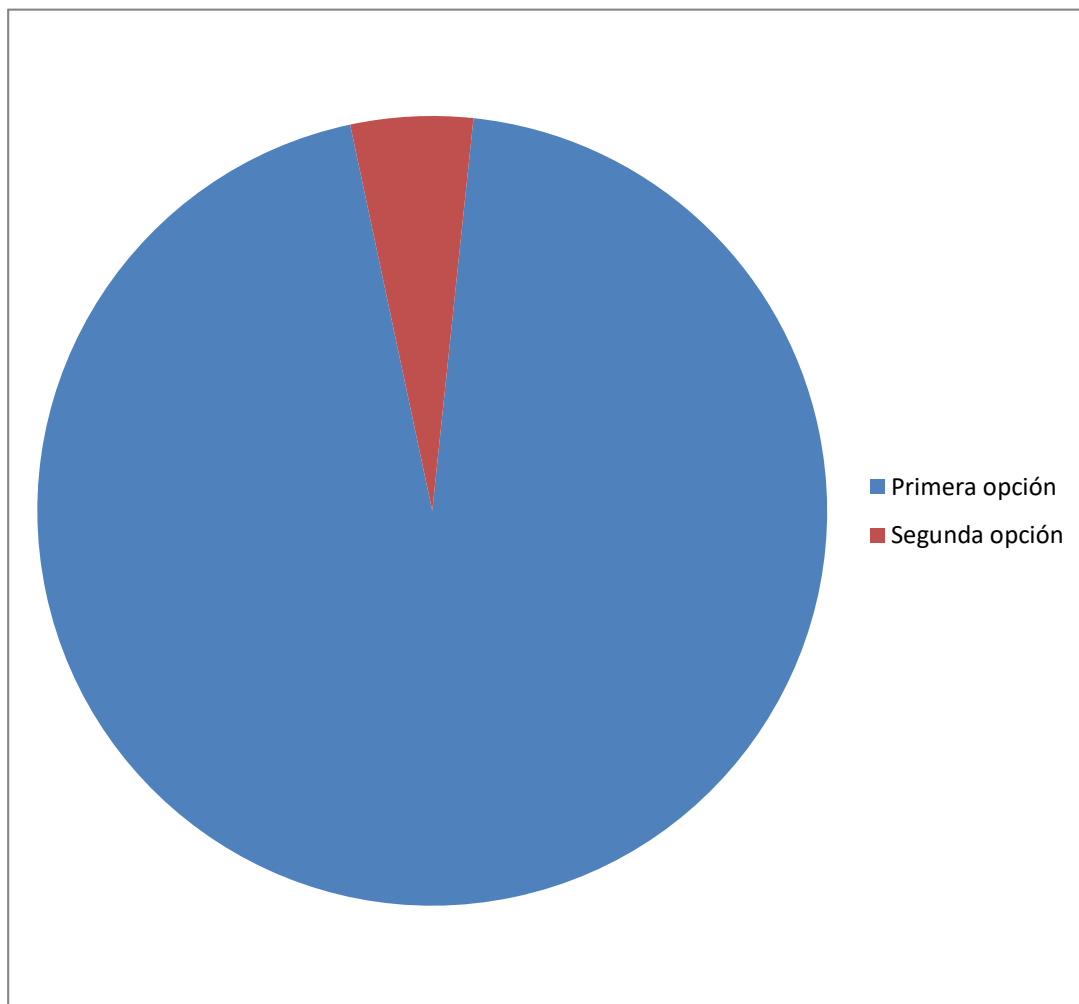
- 85 % de la población encuestada cree que NO se debe regularse la adecuación de cambio sexo.

Fundamentando:

- Afectaría las buenas costumbres, además de las relaciones jurídicas con terceros.
- Que nuestra religión no acepta este tipo de costumbres, y basa su fundamento en el libro sagrado de la Biblia.
- La sociedad no está preparada, por todavía mantener sus buenas costumbres.
- En el ámbito de la religión, solo existe los sexos biológicos “hembra” y “macho”.
- Se afectaría directamente las relaciones con terceros, y todo llegaría a un caos.
- Entre otras que coinciden.

