

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**EL TRATAMIENTO HORMONAL Y QUIRURGICO DE REASIGNACION
DE SEXO: INSTRUMENTOS DE TUTELA DEL DERECHO A LA
INTEGRIDAD DE LOS TRANSEXUALES**

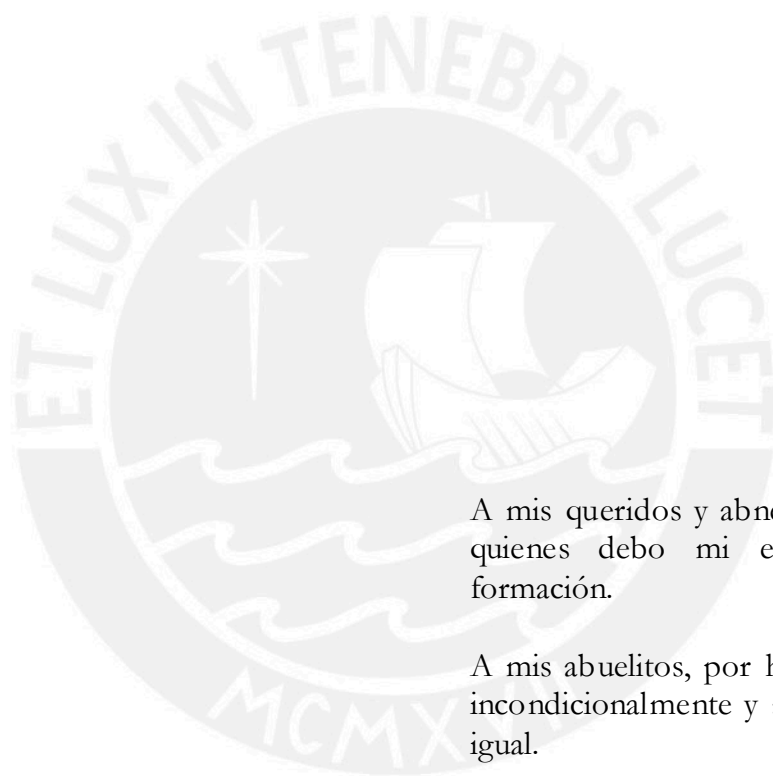
Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil que presenta:

RENZO OMAR DIESTRA SÁENZ

Dirigido por:

DR. JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA

San Miguel, 2015



A mis queridos y abnegados padres, a quienes debo mi existencia y mi formación.

A mis abuelitos, por haberme querido incondicionalmente y a quienes quiero igual.

EL TRATAMIENTO HORMONAL Y QUIRURGICO DE REASIGNACION DE SEXO: INSTRUMENTOS DE TUTELA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LOS TRANSEXUALES

Introducción

La transexualidad, que encuentra sus antecedentes históricos en las más remotas culturas y civilizaciones, es una muy compleja cuestión caracterizada por la irreconciliable disociación entre el sexo biológico y el sexo psico-social de una persona, lo que en última cuenta constituye un problema de identidad de género, de ahí que sea uno de los tipos de la llamada “disforia de género”. Esta cuestión puede ser abordada desde un múltiple enfoque: médico, ético, sociológico, psicológico, psiquiátrico, bioético, religioso, etc., pero también ha expandido su área de influencia al mismo Derecho, en particular al Derecho Constitucional y al Derecho Civil de Personas; precisamente, en atención a esa variedad de puntos de vista desde los cuales puede ser analizada, la transexualidad (o transexualismo) exige un estudio multi e interdisciplinario y coordinado sobre su naturaleza, sus características y sus vías de solución, marcado por la controversialidad.

Producto de la variación en la sexualidad que experimentan los transexuales, éstos en la gran mayoría de las situaciones requieren la práctica de una intervención quirúrgica de readecuación de genitales externos (mal llamada de “cambio de sexo”) y de una terapia a base de la ingestión de hormonas, a fin de obtener la apariencia morfológica que corresponde al sexo con el cual se identifican, que sienten y viven a plenitud. Sin embargo, paralelamente, se hace necesario que el sistema jurídico reconozca la particular identidad sexual de las personas transexuales, mediante la autorización judicial de la modificación del sexo legal de éstos y que consta inscrito en los Registros del Estado Civil, y la admisión también judicial del consiguiente cambio de nombre (o pre-nombre), con la finalidad de posibilitarse el ejercicio óptimo e incuestionable de los derechos fundamentales de estos individuos, en especial de sus derechos de la personalidad.

