

REGULACION NORMATIVA DE LAS RELACIONES FAMILIARES DIFERENCIALES
CONTROL REGULATIONS OF FAMILY RELATIONS DIFFERENTIAL

SANTIAGO OSORIO ARRASCUE.¹
Profesor de Pre y Postgrado en la Universidad de
San Marcos y en otras Universidades del país
Doctor en Derecho / sosorioa1940@gmail.com

Fecha de Recepción: 24/03/2014

Fecha de Aprobación: 19/05/2014

Sumario: A. Aspecto dogmático Introducción 1) Conceptuación 2) Relaciones hetero y homosexuales 3) Matrimonio. 4) Unión de Hecho. Unión Civil 5) Transexualismo 6) Homosexualismo 7) Lesbianismo 8) Travestismo 9) Transformismo 10) Hermafroditismo 11) Seudohermafroditismo B. Derecho Comparado 12) El desarrollo legislativo y jurisprudencial en el Derecho Comparado 13) El modelo de legislación especial. La ley Italiana. 14) La Ley alemana. Ley de transexuales. 15) Los modelos de legislación codificada. Holanda, Turquía. 16) El modelo jurisprudencial: España, Inglaterra. 17) El modelo administrativo. Austria y Suecia 18) Convención Europea. 19) Aspecto académico del análisis 20) Conclusión 21) Bibliografía.

RESUMEN

Las diferenciales clases de relaciones sexuales humanas, tanto a nivel nacional como internacional, ha suscitado el interés del análisis de las ciencias sociales en general y del Derecho en particular. Llegando incluso a la estimación valorativa de los grandes sistemas religiosos. No solo en su comprensión sino fundamentalmente en su reconocimiento jurídico. El cual, se ha hecho de diferente manera la tipificación normativa, que se expone a continuación.

ABSTRACT

Differential Role of human sexual relations, both nationally and internationally, has aroused the interest of the analysis of social sciences in general and law in particular. Even to the valuation estimate of the great religious systems. Not only in his understanding but primarily in their legal recognition. Which is made differently the typing rules, which follows.

1 OSORIO ARRASCUE, Santiago. Doctor en Derecho. Docente en Pre y Postgrado UNMSM.



PALABRAS CLAVES

Regulación normativa de las relaciones familiares diferenciales

KEYWORDS

Normative regulation of family relationships differential

I. INTRODUCCIÓN

En principio, por relaciones familiares diferenciales entendemos los comportamientos diferentes a las relaciones sexuales naturales normales.

En el estado actual de estimación de la sociedad, tanto nacional como internacional, se puede observar objetivamente diferentes grados de homofobias², violencias, discriminación y maltrato a la población³ de transexuales, lesbianas, gays y bisexuales⁴. Muchas veces a las personas con diferente orientación sexual, se les considera comprendidas genéricamente en un solo concepto, cuando realmente hay diferencias mayúsculas.

Reiterada presencia de relaciones diferenciales que merecen particular estudio de cada manifestación sexual. A los efectos de analizar sus consecuencias civiles, los hombres de derecho han dedicado estudios jurídicos, al cual más enjundiosos, en el Derecho Civil Internacional.

1. Conceptuación⁵.

Dada la variedad de diferentes manifestaciones sexuales de la naturaleza humana, conviene particularmente precisar la significación y alcances de algunas de las más conocidas manifestaciones sexuales. Las cuales particularmente en un orden secuencial, lo

2 Homofobia, rencor unisono.

3 Llegando incluso la fobia a la muerte del homosexual

4 El lenguaje sexual es variado y extenso

5 Concepto es determinar sus elementos, características y formas de la exteriorización

podemos agrupar:

- 1) Hetero y homosexuales
- 2) Matrimonio.
- 3) Unión de hecho. Unión civil
- 4) Transexualismo
- 5) Homosexualismo
- 6) Lesbianismo
- 7) Travestismo
- 8) Transformismo
- 9) Hermafroditismo
- 10) Seudohermafroditismo

2. Relaciones Hetero Y Homosexuales.

En un orden natural⁶, el cuerpo humano está hecho para una relación de hombres y mujeres, entonces, la manifestación sexual masculina – femenina, es una relación con natura. En cambio la relación dentro de un mismo sexo, es una relación contra natura. No cabe duda alguna.

La relación con natura de varón y fémina, basada en el derecho natural, ha sido recogida por todas las religiones. Ninguna religión admite la relación sexual contra natura. Así, la religión católica lo ha elevado a la categoría de sacramento, en el santo sacramento del matrimonio, bendecido por Dios.