Pregunta N° 02

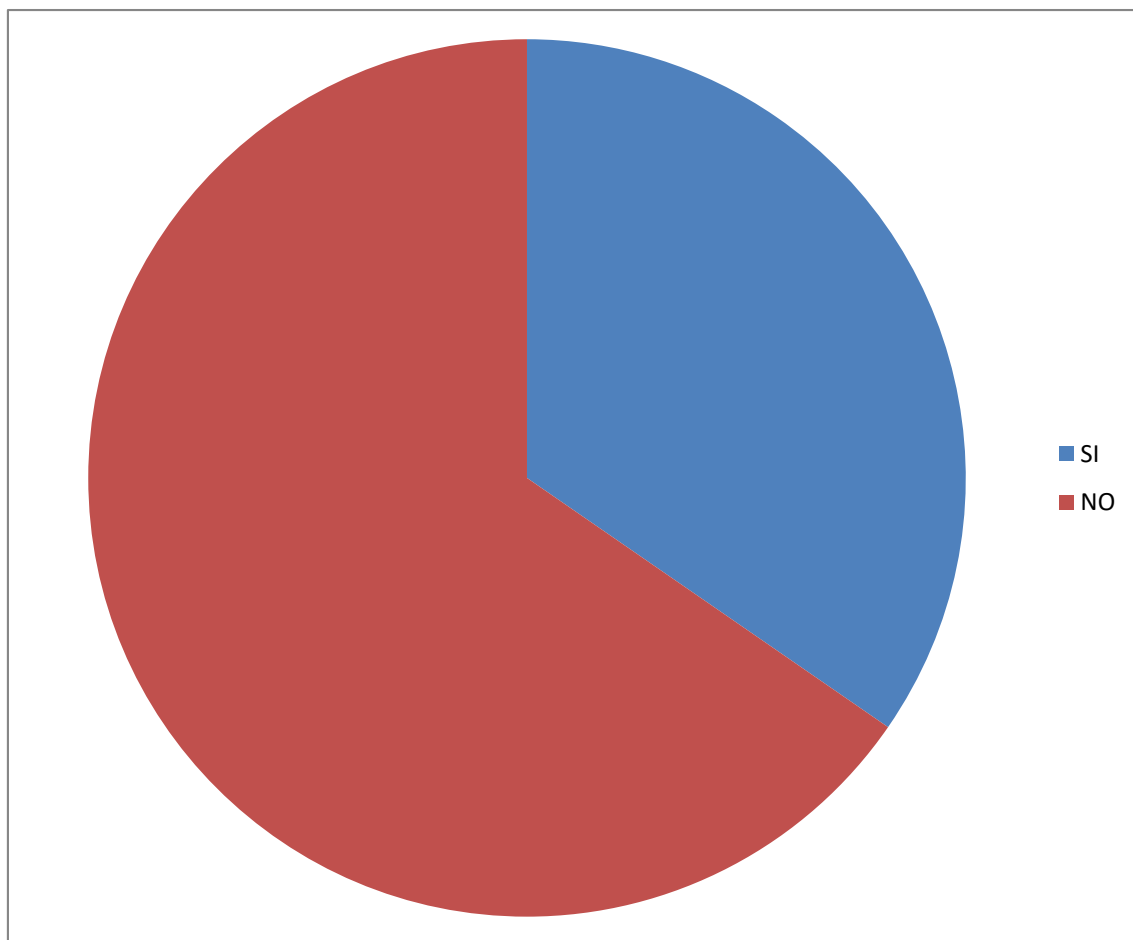
Sobre la determinación del cambio de sexo, ¿Cree usted que éste se determina por el criterio genérico y gonádico interno o por el criterio externo psicológico emocional?



- 95 % de la población encuestada cree que el sexo se determina por criterio genérico y gonádico interno.
- 05 % de la población encuestada cree que el sexo se determina por el criterio externo psicológico emocional.

Pregunta N° 03

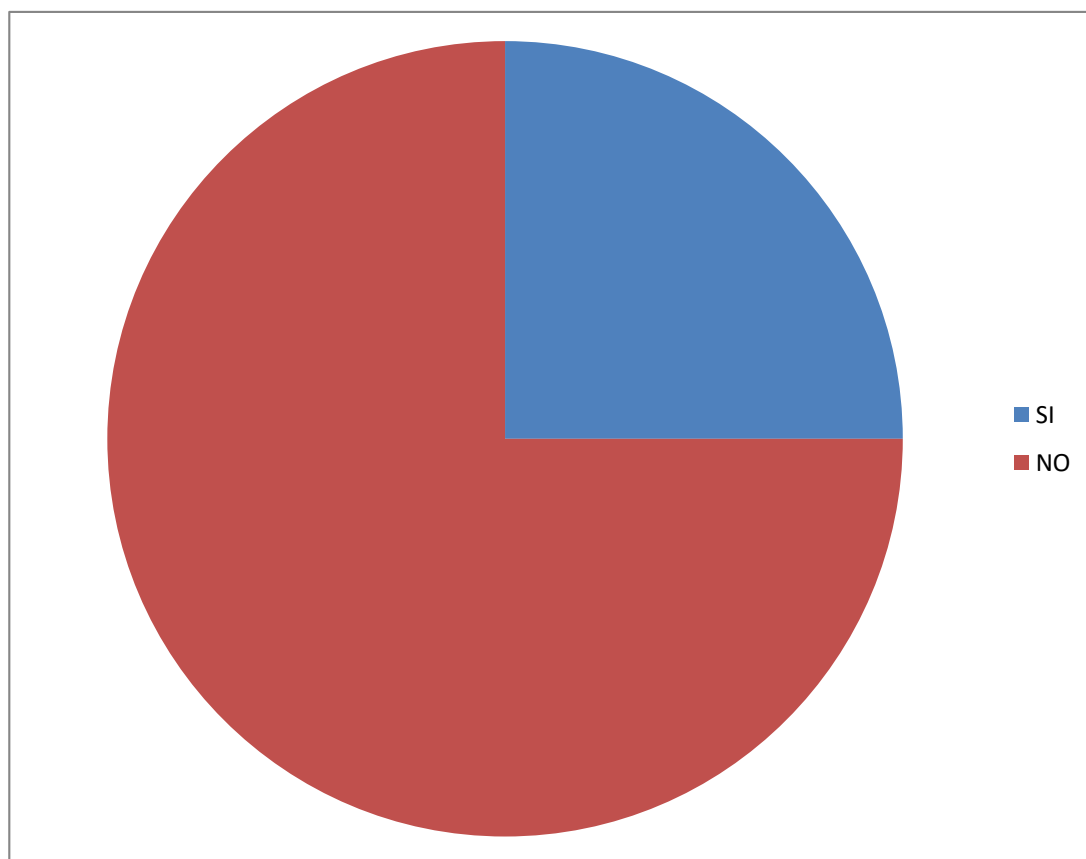
¿Cree usted, que el cambio de sexo deba considerarse como parte de los derechos humanos?