Es obvio entonces que las necesidades de la comunidad transexual demandan la intervención apremiante del Derecho y, por ende, es aquí, en este escenario, en donde el ordenamiento juega un papel trascendente en relación al transexualismo, cuyas implicancias jurídicas vienen ya siendo reguladas de manera expresa en muchas legislaciones del mundo, siendo aún más intensa y sacrificada la labor jurisdiccional en cuanto a la solución de los conflictos suscitados por la interposición de demandas de “cambio de sexo” y pretensiones accesorias en aquellos países que no cuentan con normatividad expresa acerca de este tópico, como el nuestro, en el que las demandas conteniendo las pretensiones referidas no han sido abundantes y en el que las efectivamente presentadas debieron ser resueltas mediante la actividad creadora de Derecho de los jueces y tribunales del Poder Judicial peruano, con emisión de pronunciamientos no siempre muy consistentes y debidamente fundamentados.

La presente tesis tiene como meta plantear una solución creativa y original a uno de los grandes cuestionamientos jurídicos que afrontarían los transexuales que optan por el camino de las operaciones quirúrgicas de readecuación de sexo o de la hormonoterapia con fines también de reasignación sexual (aunque este último remedio con mucho menor rechazo que el primero) como eficaz alternativa para resolver su problema de identidad sexual —objeción que precisamente se origina en el vacío normativo descrito— y que consistiría en la pretendida incompatibilidad entre dichos instrumentos de reasignación de sexo y el derecho personalísimo e irrenunciable a la integridad personal, con base en una lectura achatada del

artículo 6° del Código Civil, en el sentido de que esos procedimientos clínicos significarían una disminución permanente de la integridad física.

Sobre la base de una concepción integral del derecho a la integridad personal, que tome en cuenta sus innegables dimensiones física y moral, su íntima vinculación con el derecho a la salud y su origen en el Principio-Derecho a la Dignidad, se expondrá una visión progresista de aquél, la cual a su vez nos permitirá una lectura acertada del artículo 6° previamente mencionado, gracias a todo lo que se pretende resolver, de manera definitiva, el aparente conflicto entre el derecho a la integridad y la posibilidad de que las personas con condición transexual libremente decidan su sometimiento a los tratamientos terapéuticos de readecuación de sexo; siendo que la tesis a sustentar es aquella que concluye que, antes que atentar contra el derecho a la integridad personal de los transexuales, la reasignación médica de sexo favorece y maximiza su óptimo disfrute.

Ahora, el desarrollo de nuestra investigación encuentra su apoyo en el método dogmático, debido a que se centra en el estudio de uno de los aspectos de la que quizás sea la más importante de todas las instituciones jurídicas, si se toma como referencia el artículo 1° de la Constitución peruana vigente: la persona humana.

En otro orden de ideas, tenemos que indicar que el tema elegido obedece a la necesidad e importancia de debatir acerca de la legitimidad de esta observación a la opción libre de los transexuales por su reasignación sexual para, en ejercicio de su derecho a la integridad, superar o al menos aliviar su drama existencial. En efecto, la disociación sufrida afecta nocivamente la identidad de los transexuales y, con ello, su integridad, experimentando ellos emociones de angustia, dolor, temor, y sentimientos de frustración de su proyecto de vida, con profundas repercusiones en su bienestar general. En adición, su condición particular los hace blanco fácil de burlas y rechazo, por lo que se erigen como un grupo social marginado de la posibilidad de llevar una vida normal y tranquila. Siendo ello así, los transexuales esperan que esta situación de extrema tensión sea revertida o al menos aliviada con el recurso a los mecanismos de readecuación sexual.

Por otro lado, cabe apuntalar que esta tesis tiene el propósito de contribuir de manera importante a la solución de la problemática señalada, de modo que los transexuales puedan gozar de manera libre e irrestricta su derecho a la identidad sexual a través de su sometimiento consentido e informado a las intervenciones quirúrgicas de adecuación de genitales externos y/o al tratamiento hormonal para readecuación sexual, previo entendimiento del verdadero papel que juegan estos instrumentos de la medicina en relación al derecho a la integridad personal.

Como última nota introductoria, señálese que una vez superada la controversia jurídica que enfrentaría la reasignación de sexo si se tiene una visión plana, prejuiciosa y sesgada sobre el real sentido de la disposición contenida en el artículo 6° del Código Civil, se regulará de manera adecuada el fenómeno de la transexualidad, que con el transcurrir del tiempo va cobrando mayor relevancia jurídica, ya no solamente en aquellas regiones del planeta en donde no impera un pensamiento conservador a ultranza, sino que también en los últimos años en países como el Perú, en donde el principal obstáculo legislativo a los procedimientos de reasignación de sexo a vencer mediante la tesis planteada es la desfasada interpretación literal que se puede dar a la norma en mención.