El Código Canónico de 1983 al referir el matrimonio, precisa ser entre hombre y mujer, remitiéndose a la legislación civil para los efectos de la formalización del acto jurídico del matrimonio. Nuestro Código Civil recoge esta doctrina, al regular específicamente el acto jurídico del matrimonio, exigiendo que sea celebrado entre hombre y mujer.

El Corán prohíbe la relación homosexual en la población árabe, bajo pena de severa sanción de exclusión social.

3. Matrimonio⁷.

6 El derecho natural, desde una perspectiva ontológica, es el estudio valorativo del Derecho, según Aníbal Torres Vásquez en su libro "Introducción al derecho"

7 En la teoría general del Derecho Comparado, el matrimonio es considerado como institución social y en otros como un contrato libremente



En principio, la sociedad nacional e internacional están reguladas jurídicamente. El ordenamiento jurídico de la sociedad nacional está conformado por la Constitución y legislación. El ordenamiento jurídico internacional está conformado por los tratados internacionales. Tanto la legislación nacional como internacional, constitución y tratados, respetivamente, sientan su estructuración social en base de la familia y el trabajo. La familia por ser la cédula de la sociedad y del Estado y el trabajo, aparte de que por el trabajo, el hombre y los Estados se realizan socialmente, aportan, además, fundamentalmente sustento para la estabilidad social.

El trabajo significa el sustento de la cédula social básica en la familia. Que es, repetimos, basado en la estratificación social humana universal. Admitiendo, por lo demás, que la familia es la parte más sensible de la vida social. De aquí el sumo cuidado de los gobiernos y de los Organismos Internacionales de velar cuidadosamente por la pervivencia de la familia a través del tiempo.

En este orden piramidal de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución reconoce la familia como cédula de la sociedad y del Estado, señalando, categóricamente, que la familia nace del Matrimonio y de la Unión de hecho. Sin precisar el género en la institución del matrimonio, pero sí que sea de hombre y mujer en la unión de hecho.

Desde su estimación axiológica, en principio, la familia nace del matrimonio.

En el Derecho Comparado hay dos formas de tipificar jurídicamente al matrimonio

- a. Institución social
- b. Un contrato social

En Occidente genéricamente se le considera una institución social al matrimonio.

concertado entre las partes. Como institución social es considerado en el Derecho Civil Peruano, en particular, latinoamericano, en general. El matrimonio como contrato es considerado en el mundo árabe, específicamente.

Siguiendo al Derecho Natural, obedeciendo a su conformación orgánica del ser humano, el matrimonio sea siempre concretada entre hombre y mujer. Relación heterosexual que ha sido, en ambos supuestos, reconocido teológicamente por las religiones, tanto en el judaísmo, cristianismo, islamismo y budismo.

En Occidente con el libro sagrado de la Biblia y en los árabes con el libro sagrado del Corán.

Particularmente en el Cristianismo está sancionada por la Biblia y el Código Canónico

En Occidente está sancionada por la Biblia y el Código Canónico, la Biblia dice “acostarse con varón como (si fuera) mujer es abominable (Levítico 18.20).”

En el Código Canónico, el canon (art.) 1055 establece que la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre ellos un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural, al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre los bautizados. Por tanto, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento.

En cuanto a su formalidad, según el canon 1057, al matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestadas entre personas y jurídicamente válidas.

El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio, canon 1056.

En lo relativo a su perfeccionamiento jurídico civil, según el canon 1058, pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe

El matrimonio de los católicos, aunque esté bautizado, solo los contrayentes, se rige no solo por el derecho divino, sino también por el derecho canónico, sin perjuicio de la



competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio

Por otra parte, en el mundo árabe está considerado el matrimonio como un contrato social. Así, el Código de Familia de Marruecos de 3- 2 - 2004, conocido con el nombre al -mudawwana. Establece que el matrimonio es un contrato legal de unión y cohesión entre un hombre y una mujer de manera duradera, siendo su objetivo la honestidad, la virtud y la creación de una familia estable mediante la concertación de los cónyuges, según las disposiciones de este Código.

En el Código de Familia de Argelia de 1984

Art. 4. El matrimonio es un contrato consensuado entre un hombre y una mujer, según la forma legal, siendo su objetivo, entre otros, crear una familia basada en el afecto, la compasión, la ayuda mutua, la protección moral de los cónyuges y la preservación de los vínculos familiares.