- 45 % de la población encuestada cree opina que SI.
- 55 % de la población encuestada cree opina que No.

Pregunta N° 04

¿Usted cree que se afecte o vulnere la identidad de estas personas, al no otorgarse su cambio de sexo ante un órgano jurisdiccional?



- 25 % de la población encuestada cree que SI afecta o vulnera la identidad al no reconocerse u otorgarse este cambio de sexo.

Fundamentando:

- Que las personas, viven a proyección y autoconstrucción de ellos mismos, por lo que no otorgarse este cambio de sexo, estos se verían afectados a no poder realizarse tal como ellos creen que son y deben ser.
- Que no podrían desarrollarse plenamente en la sociedad, si los órganos jurisdiccionales no reconocen este tipo de cambio.
- Entre otras que coinciden.

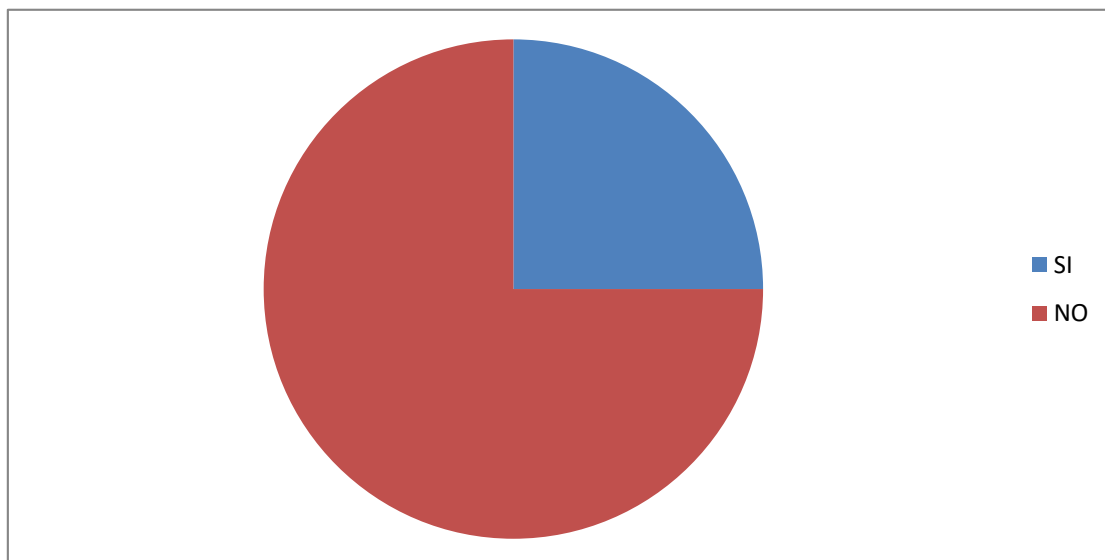
- 75 % de la población encuestada cree que NO.

Fundamentando:

- Biológicamente, estas personas han nacido con un sexo determinado, y ello deben respetar lo que la naturaleza les concedió.
- Que ellos ya tienen una identidad, pero se encuentran confundidos por los placeres que la sociedad les ofrece, manifiestan que asuntos relacionados a la moda o televisión, son medios a través de los cuales las personas vulnerables se verían en un estado de confusión. Y solicitar su cambio de sexo, es una consecuencia de lo antes mencionado.
- Entre otras que coinciden.

Pregunta N° 05

¿Usted cree que la transexualidad podría ser aceptada como un tercer género ahora en nuestra sociedad, cree que el Perú se encuentra preparado para este tipo de cambio social?



- 25 % de la población encuestada cree que SI se debe permitir la unión civil de las personas transexuales.

Fundamentando:

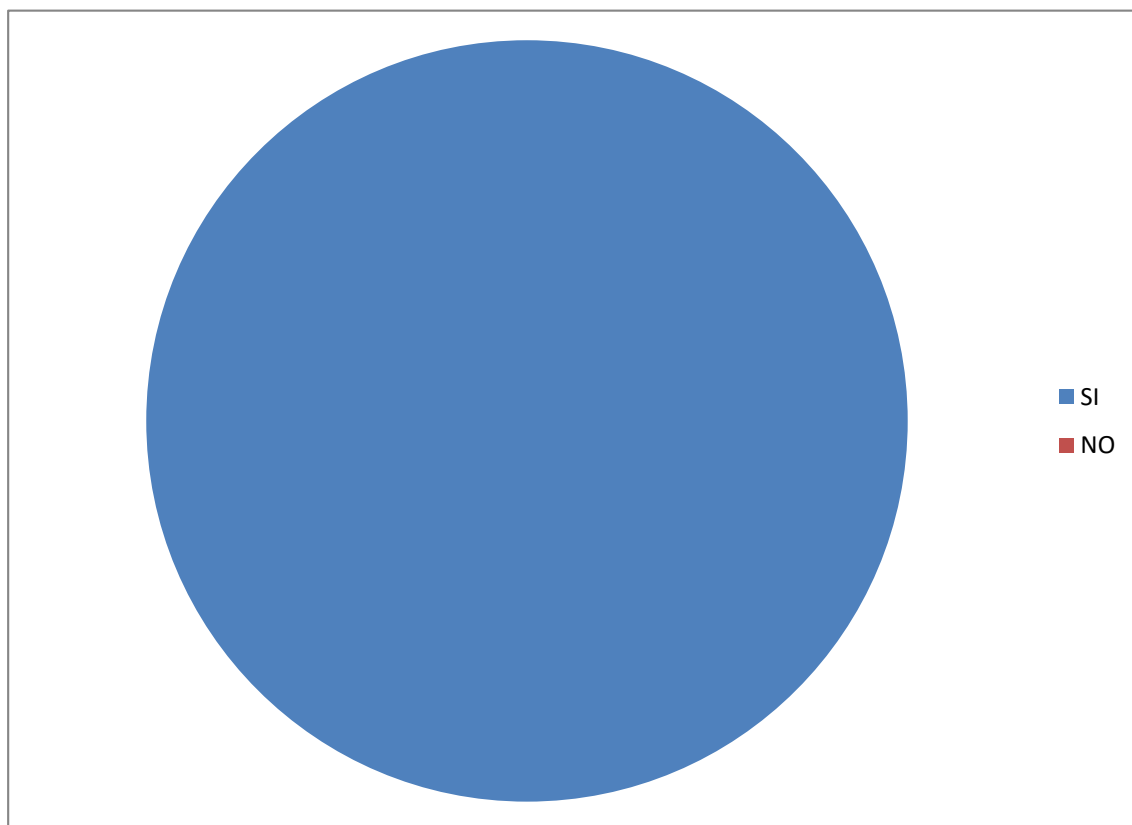
- La unión civil forma parte del reconocimiento a la identidad de cada persona, una manera de desarrollarse en todos los sentidos y no frustrarse como persona.
 - Entre otras que coinciden.
- 75 % de la población encuestada cree que NO se debe permitir la unión civil de las personas transexuales.

Fundamentando:

- Afectaría las buenas costumbres, además de las relaciones jurídicas con terceros.
- Que nuestra religión no acepta este tipo de costumbres, y basa su fundamento en el libro sagrado de la Biblia.

Pregunta N° 06

¿Usted cree que la transexualidad es una disforia o deformación del género?



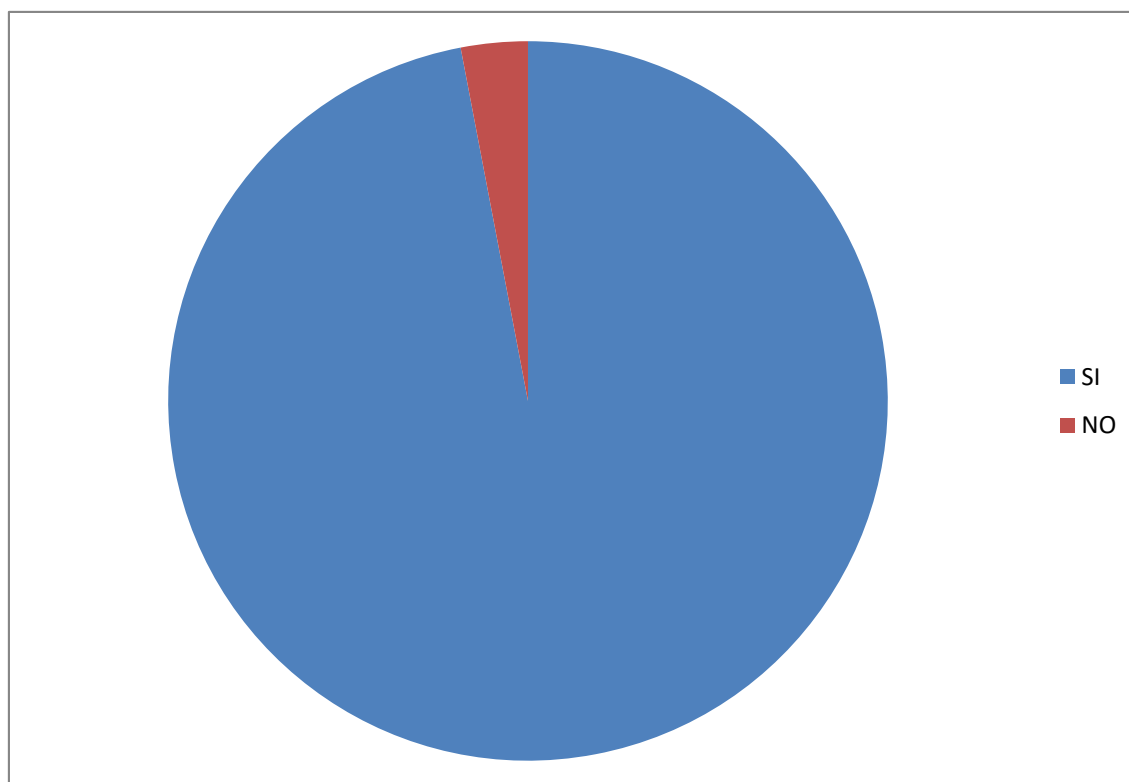
- 100 % de la población encuestada cree que SI

Fundamentando:

- Manifestando que entienden que no hay una compatibilidad en entre la identidad vital o biológica que se le asignó con la identidad que ellos desean tener.
- Otros manifiestan que las vivencias sociales, la vida cotidiana, les afecta de otra manera, generando de tal manera confusión entre estos.