Índice

Introducción

CAPITULO 1. La transexualidad desde el punto de vista médico-científico

- 1.1 Conceptos previos sobre la sexualidad humana
 - 1.1.1 El sexo y sus diversos componentes
 - 1.1.2 Variaciones de la sexualidad
- 1.2 El fenómeno de la transexualidad
 - 1.2.1 Nociones y características de la transexualidad
 - 1.2.2 Solución médica de la problemática transexual
 - 1.2.2.1 La terapia hormonal para readecuación sexual
 - 1.2.2.2 Las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo

CAPITULO 2. Repercusiones de la transexualidad en el ámbito jurídico-civil

- 2.1 La demanda transexual en el campo del Derecho
- 2.2 Los derechos de la personalidad y la condición transexual
 - 2.2.1 El derecho a la identidad, al nombre y a la libertad individual
 - 2.2.2 El derecho a la integridad personal
 - 2.2.2.1 Concepto y naturaleza del derecho a la integridad
 - 2.2.2.2 El derecho a la integridad en el Derecho Interno y en el Derecho Supranacional
 - 2.2.3 El derecho a la salud
- 2.3 La transexualidad y la etapa post-cambio de sexo: matrimonio, adopción, deporte profesional y los llamados “certámenes de belleza”
- 2.4 La transexualidad y su regulación en el Derecho Nacional: la labor de la jurisprudencia peruana en materia de “cambio de sexo”
- 2.5 La transexualidad en el Derecho Comparado
 - 2.5.1 Regulación normativa de la transexualidad en España y Argentina
 - 2.5.2 Jurisprudencia sobre derechos de los transexuales en España y Argentina

CAPITULO 3. Protección del derecho a la integridad del transexual a través de la reasignación de sexo.

- 3.1 Readecuación de sexo y derecho a la salud del transexual
 - 3.1.1 Rol de la reasignación de sexo en la salud del transexual
 - 3.1.2 El derecho a la salud y su interrelación con el derecho a la integridad
- 3.2 Reasignación de sexo y derecho a la integridad del transexual
 - 3.2.1 El Principio, Derecho y Valor Dignidad como fuente del derecho a la integridad
 - 3.2.2 Visión progresista del derecho a la integridad personal
- 3.3 La licitud de la reasignación sexual a la luz del artículo 6° del Código Civil peruano
 - 3.3.1 Interpretación literal y desfasada del artículo 6° del Código Civil
 - 3.3.2 Compatibilidad total de la readecuación sexual con el artículo 6° del Código Civil

Conclusiones

Bibliografía

1. LA TRANSEXUALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO-CIENTIFICO

La transexualidad, en cuanto fenómeno de la realidad social, proyecta sus implicancias no solamente al ámbito médico-científico, sino también al jurídico e incluso al moral y religioso, por lo que la discusión respecto de aquélla es sumamente controversial y no menos compleja, en atención a los diversos puntos de vista para abordar el tema.

En ese sentido, 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.

Aquí en este punto, cabe tener presente que la Bioética es la disciplina moderna, aún no del todo difundida y conocida, que se ocupa del estudio de la aplicación de las reglas morales sobre la tecnología médica y sobre el desarrollo de la investigación científica en asuntos de orden biológico, buscando que dotar de un contenido más humano a estas actividades, tomando como principal referencia la dignidad de la persona. Es en tal orden de ideas que tópicos como la clonación, las técnicas de reproducción asistida, el control de la fertilidad, la eutanasia y la propia transexualidad, entre otros, son normalmente objeto de evaluación de la Bioética.

Para mejor ilustración de lo dicho en relación a esta nueva disciplina, es oportuno hacer la siguiente cita:

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.¹

1.1 Conceptos previos sobre la sexualidad humana

1.1.1 El sexo y sus diversos componentes

El sexo es un dato complejo de la personalidad, como los especialistas en la materia lo sostienen, tanto biólogos, psicólogos, médicos, sociólogos como antropólogos. Así de complejo como la misma naturaleza humana y conformado por un conjunto de elementos físicos y psicológicos. No en balde se afirma que:

El sexo obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales que impiden, cuando existen discordancias entre ellos, una caracterización homogénea.²

Intentando definir lo que es el sexo, diremos que uno de los variopintos conceptos del sexo nos dice que es aquel impulso que nos dirige y orienta hacia otra persona. Atraídos hacia esa persona, la conducta o comportamiento sexual tendría dos objetivos principales: i) lograr placer (llegar al orgasmo), con

¹ CACERES, Carlos y Sandra VALLENAS (Coordinadores). *La salud como derecho ciudadano. Perspectivas y propuestas desde América Latina*. Fondo Editorial de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Lima, 2003. p. 404.

² CIFUENTES, Santos. "Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año II. N° 3. Julio 1996. Gaceta Jurídica. Lima. p. 203.

o sin vínculo afectivo de por medio; y, ii) perpetuar o reproducir la especie, o sea, procrear.

Por allí también encontramos que el sexo se define por su vínculo con la condición biológica y anatómica de varón o de mujer, con los órganos genitales y las características sexuales primarias y secundarias. De acuerdo con esto, el sexo tiene una naturaleza preponderantemente biológica.