En el Código de Estatuto Personal de Kuwait

Art. 1. El matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer que sea lícita legalmente, siendo su objeto el sosiego, la virtud y el crecimiento de la nación

En Jordania, el Código de Estatuto Personal, establece, en el:

Art. 2. El matrimonio es un contrato entre el hombre y una mujer que le sea lícita legalmente para crear una familia y crear una descendencia.

4. Unión de hecho y Unión civil⁸

Precisa la Constitución que la familia también nace de la unión de hecho pero conformada por un hombre y una mujer.

En cuanto a la unión civil, no contemplada explícitamente en nuestra Carta Magna, en una interpretación valorativa Constitucional, se estima implícitamente, que debe ser también heterosexual. Por otro lado, al

⁸ Unión de hecho es el de carácter existencial práctico, en cambio la Unión Civil es la formalidad jurídica que se le quiera asignar a una unión práctica, que viene ya existiendo entre las parejas, a nivel nacional e internacional.

reconocerse la libertad de cultos, lógicamente se reconoce todos los matrimonios religiosos. Los cuales son tan exigentes en la formalidad y existencia institucional. Estimación que guarda conformidad con el derecho natural, en que está basada su doctrina teológica. Para efectos civiles de las relaciones familiares, la Constitución deja al Código Civil para que lo regula como "acto jurídico matrimonial" exigiendo, para el efecto, que sea heterosexual. Es un requisito sine quanom.

También la Constitución, al reconocer las uniones de hecho especifica que sea hombre y mujer, para que tenga efectos civiles. Contrario Sensu, la simple unión de hecho homosexual no tiene ningún efecto civil. Pero como lo que no está prohibido está permitido, la simple unión de hecho unisexual no es fuente de derechos, deberes y obligaciones civiles, entre ellos ni frente a terceros, pero moralmente puede ser entre las partes.

En el Derecho Comparado ahora ya no se habla de matrimonio homosexual sin eufemismo hogaño. Hoy se habla persistentemente de "unión civil". Sin mencionar género alguno. Doctrina que no concuerda con el mandato constitucional heterosexual nuestro. En tal virtud, habría primero que modificar la Constitución para que no sea, solo hetero sino también homosexual. Tendencia que no guarda relación con una sociedad todavía tradicional y conservadora como la nuestra, por el momento, quizás pueda ser en el futuro.

5. Transexualismo

La transexualidad se entiende a una falta de correspondencia entre la identidad sexual de una persona y su sexo biológico. Los genitales y características sexuales secundarias, su apariencia física, está en contradicción con lo que emocionalmente (sentimiento de identidad sexual) es.

Muchas personas tienen el concepto erróneo de que ser transexual, es lo mismo al operado para cambio de sexo. Por lo general los transexuales se sienten mujeres atrapadas en el cuerpo de un hombre o viceversa. En su mayoría tienen su



identidad sexual bien definida.

En la doctrina se han propuesto muchas causas explicativas del origen de la transexualidad; incluyendo la de la existencia de “madres dominantes y la ausencia de la figura paterna”, “padres que han deseado tener un hijo del otro sexo”, “homosexualidad reprimida”, “alteración emocional”. Los tratamientos psicológicos orientados a “curar” la transexualidad han sido un rotundo fracaso. En 1972, la American Medical Association Committee on Human Sexuality en Estados Unidos, hizo pública la opinión médica dominante de que la psicoterapia es inefectiva para personas transexuales y que, además, la terapia de reasignación de sexo era más útil. Muchas personas transexuales han asumido que hay una causa física para la transexualidad porque aseguran que, desde que recuerdan, siempre han sido hombres o mujeres. Varios estudios han mostrado evidencias de que -de hecho- sí existan causas físicas

El transexualismo se suele considerar como un síndrome caracterizado por el hecho de que una persona desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto. O, mejor dicho, vivir de la manera que lo hacen los sujetos del sexo contrario.

6. El Homosexualismo

No aborrece, en cambio, su apariencia exterior, suele sentirse cómodo con ella, podría decirse que siente por ella atracción y complacencia, no experimentando ninguna necesidad por modificarla. Se diferencia del transexual - varón porque no desea tener relaciones homosexuales, sino más bien persigue una cópula heterosexual, una vez obtenida la adecuación de sus genitales. Los Homosexuales a menudo se delatan por sus femeninos gestos o actitudes. Viven discretamente su sexualidad

7. El Lesbianismo

El lesbianismo es un estado isosexual, por el cual una mujer se siente atraída y persigue tener

una relación con una persona del mismo sexo. Frente al Transexual, no tiene sentimiento de auto culpa, porque considera que su drama es producto de un error de la naturaleza, mientras aquellos se encuentran en los estados isosexuales, si cargan con éste sentimiento. Además el fenómeno de la transexualidad aparece en la tierna infancia, agudizándose con la pubertad y la adolescencia, mientras que en los isosexuales, ellos descubren sus inclinaciones, en cualquier edad de la vida, inclusive después del matrimonio.