Pregunta N° 07

Usted cree que el desarrollo de la personalidad, se refleja en la decisión del transexual por asumir el sexo al que aparentemente pertenece?



- 97 % de la población encuestada opina que Sí.

Fundamentando:

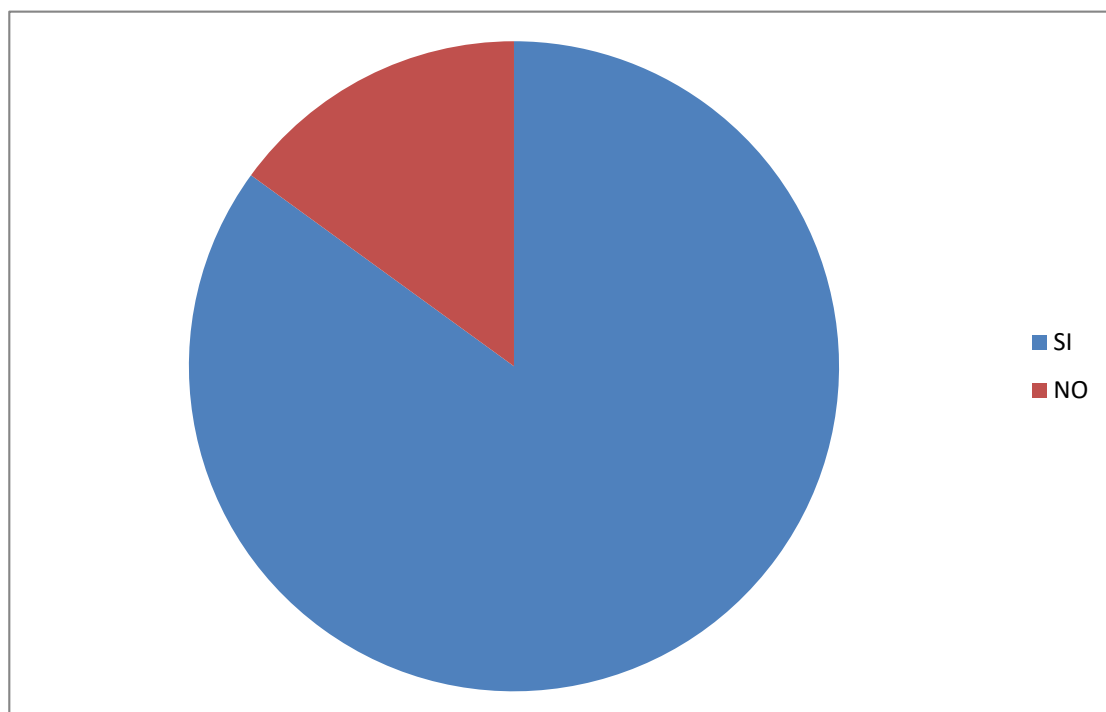
- Manifiestan que el desarrollo de la personalidad, hace posible la proyección social de estos.
- Entre otras que coinciden.
- 03 % de la población encuestada opina que NO.

Fundamentando:

- Que no diferencias exactamente al respecto.

Pregunta N° 08

¿Cree usted, que es apropiado que un transexual (adecuado morfológicamente) se identifique con un documento que registra su sexo de origen?



- 85 % de la población encuestada opina que Sí.

Fundamentando:

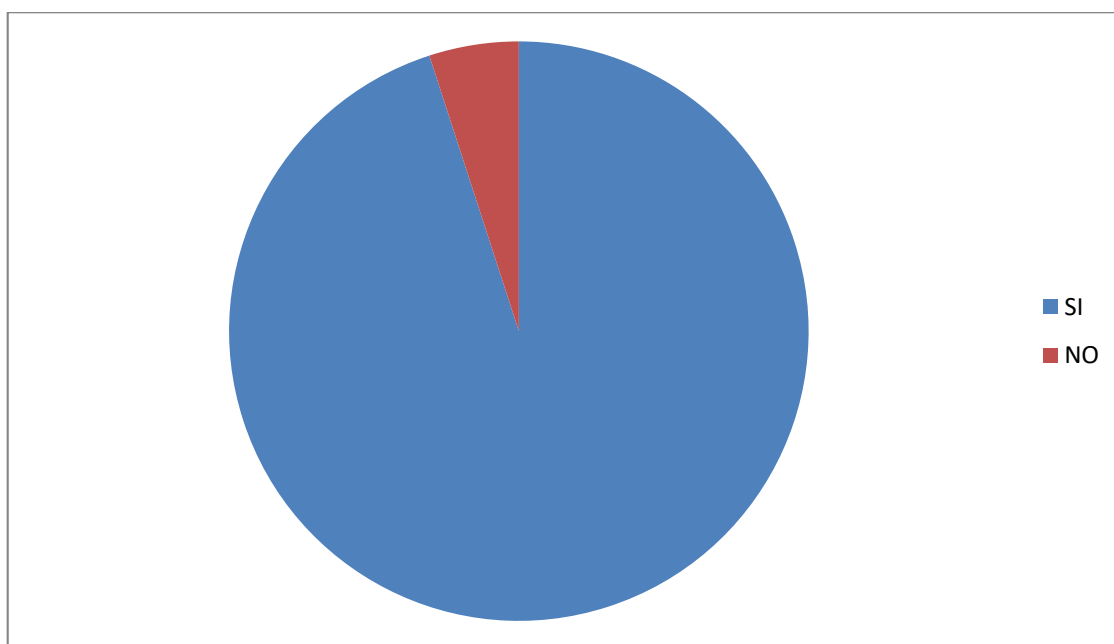
- Que cada persona es digna debe ser tratado conforme es, y más aun a como se siente identificado, reconocerlos como ellos se han internalizado es parte de su integridad.
 - Entre otras que coinciden.
-
- 15 % de la población encuestada opina que NO.