Del sexo también se predica que tiene una variedad de elementos o componentes, de ahí también su naturaleza compleja. A decir de Ricardo Rabinovich-Berkman, quien expone las ideas del psicoterapeuta y endocrinólogo norteamericano Harry Benjamin, los factores físicos del sexo son los órganos y procesos corporales (enzimáticos, hormonales, etc.) que lo caracterizan, y los factores psicológicos hacen referencia al comportamiento del individuo ante sí y ante el grupo social: cómo se ve, siente y percibe, y cómo es considerado y reconocido por los demás miembros de la sociedad.³

Sin más preámbulo, a título de resumen⁴ podemos señalar que los principales elementos del sexo serían los que vienen enseguida:

a. Sexo cromosómico: es llamado también genético. Se determina en el instante de la fecundación del óvulo (huevo femenino u *ovum*) 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: es conocido también como gonádico. Está asociado a las gónadas o glándulas reproductivas: a la mujer le corresponden ovarios; al varón, testículos.

c. Sexo hormonal: es el que 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: es aquel que 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.

³ RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo David. *Vida, cuerpo y Derecho: los derechos personalísimos sobre la integridad física, hoy*. Ediciones Dunken. Buenos Aires, 1998. p. 144.

⁴ Esa clasificación de los elementos del sexo fue tomada de: i) la obra “Vida, cuerpo y Derecho: los derechos personalísimos sobre la integridad física, hoy” del argentino Ricardo David Rabinovich-Berkman, y, ii) el artículo “Los derechos de las minorías transsexuales” de la peruana Clara Celinda Mosquera Vásquez, publicado en la revista jurídica *Diálogo con la Jurisprudencia* (Nº 100).

e. Sexo morfológico: es aquel que se relaciona con los órganos genitales internos y externos. Así tenemos que la mujer tiene como genitales internos las trompas uterinas (ampliamente conocidas como trompas de Falopio), el útero (también 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.

Los elementos del sexo hasta aquí someramente descritos vendrían en conjunto a constituir el llamado “**sexo biológico**”, que es divergente del siguiente componente del sexo, tal como se verá ahora.

f. Sexo psicológico o psico-social: es lo que muchos llaman **género**. El sexo psico-social o género 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. En otros términos, 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 histórico-social que se hace de los sujetos a partir de su posesión de órganos genitales femeninos o masculinos.⁵

Cabe aquí citar la siguiente referencia efectuada por Clara Mosquera Vásquez en su artículo intitulado “Los derechos de las minorías transexuales”, de acuerdo con la cual el sexo psico-social:

(...) es el que se adquiere en el ambiente familiar y cultural en el que una persona crece y se educa.⁶

En relación a este concepto, mostramos nuestra disconformidad, ya que el sexo psicológico no se “adquiere” en la vida familiar y cultural, sino que, en puridad, se “manifiesta”, se “exterioriza” en el ámbito social.

En fin, el elemento psico-social del sexo es el prevaleciente de 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.

No podemos obviar la mención de que en opinión de cierto sector de especialistas, sexo y género son conceptos muy distintos, por lo que el género no sería un componente del sexo, partiendo de la concepción de que el sexo

⁵ CACERES, Carlos y Sandra VALLENAS (Coordinadores). *Op. Cit.* p. 560-561.

⁶ MOSQUERA VASQUEZ, Clara Celinda. “Los derechos de las minorías transexuales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 95.

tiene que ver con la biología humana, mientras que el género se refiere a elementos sociales y culturales.

Sobre esa separación tajante entre sexo y género, somos de la opinión de que, en sentido contrario, el sexo entre sus diversos componentes tiene el psicológico-social, que sería lo que se entiende como “género”.

1.1.2 Variaciones de la sexualidad

1.1.2.1 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. En términos sencillos, el sujeto que padece de hermafroditismo tiene tanto de órganos sexuales masculinos como de órganos sexuales femeninos, de ahí que sufra de un disformismo genital congénito.

Ahora, algunos autores especialistas⁷ en la materia nos indican que en la naturaleza no existe el hermafroditismo puro: éste existiría únicamente en concepciones teóricas, puesto que en la realidad, cuando ocurre esta clase de malformaciones somáticas, siempre se manifestaría una prevalencia o de los genitales masculinos o de los femeninos.

Precisamente, el pseudo hermafroditismo 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 pseudo hermafroditismo 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.

El diagnóstico certero de este trastorno del desarrollo sexual lo realizan los médicos luego de un estudio histológico, es decir, de los tejidos ováricos y testiculares que se evidencian, o sea, de la conformación interna del aparato reproductor del sujeto.

Si nos consultan por las diferencias centrales entre la transexualidad y el pseudo hermafroditismo, nos queda resaltar que la primera implica la imperiosa necesidad de consolidar físicamente la identidad sexual a través de los procedimientos de reasignación de sexo, en tanto que el segundo conlleva la necesidad también dramática no de consolidar sino más bien de definir o determinar la identidad sexual mediante cirugías y

⁷ Entre estos especialistas puede mencionarse a: i) Carlos Fernández Sessarego (Véase su artículo “Sexualidad y Bioética: la problemática del transexualismo”, publicado en la revista Foro Jurídico, N° 5), y a: ii) Santos Cifuentes (Léase su artículo “Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad”, publicado en la revista jurídica Diálogo con la Jurisprudencia, N° 3).

tratamiento hormonal, para así superar la situación de ambigüedad sexual.