8. Travestismo

Hombres o mujeres que les gusta vestirse del sexo contrario, conceptualmente, el travestismo consiste en vestir ropas del sexo opuesto. Entre el grupo de los travestís podemos mencionar que hay travestís heterosexuales y travestís homosexuales, en su mayoría son de orientación homosexual. En algunos países el arte del travestismo se considera como atractivo para la prostitución.

9. Transformismo

Hombres o mujeres que se comportan del sexo opuesto, ya sea por diversión, pasatiempo, trabajo o por gusto. En este grupo se encuentra frecuentemente a transformistas heterosexuales que por cuestiones de trabajo o de diversión, están bastante expuestos al transformismo. En la población homosexual el transformismo se usa mucho, hay personas homosexuales que algunos días se transforman al sexo contrario; en su mayoría los transformistas son lo que dan espectáculos en las discotecas o clubes.

10. Hermafroditismo

Este síndrome se caracteriza por el hecho de que en una misma persona se presenta simultáneamente, la gónada masculina y la femenina, cuya coexistencia influye de modo variable sobre la conformación de los genitales externos, el aspecto somático, el comportamiento psíquico. Puede hablarse de hermafroditismo masculino o femenino.



11. Seudo - Hermafroditismo:

Puede darse tanto en el aspecto masculino como femenino, se caracteriza porque existe la carencia de homogeneidad sexual en una misma persona, entre el sexo biológico y los genitales, que pertenecen a los sexos opuestos. Predominan las características correspondientes a la de algunos de los sexos.

II DERECHO COMPARADO⁹

Dada la exteriorización abierta y pública de las nuevas diferenciales relaciones sexuales humanas, ha merecido la atención de la sociedad civil y de su estudio jurídico, en su debida tutela normativa.

12. El desarrollo legislativo y jurisprudencial en el Derecho Comparado

La transexualidad y los requerimientos de cambio de sexo y el cambio de nombre, la legislación y la jurisprudencia, han tenido un desarrollo más rápido y decidido que la doctrina. Desde la década de los años setenta del siglo pasado, en Europa los Tribunales se pronunciaban sobre esta nueva exigencia de lo sociedad, que buscaba respuestas del Derecho ante sus exigencias existenciales.

Por vez primera se dio un reconocimiento de la transexualidad en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es famoso el caso Van Oosterwijk que trataba de una transexual mujer que buscaba ser hombre Daniel Juliette Laure Colette Van Oosterwijk, que deseaba llamarse Daniel Julián Laurent, quien después de varias intervenciones quirúrgicas de adecuación de sus órganos externos (faloplastia) solicitó una rectificación de nombre en el registro civil belga, pretensión que le fue

denegada por las dos instancias judiciales de su país. Finalmente el caso llega a un organismo supra nacional, la Corte Europea de los Derechos del Hombre, que con fecha 06.11.80 no resuelve su pretensión argumentando que la peticionante no ha agotado los recursos internos en su país. Es interesante resaltar que el Dictamen de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, reconociendo como digno de tutela jurídica, el derecho a la identidad sexual del transexual. Asimismo el Parlamento Europeo, mediante una declaración de fecha 12.09.89 "Invita a los Estados miembros a emitir disposiciones que regulen el derecho de los transexuales al cambio de sexo, bajo el aspecto endocrinológico, quirúrgico-plástico y estético y los procedimientos respectivos y a prohibir su discriminación". En un Consejo de Europa, médicos y juristas con fecha 17.04.93, se pronunciaron de la siguiente manera: "El transexual tiene derecho (...) a que le sea concedida la posibilidad de atribuirse registralmente el sexo que siente como propio, con todas las consecuencias civiles, matrimonio comprendido"

13. El modelo de Legislación especial. La Ley N° 164 Italiana del 14 de abril de 1982

Es una ley que ha recibido muchas críticas de la doctrina italiana y europea, sin embargo, es uno de los hitos legislativos que se toman en consideración para ensayar propuestas regulatorias, en el Derecho Comparado