Fundamentando:

- No, por qué afecta a nuestras buenas costumbres y las relaciones con terceros.

Pregunta N° 09

¿Usted cree que podría identificar algunas de las consecuencias jurídicas respecto al cambio de sexo?



- 95 % de la población encuestada opina que Sí.

Fundamentando:

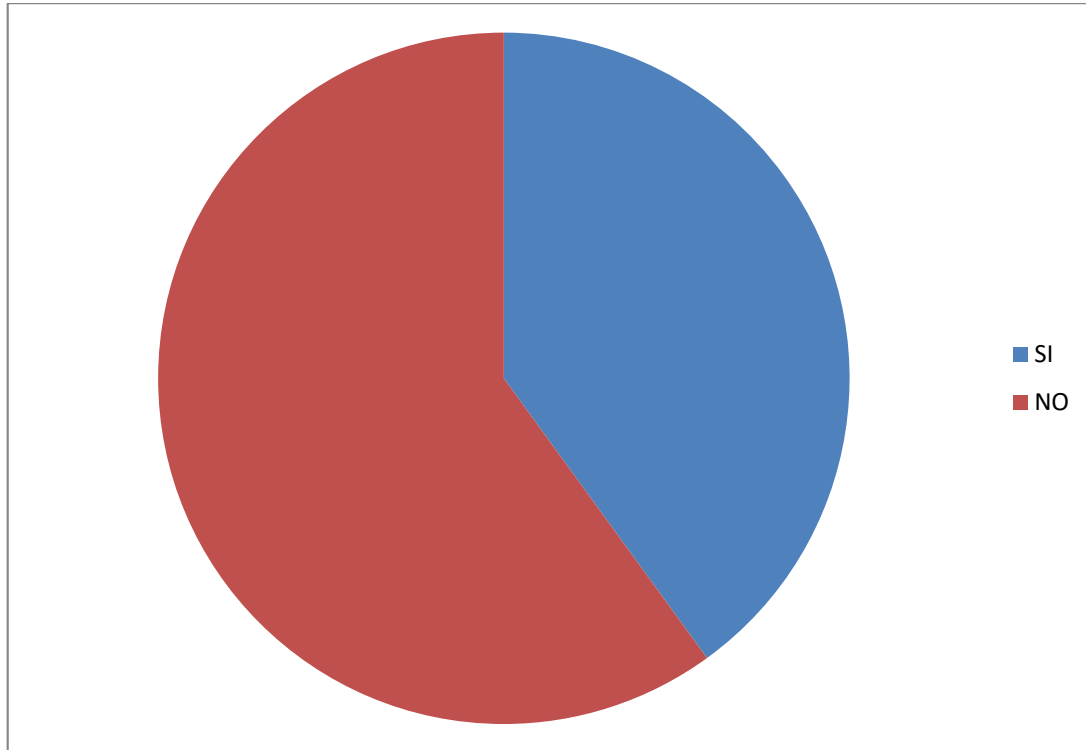
- Aumentaría la demanda respecto de las solicitudes de cambio de nombre y sexo en la vía judicial.
- Aumentaría la demanda respecto de la reasignación de sexo a nivel medicocirujano.
- Las personas transexuales insistirían por todas las vías se les permita conllevar un matrimonio, adopciones, regímenes patrimoniales entre otros.
- Otras que coinciden.
- Otros no especifican.
- 05 % de la población encuestada opina que NO.

Fundamentando:

- No especifican.

Pregunta N° 10

Usted cree que la persona transexual deba ser tutelada jurídicamente para un cambio de sexo. (Entiéndase como amparar la petición y declararse fundada la misma)



- 60 % de la población encuestada cree que SI.

Fundamentando:

- A fin de protegérseles su desarrollo de personalidad y proyección social.
- Otras no fundamentan

- 40 % de la población encuestada cree que NO.

Fundamentando:

- Porque afectaría el entorno de las personas que rodean al solicitante.
- Surgiría muchos cambios en la sociedad con terceros.
- Otros fundamentos similares.

V. CONCLUSIONES

GENERAL

- Resulta necesario el respeto hacia las personas LGTB, ello incurre en la misma manera de reconocérsele el derecho a demostrar ante los demás su identidad de género, el no hacerlo no solucionaría el problema, por el contrario generaría otro.