1.1.2.2 Homosexualidad

Considerada durante un tiempo como una patología y en consecuencia (infelizmente) incluida en la Clasificación Internacional de Enfermedades elaborada por la Organización Mundial de la Salud, 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.

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

1.1.2.3 Bisexualidad

Es otro problema de orientación sexual, que, a desemejanza de la homosexualidad, consiste en la necesidad y el interés sexual y emocional que se dirige a personas de cualesquiera de los dos sexos, de manera equivalente e indistinta, de ahí que la persona bisexual potencialmente pueda amar tanto a varones como a mujeres, sin hacer distingo alguno.

1.1.2.4 Travestismo

Fue el médico alemán Hirschfeld quien en 1910 acuñó la palabra “travestido”. Luego tenemos que el 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. Al respecto, un dato a tener en cuenta es que el travestismo es casi exclusivamente una variación sexual masculina. En cuanto a las etiquetas tradicionales, tenemos 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”.

Según veremos líneas más adelante, 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 dramática e impostergable de acercarse, 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.

A mayor abundamiento, vale recalcar que los transexuales “(...) además de vestirse con la ropa del otro sexo (actividad tradicionalmente asociada al fetichismo y el travestismo), se identificaban completamente con el sexo opuesto, creían que estaban atrapados en el cuerpo equivocado y deseaban someterse a una operación quirúrgica para corregir este desorden (...)”.⁸

Dicho en tales términos, 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.

1.1.2.5 Transexualidad

En el siguiente apartado se hablará muy en extenso de la transexualidad, de su concepto y de sus características más relevantes. Bástenos decir por ahora que se trata de una condición no ordinaria de la sexualidad.

1.2 El fenómeno de la transexualidad

1.2.1 Nociones y principales características de la transexualidad

La transexualidad, cuya nomenclatura es creación de Harry Benjamin en 1953, desde el punto de vista médico-científico, es una condición consistente en que quien la padece siente pertenecer al sexo opuesto a su sexo fisio-biológico. Es decir, se trata de una persona de sexo masculino que considera realmente que su sexo es el femenino (llamado “transexual varón-mujer” o TVM), y viceversa, o sea la persona de sexo femenino que estima que su verdadero sexo es el masculino (llamado “transexual mujer-varón” o TMV), aunque lo más común es el primer supuesto. Así, en el transexual confluyen dos sexos: el biológico y uno de tipo psico-social, siendo este último el querido, deseado y prevalente.

En ese sentido, la transexualidad o transexualismo es una variación de la sexualidad humana vinculada con la identidad sexual de una persona, aún no abordada de modo suficiente por la ciencia, a pesar de su antigüedad. Sin perjuicio de ello, los transexuales son definidos por la medicina como personas que sienten como no propio el sexo que se les ha asignado, por lo que conciben como un error de la naturaleza el sexo con el que nacieron, su sexo biológico; de ahí que se comporten y lleven una vida que es propia de personas del sexo opuesto y teniendo como aspiración máxima poder adecuar, al costo que fuese, su estructura anatómica y morfológica a la del sexo que sienten como verdaderamente suyo.

A mayor abundamiento, conviene destacar que los profesores J. K. Mason y Alexander McCall Smith apuntan que: “El transexual no necesariamente muestra ninguna anormalidad anatómica o fisiológica pero, no obstante, sufre

⁸ SOLEY-BELTRAN, Patricia. *Transexualidad y la matriz heterosexual*. Edicions Bellaterra. Barcelona, 2009. p. 229.

un intenso deseo de ser y de ser aceptado como miembro del sexo opuesto. (...) los transexuales están convencidos de que la naturaleza ha cometido un error en su caso e intentan rectificarlo.”⁹

Por lo anterior, y tal como ya se adelantara, el transexualismo consiste en la dramática disociación entre el sexo con el cual se nace (Sexo biológico) y el sexo sentido, querido y vivido (Sexo psico-social); es, dicho de otra manera, una discordancia entre cuerpo y mente. Es, pues, tal como se manifestara antes, una variante de la sexualidad, caracterizada por el pasaje de un sexo a otro; es, en buena cuenta, una desviación de la sexualidad que estriba en la disconformidad entre los órganos genitales y el rol social tradicionalmente asignado a éstos.