Antes de la dación de esta norma, la tendencia inevitable era de rechazo y menosprecio al fenómeno de la transexualidad, imponiéndose el criterio de la inmutabilidad del sexo, si se nacía con determinados caracteres cromosómicos y gonádicos⁸, así se sienta diferente el individuo, mala suerte, así es la vida, y hay que arreglárselas como se pueda. Este criterio discriminador y contrario a los principios de solidaridad que deben inspirar al Derecho. Antes de la dación de la norma italiana era completamente irrelevante la psico

9 El Derecho Comparado como ciencia jurídica especializada, basada en el método de la comparación de ordenamientos jurídicos privado, por una parte, facilita la mejor interpretación de las relaciones jurídicas y, por otro lado, sirve para perfeccionar al ordenamiento jurídico especializado.



sexualidad del individuo. En este contexto, con fecha 14 de abril de 1982 se da la Ley N° 164. El artículo primero de esta norma permite la denominada rectificación de la atribución del sexo, autorizada con decisión judicial a un sujeto de “sexo diverso de aquel declarado en la partida de nacimiento, seguidamente de intervenciones que han modificado sus caracteres sexuales”. Hubo confusión interpretativa, si esta norma se aplicaba a los transexuales o también a los hermafroditas y pseudo hermafroditas, quedando esta incertidumbre despejada al establecerse mediante sentencia de la Corte Constitucional Italiana del 24 de mayo de 1985 que en el caso de los transexuales, la sentencia judicial de rectificación de sexo tiene carácter declarativo (ex nunc) y para los hermafroditas o pseudo hermafroditas tiene carácter declarativo. Mientras en la Ley italiana la autorización judicial se da después de la modificación o adecuación de los caracteres externos al sexo querido y vivido, en Suecia es presupuesto para realizar la intervención quirúrgica de adecuación de caracteres sexuales externos, un pronunciamiento de la autoridad social competente, que es una autoridad administrativa. En Italia, el cambio del nombre es una consecuencia del cambio del sexo registral. Y para variar el sexo Registral, se solicita la intervención modificatoria de los caracteres sexuales externos.

14. La Ley alemana. Ley de transexuales.

Es la “Ley sobre el cambio de nombres y la determinación de la inherencia del sexo en casos especiales. Ley de transexuales”. Para el cambio de prenombrados, lo que se denomina la “pequeña solución” o *Kleine Lösung*, la competencia la tienen los juzgados municipales, se escucha personalmente al solicitante, quien debe ser una persona que sienta formar parte del sexo opuesto, por lo menos tres años antes a la formulación de su demanda, debe haber vivido y manifestado de acuerdo con este sentimiento, con el objeto que el peticionario no cambie de posición nuevamente en el futuro. Esta ley exige que para la decisión del cambio de prenombre,

el solicitante tenga 25 años de edad, aunque es menester indicar que la Corte Constitucional alemana en el caso del cambio del sexo registral, resolvió la inconstitucionalidad de este requisito. Para esta “pequeña solución” se requiere la participación de dos peritos y si se deniega por el juez, procede la “querrela inmediata”. El solicitante no está obligado a declarar el antiguo nombre, salvo casos de interés público. La ley alemana no considera el cambio de sexo como un hecho irreversible si se trata de la modificación del prenombre. El dispositivo legal ofrece la posibilidad de cancelar los efectos de la sentencia si se produce el hecho improbable de que el transexual deseara retornar a vivir dentro de la “manera de ser” de su sexo originario. La sentencia del cambio de prenombre deviene en ineficaz si la persona a quien se autorizó dicho cambio contrae matrimonio.

La denominada “gran solución” o *gross Lösung*, significa no sólo el cambio de prenombrados, sino también el cambio de sexo registral, el interesado se ha sometido previamente a una intervención quirúrgica de adecuación de genitales externos y cumple para lograr este status los mismos requisitos establecidos para la modificación del prenombre. En primer término se exige que el transexual no sea casado. Un segundo requisito el transexual que pretende el cambio de sexo sea incapaz de procrear. Un tercer requisito que el sujeto se someta, previamente, a una intervención quirúrgica que le permita adecuar sus órganos genitales externos al sexo vivido. La ley establece que una vez que la sentencia queda firme, el accionante debe considerarse como perteneciente al sexo contrario al biológicamente originario, lo que implica que goce de los derechos y obligaciones de su nuevo sexo, salvo disposición diversa de la ley. Asimismo señala esta norma que el cambio de sexo deja intacta la relación paterno filial en caso hayan hijos.