ESPECIFICAS

- El esperado reconocimiento pleno que anhelan alcanzar las personas LGTB, al solicitar su cambio de sexo, comprende otorgarle el ejercicio libre de demostrar su nueva identidad transexual, en el Perú, aún no hay criterios jurisprudenciales exactos a fin de reconocerse este derecho, la justicia en este aspecto aún se encuentra en tendencia progresiva a fin de resolver estas cuestiones con criterio.
- El matrimonio, así como otras situaciones jurídicas, es menester de las personas transexuales, que al decidir cambiar de sexo, buscan la manera de reflejar su identidad nueva, ejerciendo todos sus derechos, en el caso que el Perú, pase esa barrera de otorgar el cambio de sexo a estas personas, se ve en la necesidad y pronunciarse al respecto, a fin de no negársele estos derechos a las minorías sexuales. Y otorgársele este tipo de derecho, como alcanzar el matrimonio, generaría un cambio radical en el ámbito de la familia, reconociéndose entonces a las familias transexuales de ser el caso.

VI. RECOMENDACIONES

1. A nivel de colegio se debe enseñar claramente la sexualidad a los niños y adolescentes con la finalidad de que tengan clara su identificación sexual y respecto a su identidad brindarle la confianza para que pueda comunicarla de tal manera que pueda ser orientado, acompañado y respetado desde que manifiesta su orientación sexual.
2. Sensibilizar a la comunidad a través de charlas sobre el derecho a la libertad de identidad, la misma que la puede promover la municipalidad o en su defecto ejecutar las organizaciones homosexuales, con la finalidad de que se les respete y se les tolere.
3. Brindar asesoría a los padres familiares y amigos cercanos de las personas homosexuales con la finalidad de ellos sean los primeros en brindarles el apoyo y la aceptación.
4. Promover que en los establecimientos tanto públicos como privados no se genere discriminación para las personas LGTB, de ocurrir esto, se podría pensar en una sanción para los agresores con la finalidad de que se entienda el respeto a los ciudadanos independientemente de sus preferencias sexuales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Alegria, J. (2015) Factores que influyen en la vulneración del derecho a la identidad sexual y la dignidad humana de los miembros de la comunidad TLGB en el Perú durante el año 2007 – 2015, Tesis para optar el título de abogado en la Facultad de derecho de la Universidad César Vallejo.

Recuperado de:

http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/UCV/166/1/alegr%C3%ADa_aj.pdf

2. Cáceres, C. et al (2015) Sexualidad y opinión pública en Lima: Percepciones y opiniones acerca de la sexualidad, la salud y los derechos sexuales y reproductivos.

Recuperado de:

http://iessdeh.org/usuario/ftp2/sexualidad_y_opinion_publica.pdf

3. Cáceres, C et al (2003) La salud como derecho ciudadano. Perspectivas y propuestas desde América Latina. Fondo Editorial de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Lima

4. Cifuentes, S. (1996) Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad. Diálogo con la Jurisprudencia II, 3, P.207

5. Cifuentes, S. (1996) Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad. En diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima

6. Caballero – Atencio, K. et al. (2013) Desilusiones de cambio de sexo, transexualismo y esquizofrenia: a propósito de un caso.

Recuperado de:

<http://www.upch.edu.pe/vrinve/dugic/revistas/index.php/RNP/article/viewFile/1185/1217>

7. Fernández, C. (2007) Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad. *Diálogo de la jurisprudencia*, XII 100, p. 74.
8. Fernandez, C. (1994) *El derecho como libertad* 2da edición. Lima: Universidad de Lima
9. Figueroa, G. (2000) *Información Genética y derecho a la identidad personal*. Bioética y Genética. Bergel – Cantú Coordinadores. Buenos Aires Argentina
10. Gática, M. (2010) *Posibilidad jurídica del reconocimiento de la identidad sexual como atributo de la personalidad*. Tesis para optar el título de licenciado en derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional autónoma de México.
Recuperado de:
http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Tesis2011/MARIA_C_GATICA-1LICPRIVADO.pdf
11. Grandez, A. (2014) *El derecho a la identidad de los ciudadanos*.
Recuperado de:
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-Derecho-a-la-Identidad-de-los-Ciudadanos-LGTBI-Agust%C3%ADn-Gr%C3%A1ndez.pdf>
12. Lozano, G. (2015) *El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo*.
Recuperado de:
<https://es.scribd.com/document/184784327/El-Libre-Desarrollo-de-La-Personalidad-y-Cambio-de-Sexo>

13. Manrique de Lara, J. (2012) Víctimas relegadas al olvido. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Recuperado de:

file:///C:/Users/Windows/Downloads/Dialnet-VictimasRelegadasAlOlvido-5084721.pdf

14. Manrique de Lara, J. (2015) Uniones prohibidas.

Recuperado de:

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/12/FINALISTA-Categoria-Egresados-Ensayo-Jorge-Manrique-de-Lara-Seminario.pdf>

15. Sifuentes, G. (2010).

Recuperado de:

<https://es.slideshare.net/smith19/identidad-sexual-6050167>

16. Siverino, P. (2010) «La bioética jurídica como clave de lectura: breves apuntes al derecho de las personas». Derecho y Sociedad, XXI, 34, p. 335.