Por su parte, la doctrina jurídica ha definido a la transexualidad de muy variadas formas, de ahí que existan diversas nociones y conceptos sobre la misma, aunque evidenciando algunos puntos en común la gran mayoría de esas definiciones. En sede peruana, la inexperiencia en cuanto al manejo jurídico de la problemática de las personas transexuales, producto de los pocos casos sobre el particular que a la fecha se han judicializado, es causa de que no sean muchos los autores peruanos que han abordado el tema, destacando nítidamente entre ellos Carlos Fernández Sessarego, cuya doctrina central ha calado profundamente entre los tratadistas argentinos.

Precisamente, para Fernández Sessarego la transexualidad es una situación en la que: “(...) se produce en la persona una honda, elocuente y dramática disociación, un angustioso e insuperable contraste, entre el sexo cromosómico y el sexo psicológico. Es decir, por un lado, entre el sexo con el cual la persona es concebida y con el cual se encuentra inscrita en los registros públicos del estado civil y, por el otro, con el sexo que se manifiesta y se refleja en las vivencias y actitudes del sujeto, que se trasunta en su entera personalidad, el cual es opuesto al sexo biológico originario.”¹⁰

Después, en cuanto a las características de la transexualidad, señala el mismo autor que ésta se hace evidente desde una edad temprana, aproximadamente entre los dos y cuatro años, existiendo dos síntomas claros: primero, el sentimiento profundo de pertenecer al sexo opuesto a aquél asignado por la naturaleza, y segundo, el invencible deseo de “cambiar” de sexo dentro de las posibilidades de la ciencia y para los efectos de que se le reconozca jurídicamente su nuevo status.¹¹

Siguiendo en el ámbito del Perú, Teresa de Jesús Seijas Rengifo, desde un punto de vista un tanto distinto, define al transexual como: “(...) aquél que está en desarmonía con sus caracteres sexuales totales hasta el punto de detestar la pertenencia al propio sexo (...), razón para que considere valedera la terapéutica como solución que le llevará a la normalidad en el aspecto legal, sexual y social, por cuanto el tratamiento psiquiátrico acompañado de hormonas no ha logrado ofrecerle perspectivas optimistas, debido a que su duración es excesiva

⁹ RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo. *Op. Cit.* p. 152-153.

¹⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Sexualidad y Bioética: la problemática del transexualismo”. En: *Foro Jurídico*. Año III. N° 5. Abril 2006. Editora Jurídica Grijley. Lima. p. 55.

¹¹ *Ibid.* p. 56.

(...), sin que finalmente consiga los resultados deseados, por lo que su situación se vuelve más angustiosa.”¹²

A nivel sudamericano, en Argentina también se han ocupado de la transexualidad algunos autores. Entre ellos destaca el renombrado Santos Cifuentes, quien estima que el transexualismo es la condición de aquella persona que parte necesariamente de la convicción de un error de la naturaleza consistente en una ubicación sexual suya que considera equivocada, por lo cual reniega y rechaza dicha sexualidad, buscando de forma persistente tener el sexo opuesto, o sea, el que siente y vive como propio en sus relaciones interpersonales, con la ayuda de las intervenciones quirúrgicas y con la autorización del cambio en los registros civiles de sus datos personales como sexo y nombre. De acuerdo con ello, indica este tratadista que: “El transexualismo no presenta en apariencia una patología de los elementos orgánicos, pero sí una inclinación muy fuerte, psico-social, a querer ser del sexo opuesto (...). El transexual quiere vivir según el sexo que no le ha brindado la naturaleza. (...) Por eso (...) se somete a graves y dolorosas operaciones (...)”.¹³

Yolanda Bustos Moreno, de nacionalidad española, diferente a lo sostenido por los autores antes señalados, define el transexualismo aunque afirmando su naturaleza patológica y de grave problema de salud mental, ya que señala que la transexualidad figura perfectamente descrita en las clasificaciones internacionales de enfermedades, pero que no se indican tratamientos para eliminarla, sino que por el contrario la terapia hormonal y la cirugía de reasignación sexual son presentadas como la solución al problema transexual.

En efecto, Bustos dice que: “(...) Los transexuales tienen la convicción de pertenecer al sexo opuesto al que nacieron, con una insatisfacción mantenida por sus propios caracteres sexuales primarios (como genitales) y secundarios (por ejemplo, el vello corporal) (...) y un deseo manifiesto de cambiarlos médica y quirúrgicamente. (...) son trastornos psiquiátricos graves que distorsionan la percepción de la realidad (...)”¹⁴ (*El subrayado es nuestro*).

Ahora bien, la medicina y la psicología explican el fenómeno del que venimos hablando con base en las dos grandes facetas del sexo:

a. Una estática e inmutable, determinada por la morfología externa y por los caracteres anatómicos y fisiológicos de una persona: lo que en conjunto se conoce tradicionalmente como “sexo biológico” y que, en términos prácticos, reúne al sexo cromosómico o genético, fisiológico, gonádico, morfológico, genital, endocrino, etc. Es el sexo que originalmente se inscribe en los Registros Públicos de Estado Civil, el sexo con el que uno nace y muere, o sea que es inmodificable, al menos en el estado actual del conocimiento científico y tecnológico, por lo que en un sentido técnico correcto es impropio rotular a las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual como de “cambio de sexo”, según lo que se verá más adelante.