15. Los modelos de legislación codificada. Holanda, Turquía.



El Código Civil de Holanda fue promulgado en 1898 y el libro de los derechos de las personas fue reformado en 1976. En agosto de 1985 se sancionó una ley que adiciona cuatro artículos referidos al llamado cambio de sexo al libro de personas de este cuerpo normativo. Con posterioridad otra reforma entró en vigencia el 01 de septiembre de 1995. Los caracteres de ese modelo normativo son: la prevalencia del sexo psicológico “está convencido de no pertenecer al sexo indicado en su certificado de nacimiento”; Se establece un procedimiento judicial (ante el Landgericht) antes o después de la intervención quirúrgica de adecuación de los genitales, con el fin de modificar el sexo registral originario; los peticionantes no deben estar casados y tener incapacidad para procrear; se exige la opinión de un especialista que establezca la permanencia del convencimiento de no pertenecer al sexo formal; si se resuelve por la anuencia al cambio de sexo registral, el solicitante puede al mismo tiempo variar sus prenombrados; los efectos del cambio de sexo registral son ex nunc, a partir del día en el cual el oficial del estado civil lo inscribe en el Registro. Sin embargo, permanecen los vínculos familiares existentes antes de la intervención quirúrgica.

En Turquía el artículo 29 de su Código Civil, modificado por Ley N° 34444/5/88 establece que la conversión sexual después del nacimiento requiere la corrección de su status civil. Dicha conversión debe ser aprobada con reporte médico. Si se está casado se permite la acción judicial contra el otro cónyuge. En el caso que el transexual sea casado, hay dos tipos de consecuencias: El matrimonio es disuelto automáticamente pero el otro cónyuge podrá recibir una pensión de manutención de los hijos y la patria potestad será entregada a cualquiera de los dos cónyuges.

16. El modelo jurisprudencial: España, Inglaterra.

En España, Eduardo logra variar su nombre a Trinidad, por una resolución por la Dirección

general de Registros y del Notariado, aunque había sido denegado su pedido en las instancias judiciales. La aceptación administrativa se produjo porque el nombre Trinidad se usa indistintamente para hombres como para mujeres. Sin embargo el referente principal es el pronunciamiento del Tribunal Supremo mediante sentencia del 02 de julio de 1987, que establece el derecho a cambiar el nombre del varón por el de mujer, pero sin que tal modificación registral suponga equiparación absoluta con la del sexo femenino. Esta posición del Tribunal de España hace uso de la ficción jurídica, como el mismo reconoce, en el sentido que el transexual operado es visto como del sexo con el que se siente identificado plenamente. Posteriormente la sentencia del Tribunal Supremo del 08 de julio de 1988 reconoce el cambio de género, sin embargo niega la posibilidad de matrimonio a los transexuales sometidos a intervención quirúrgica. Este criterio ha sido ratificado por las sentencias del 03 de marzo de 1989 y del 19 de abril de 1991. Esta posición del cambio inmutable del sexo fue contradicha por la Dirección general de los registros y del Notariado que con fecha 31 de enero de 2001 autorizó el matrimonio entre un varón y un transexual, quien anteladamente se sometió a operación quirúrgica, obteniendo sentencia firme, ordenándose la rectificación de su sexo en el Registro Civil, así como la variación de su nombre. Los Juzgados de primera instancia fueron los que abrieron el camino para el reconocimiento de la absoluta capacidad de los transexuales que han sido reconocidos, luego de la intervención quirúrgica, legalmente como del sexo vivido y por tanto no habría motivo alguno para negarles el matrimonio con personas de su mismo sexo cromosómico pero diferentes en su sexo registral. Se puede mencionar en este sentido la sentencia del Juzgado de primera instancia de Lérida, N° 07 de 21 de septiembre de 1999 y el auto de primera instancia de Málaga, del 10 de enero de 2000. Con el precedente administrativo y las sentencias de primera instancia referidas el transexual que ha logrado finalmente el cambio



de sus prenombrados y del sexo, no tiene por qué verse disminuido o limitado en el ejercicio de sus derechos, ya que si bien el sexo cromosómico nunca variará, legal y socialmente el sexo que ostenta es distinto al sexo de la pareja con la que contraería matrimonio, con lo cual no existiría impedimento legal alguno, de lo contrario se estaría afectando sus derechos constitucionales.