17. Silverino, P. (2017) Reforma trans: ¿Es legal?

Recuperado de:

<http://altavoz.pe/2017/06/05/24601/reformatrans-pucp-es-legal-por-paula-siverino-bavio>

18. Silverino, P. (2010) El derecho a la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina. Lima: Gaceta Jurídica

19. Rabinovich – Berkman, R. (2000) Derecho Civil Parte General. Buenos Aires: Astrea
20. RENIEC. Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015. Lima: RENIEC, 2012, p. 31
21. NACIONES UNIDAS. 2013. Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado en:
- <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>
22. Organización Manuela Ramos. (2011) Sexualidad y desigualdad de género. Recuperado de:
- <http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/PROMSEX-Encuesta2011-SexualidadyReproduccion.pdf>
23. Organización mundial de la salud (2000). Recuperado de:
- <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0188947816300731>
24. Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencias y la cultura. (2014). Recuperado de:
- <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002328/232800S.pdf>
25. Lagarde (1992) Identidad, género y discriminación en el deporte. Recuperado de:
- <http://www.aldarte.org/comun/imagenes/documentos/identidad%20genero%20discriminaci%C3%B3n%20en%20el%20deporte.pdf>

26. Mahecha, H. (2012) Cambio de sexo en el ordenamiento jurídico colombiano. Los transexuales y sus anteriores relaciones de familia. Recuperado:
<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2012/142940.pdf>
27. Money, J. (2015) Transexualidad: el derecho a la propia identidad sexual tus derechos son los nuestros ayúdanos a conseguirlos. Recuperado de:
http://transexualia.org/wpcontent/uploads/2015/03/Apoyo_transexualidad.pdf
28. Foucault, M. (1998) Historia de la sexualidad. Recuperado de:
<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/681.pdf>
29. Girondella, L. (2012) Sexo y Género: Definiciones. Recuperado de:
<http://contrapeso.info/2012/sexo-y-genero-definiciones/>
30. Rodríguez – Cadilla, M. (2014) Cambio de sexo, identidad sexual, derechos civiles. Instituto de Investigación jurídica. Recuperado de:
http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/cuadernos_investigacion_2014/CUADERNO%20DE%20INVESTIGACION_10ma_edicion.pdf
31. Romero, I. et al (2012) El transgenero y el transexual en el derecho de identidad. Tesis para optar el grado de licenciatura en ciencias jurídicas en la Facultad multidisciplinaria oriental departamento de jurisprudencias y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador. Recuperado de:
<http://ri.ues.edu.sv/4925/1/50107842.pdf>

32. Rubio, J. (2008) ¿El tercer género?: La transexualidad. Nómadas. Revista científica de Ciencias Sociales y Jurídicas.
Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/pdf/181/18101703.pdf>
33. Salinas, D. (1996) La construcción social de la identidad sexual de la mujer, un análisis multirepresentativo. Tesis para optar el título de Doctora en la Universidad Complutense de Madrid.
Recuperado de:
<http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/1/S1037701.pdf>
34. Soto, M. (2013) Entre lo trans y lo tra(n)stornado: un análisis de la resignificación del diagnóstico recibido sobre la identidad de género en dos estudios de caso. Para optar el grado de licenciatura en psicología en la Facultad de Ciencias sociales escuela de psicología de la Universidad de Costa Rica.
Recuperado de:
<http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1699/1/35834.pdf>
35. Zaccardi, M. (2011) La introducción de la mujer en el mundo laboral ¿fue una decisión de la mujer?
Recuperado en:
<http://redh-udemmm.blogspot.pe/2011/08/la-introduccion-de-la-mujer-en-el-mundo.html>

ANEXO: ENCUESTA

“DERECHO A LA IDENTIDAD Y CAMBIO DE SEXO.”

Indicaciones: Las siguientes preguntas, están relacionadas a un tema de investigación, a fin de recoger datos que nos permita hacer el estudio. Marque Sí o No con una (x) dentro de los paréntesis, en caso desee fundamentar su pregunta, en la parte inferior de cada una de ellas se encuentra un espacio vacío.

1. Usted, como operador de la justicia, ¿Cree que debe elaborarse algún proyecto de ley enfocado específicamente al adecuamiento de cambio de sexo en base a intervenciones quirúrgicas?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

2. Sobre la determinación del cambio de sexo, ¿Cree usted que éste se determina por el criterio genérico y gonádico interno o por el criterio externo psicológico emocional?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

3. ¿Cree usted, que el cambio de sexo deba considerarse como parte de los derechos humanos?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

4. ¿Usted cree que se afecte o vulnere la identidad de estas personas, al no otorgarse su cambio de sexo ante un órgano jurisdiccional?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

5. ¿Usted cree que la transexualidad podría ser aceptada como un tercer género ahora en nuestra sociedad, cree que el Perú se encuentra preparado para este tipo de cambio social?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

6. ¿Usted cree que la transexualidad es una disforia o deformación del género?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

7. Usted cree que el desarrollo de la personalidad, se refleja en la decisión del transexual por asumir el sexo al que aparentemente pertenece?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

8. ¿Cree usted, que es apropiado que un transexual (adecuado morfológicamente) se identifique con un documento que registra su sexo de origen?

Sí ()

No ()

Porque:

.....

9. ¿Usted cree que podría identificar algunas de las consecuencias jurídicas respecto al cambio de sexo?

Sí ()

No ()

Mencione:

.....

10. Usted cree que la persona transexual deba ser tutelada jurídicamente para un cambio de sexo. (Entiéndase como amparar la petición y declararse fundada la misma)

Sí ()

No ()

Porque:

.....