¹² SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. “El derecho a la identidad y el cambio de nombre por cambio de sexo”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 80. Octubre 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 191.

¹³ CIFUENTES, Santos. *Op. Cit.* p. 208.

¹⁴ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54110105>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

b. Una dinámica, relacionada con la personalidad, la actitud, los hábitos y modales, y el comportamiento en general del individuo en sociedad. Es lo que se conoce como el “sexo psico-social”, que no es más que la exteriorización de la sexualidad en los diversos ámbitos de la vida de relación, es decir, en la interacción cotidiana y ordinaria con los demás miembros de la sociedad.

En condiciones normales y en la inmensa mayoría de los seres humanos, el sexo estático coincide con el sexo dinámico. Sin embargo, en los transexuales existe una divergencia entre estos dos aspectos, que lleva a que experimenten la necesidad de convertirse orgánicamente en personas de sexo distinto a su sexo originario, siendo que para satisfacer esa urgencia recurren a algunos tratamientos médicos en aras de adaptar su sexo físico a su sexo psíquico y no al revés, o sea, adecuar su sexo psíquico a su sexo físico, como era la solución que mayormente se ofrecía para el problema transexual en una primera etapa de la evolución en el largo camino hacia el reconocimiento jurídico de los derechos de este grupo minoritario del cual se viene hablando.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto es que la transexualidad sea concebida también, en nomenclatura que no compartimos (porque denota un status patológico), como trastorno de identidad de género. Por ello, mucho mejor es conceptualizar transexualidad como “disforia de género”¹⁵, aunque con mayor rigurosidad como un tipo de disforia de género, es decir, como un desorden en el género que vivencia una persona, un problema de identidad de género ante la insatisfacción con el propio.

Siendo entonces la transexualidad una cuestión de género, se dice que:

(...) en el discurso médico sobre la transexualidad, se entiende el género como la convicción interior de que la asignación del propio sexo es (in)correcta.¹⁶

En otro orden de ideas, ante las demandas de la comunidad transexual la ciencia ha encontrado, hasta el momento, que la readecuación anatómica pretendida puede obtenerse a través de dos vías: la primera está constituida por las intervenciones quirúrgicas de adecuación de genitales externos (también conocidas como de readecuación o reasignación de sexo), mientras que la segunda alude a los tratamientos y terapias médicas en base a la ingestión de hormonas.

Lo anterior también ha sido materia de pronunciamiento por parte de diversos tribunales internacionales de derechos humanos. Uno de ellos, la Corte Europea de Derechos del Hombre, en la conocida sentencia del *leading case* Rees manifestó que los transexuales son “las personas que pertenecen físicamente a un sexo pero que sienten el pertenecer a otro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se someten a tratamientos

¹⁵ La paternidad de la expresión “síndrome de disforia de género” pertenece a Fisk, quien la utilizó por primera vez hacia 1973.

¹⁶ SOLEY-BELTRAN, Patricia. *Op. Cit.* p. 32.

médicos o a intervenciones quirúrgicas a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo.”¹⁷

En cuanto a la etiología del transexualismo, según afirma Fernández Sessarego¹⁸, científicos australianos habrían descubierto que en la placa del hipotálamo del cerebro existen unas células asociadas a la función sexual, cuyo núcleo agigantado determinaría la conducta sexual de las personas, como varones o como mujeres, con independencia del factor cromosómico. Es decir, del funcionamiento de estas células dependería que un varón se comporte y viva conforme a su pertenencia verdadera al sexo femenino y viceversa.

Con mayor grado de incerteza sobre las causas de la transexualidad, el argentino Santos Cifuentes repara en que: “Todavía no se sabe exactamente si la composición sexual genética o cromosómica de los llamados “transexuales”, influye en esa inclinación fuertísima que lleva a hacerse una operación mutilante (...). Es decir no se sabe si la inclinación es producto de la mutación de algún gen del propio sujeto.”¹⁹

Por ende, de comprobarse algún día el resultado de las investigaciones que los expertos se hallan realizando, se tendrá que la transexualidad debe su génesis a cuestiones subjetivas, ya que se verificaría que tiene una base biológica de orden congénito, echándose por tierra aquellas especulaciones acerca de que la causa del transexualismo la encontramos en factores exógenos (externos) como el ambiente social, la educación, las costumbres familiares, etc. Sin embargo, en el estado actual de la ciencia, no existen conocimientos claros en relación al origen del transexualismo.

Por otra parte, también es importante indicar que, en una visión que no se comparte y que ya viene siendo prácticamente superada, a decir de algunos científicos el transexualismo es una enfermedad mental que requiere de tratamiento psiquiátrico, el mismo que deberá pretender la reafirmación del sexo biológico, el cual para ellos tiene una preponderancia sobre el sexo psico-social. Si aquel tratamiento fracasare, recién ahí se abriría la puerta de la intervención quirúrgica o de la terapia hormonal.