En Inglaterra es famoso el caso *Corbett v. Corbett*, en el cual se presenta una demanda de nulidad de matrimonio de Arthur Corbett contra su esposa April Ashley. Dos aspectos son los centrales en esta demanda. La esposa es de sexo masculino y no hubo consumación del matrimonio. El Juez de la causa fue Justice Ormrod quien era abogado y a su vez médico. Finalmente, se resuelve por la nulidad del matrimonio.

En otro caso, el resultado fue parcialmente restrictivo, se estableció que el cambio de sexo en el certificado de nacimiento de un transexual post operado, no puede efectuarse bajo el derecho inglés. Si se puede, sin embargo, este cambio en la licencia de conducir y en el pasaporte (Caso *Rv. Registrar of Births, Deaths R. Marriages*).

17. El modelo administrativo. Austria y Suecia

En otros ordenamientos jurídicos basta el procedimiento administrativo para lograr el cambio de nombre y de sexo de los transexuales, los modelos austriaco y sueco son referentes esenciales. En Austria se permite el procedimiento administrativo a los transexuales que ya fueron intervenidos quirúrgicamente y acompañados de otras medidas medicinales que aseguren externamente al sexo opuesto. La partida de nacimiento, luego de ser aceptada la petición del cambio de nombre por parte del transexual, será inscrita una anotación marginal sobre el cambio de sexo en la partida se exige administrativamente para solicitar el cambio de nombre, además del documento propio de la solicitud, un dictamen emitido

por peritos médicos del Instituto de Medicina Forense de la Universidad de Viena y que el solicitante no sea casado. La ley austriaca señala que si el solicitante está conforme con el cambio de su nombre, no habrá obstáculo alguno en modificar también la inscripción del nuevo sexo en el libro del Registro de nacimientos.

En Suecia, la Ley de 1972 solicita como requisito mínimo para el cambio de nombre y de sexo el tener 18 años, debiendo la persona haber sido previamente esterilizada o ser incapaz de procrear por otros motivos. Solamente está permitido este procedimiento administrativo a ciudadanos de nacionalidad sueca. La persona peticionante no debe ser casada, podrá ser soltera, viuda, divorciada. Asimismo, la norma contempla el supuesto de personas que presentan malformaciones en sus órganos genitales externos, lo que origina dudas con respecto a su pertenencia a determinado género. La ley en este caso permite que se solicite judicialmente la comprobación de su sexo o efectuar un proceso correctivo de estas malformaciones para adecuar los órganos al sexo deseado.

18. Convención Europea

Mark Nicholas Aban Rees, nació como niña y se le atribuyó un nombre femenino, en concordancia con la Ley Inglesa de 1953. (Ley inglesa de Registros de Nacimientos). Se quejaba ante la Convención que el estado Inglés continúa otorgando certificado de nacimiento en el que figura como de sexo femenino, lo cual lo considera como un acto de humillación, pues ya se había sometido a la intervención quirúrgica de adecuación de genitales externos para aparecer como del sexo masculino. La legislación inglesa no permitía la variación del sexo, ni de los prenombrados en la partida de nacimiento mas sí lo hacía en otros documentos de identidad. En el caso *Cossey*, en 1973 un ciudadano se cambia de nombre de masculino a femenino mediante un *Daed Pool*, que es un acto unilateral por el cual una persona puede cambiar su prenombre en



algunos documentos, pasaporte, licencia de conducir, registros, carnets médicos. En 1974 se somete a una intervención quirúrgica de cambio de sexo. En 1983 se pretende casar con una ciudadana italiana. El Registro General de Estado Civil le informa que ese casamiento era nulo pues aún era considerado como de sexo masculino a pesar de su apariencia física actual. Otro es el caso Sheffieldy y Horsham. En este caso el primer sujeto originariamente hombre y después externamente mujer pretende casarse con otro sujeto originariamente mujer y ahora externamente hombre. Los demandantes manifiestan que el Reino Unido establece el sexo de las personas solamente por las características biológicas, sin considerar el sexo cerebral, que eso les impide modificar su acta de nacimiento por lo cual no pueden casarse, ni adoptar, además de tener que contratar seguros en condición de hombre. Un caso sumamente interesante es el caso X,Y,Z contra el Reino Unido. El caso es el siguiente: X nace en 1955 como mujer; en 1975 se hace un tratamiento hormonal y una operación de cambio de sexo de mujer a hombre. En 1979 asume una relación sentimental estable con Y del sexo femenino (nacida en 1959). En 1990 se inicia el procedimiento de reproducción humana asistida para que Y reciba inseminación artificial con semen de donante, que lógicamente no era X (inseminación heteróloga). X e Y presentan un estudio realizado en 37 niños criados por padres transexuales para demostrar la idoneidad de su actuación como futuros padres. Z nace (producto de la inseminación artificial) el 13/02/92 y X peticiona al jefe del Registro Civil, ser registrado como padre de Z. El registro responde que sólo un individuo de sexo masculino puede ser registrado como padre, sin embargo la niña Z sí puede llevar el apellido de X y ser beneficiaria de los derechos filiales suplementarios si prueba que la niña está a su cargo. El Jefe del registro Civil finalmente no dejó registrar a X como padre de Z aunque Z fue inscrito bajo el apellido de X.

II. CAPITULO III

ASPECTO ACADEMICO DEL ANÁLISIS

19. Aspecto académico

La autoconstrucción sexual de cada ser humano, de cada persona, está protegida y garantizada por el derecho fundamental a la intimidad, no dando cabida a injerencias externas. El cambio de sexo y consecuencias de rectificación de la identidad personal, quedan fuera del ámbito del orden o la moral pública, no perjudica a terceros, está dentro del ámbito de la intimidad y libertad sexual y personal de cada ser humano. Garantizado por la Constitución Política así como también por la diversidad de normas de carácter internacional que gozan de jerarquía constitucional.

La intimidad incluye las conductas auto referente de cada ser humano, por otra parte, las exteriorizaciones que hace una persona no lesionan el orden, ni la moral pública, ni dañan a terceros. Que a los demás guste o no les guste, no es cuestión que entre en competencia de la autoridad pública. Por consiguiente, vedar comportamiento sexual, significaría intromisión ilegítima en una conducta auto referente, que a nadie daña en el sentido jurídico, y por más que moleste o disguste, ello no implica un perjuicio que dé lugar a las pretensiones judiciales. No debe descuidarse el respeto a los comportamientos o actitudes sexuales de los demás, debiendo garantizarse el derecho de las minorías, pues intentar imponer determinada moral sexual específico, es autoritario y escapa del orden público. Porque es íntimo de cada persona, mientras no cause perjuicios a terceros. No ocasionan ningún daño. Motivos por los cuales la sociedad debe respetar toda exteriorización íntima de la sexualidad de un ser humano, aunque sea distinta a la socialmente aceptada.

20. Conclusión:

Más allá de las consideraciones teóricas, morales o religiosas, que se tenga sobre el particular, no



afectan el compromiso del Estado y sus órganos jurisdiccionales, con la defensa, promoción y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de sus ciudadanos, independiente de la raza la religión o la opción sexual de cada individuo. Máxime si lo hacen ciudadanos que reclaman tutela jurídica efectiva, ciudadanos que ejecutan sus derechos fundamentales con autonomía y libertad.

Ejercitan su derecho fundamental de libertad e intimidad sexual, reconocido en la legislación nacional e internacional, como derechos fundamentales en las Constituciones y como derechos humanos en los tratados respectivos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

21. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Derecho a la identidad personal. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Editorial Astrea. Argentina
2. "Homosexualidad y transexualismo". MIZRAHI, Mauricio Luis. Editorial Astrea. Argentina
3. Resarcimiento de daños 2C Daños a las personas Integridad espiritual y social. ZAVALA DE RODRÍGUEZ, Matilde. Editorial Hammurabi pag.285) - "Homosexualidad Y transexualismo" Mizrahi, Mauricio Luis. Editorial Astrea Argentina
4. "Transexualidad. Derecho de los transexuales de casarse". BELLUSCIO LL 2003 B-1296
5. "Transexualidad Que efectos jurídicos produce el cambio de sexo?. MEDINA, Graciela y FERNÁNDEZ, Héctor D.. Lexis Nexis 0003/008439 Fuente J.A. 2001 IV 445)
6. "Transexualismo. Europa condena a Francia y cambia su jurisprudencia ". Rivera, ED 151- 915
7. "Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio". Ignacio. J.A. 1999 I 867.
8. "Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad", FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, JA 2006 -IV-363 SJA 8/11/2006 Lexis Nexis 0003/012912
9. "Derecho y Transexualidad". SABELLI, LL 2002 D 618
10. "Derecho a la identidad del transexual". Wagmaister, MOURELLE DE TAMBORENEA. J.A. 1999 -IV 960.
11. "Derecho a la Identidad" AA.VV Publicado en Colección de Análisis Jurisprudencial La Ley, 2001-1312. España
12. Manual de Derecho Canónico Universidad de Navarra. Segunda edición. Pamplona 1991. España pág. 612 y 55