Al respecto, amerita hacer hincapié en el muy probable basamento de la postura que encuentra naturaleza patológica en la transexualidad, que sería la definición de transexualidad contenida en la Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud, y que comparte la DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – 4th. Edition*) de la Asociación Psiquiátrica Americana: “(...) trastorno mental caracterizado por una identificación acusada y persistente con el sexo opuesto, por un malestar persistente con el propio sexo y por un sentimiento de inadecuación con el rol genérico, lo cual provoca un profundo malestar psicológico y alteraciones

¹⁷ MEDINA, Graciela. “Transexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año 6. N° 16. Enero 2000. Gaceta Jurídica. Lima. p. 157.

¹⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea. Buenos Aires, 1992. p. 302-303.

¹⁹ CIFUENTES, Santos. “El genoma humano y el derecho civil”. En: *Artículos de Doctrina*. N° 4. Enero 2004. Editorial Astrea. <http://vlex.com/vid/26542377>. Versión generada por el usuario puqperuip. 09 de abril de 2011.

significativas en el área social, ocupacional o en cualquier otro aspecto importante del funcionamiento.”²⁰

En conclusión, la transexualidad o transexualismo puede conceptualizarse como una variante sexual (de fuente probablemente biológica), cuyas primeras manifestaciones se remontarían a la primera infancia, por el cual una persona que pertenece a un determinado sexo desde el punto de vista biológico, no acepta esa pertenencia y, por el contrario, de manera absolutamente natural y espontánea siente, anhela y se comporta como una persona del sexo opuesto, experimentando un terrible y hondo drama existencial que la conduce irrefrenablemente a someterse a una serie de procedimientos médicos y quirúrgicos a través de los cuales pretende acercarse, en la mayor medida posible, su apariencia física y sus órganos genitales externos e internos a aquellos que son propios del sexo que vivencia según su identidad de género.

1.2.2 Solución médica de la problemática transexual

La persona transexual busca la solución de sus serios problemas de identidad sexual en la ciencia médica, por constituir ésta su única alternativa. Y es que, de acuerdo a lo adelantado, la medicina proporciona dos tipos de tratamiento clínico para el transexual que, con mucha ansiedad, desea conseguir la identidad sentida y vivida y, por tanto, adecuar su sexo morfológico y genital a los caracteres fisionómicos correspondientes a su sexo psico-social.

Relacionado con esto se dice que, “(...) la única opción viable para aliviar el sufrimiento de los pacientes era operar anatómicamente, es decir, intervenir el cuerpo “sexuado” con el fin de lograr la deseada coherencia entre el “sexo” y el “género”. En suma, la única “solución” para la disforia de género es tratar el “sexo”, es decir, cambiar el cuerpo para alinearlos con las definiciones normativas de género de una forma coherente.”²¹

Esos dos métodos médicos a través de los cuales el transexual busca consolidar su identidad sexual, mediante la adaptación de su aspecto somático y de su sistema endocrino a su sexo sentido e intensamente vivido, son el hormonal y el quirúrgico, aunque uno menos satisfactorio que el otro, tal como se verá seguidamente.

1.2.2.1 La terapia hormonal para readecuación sexual

Consiste en la ingesta de hormonas, que debe ser prescrita y supervisada por médicos endocrinos, que son los especialistas en hormonación. En sí, este tratamiento conlleva el suministro de hormonas del sexo opuesto y persigue como objetivos: “(...) por un lado, acabar con las características sexuales secundarias del sexo de origen y, por otro, crear las características del sexo contrario.”²²

²⁰ GOMEZ GIL, Esther y Josep-María PERI NOGUES. *Transexualidad: un reto para el sistema sanitario español*. En: <http://www.transexualia.org/DOCUMENTACION/retosistemas sanitario.pdf>.

²¹ SOLEY-BELTRAN, Patricia. *Op. Cit.* p. 230-231.

²² BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54110105>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

Entonces, los procesos de hormonación tienen como fin la generación de reacciones físicas acordes como, por citar un ejemplo, el desarrollo de las mamas y el aflautamiento de la voz en el caso de los hombres, o el crecimiento de barba en el caso de las mujeres.

Ahondando más, podemos añadir que para los transexuales varón-mujer la terapia hormonal indica consumo de estrógenos de por vida, produciendo gradualmente estas hormonas cierta feminización: aumento de pectorales con conversión a femenino del patrón de depósitos grasos; redondeo de caderas; detención del proceso de envejecimiento (en caso de haberse éste iniciado); disminución de las secreciones prostáticas; desaparición de la eyaculación; y cada vez mayor infrecuencia de erecciones; como cambios principales. En tanto, para los transexuales mujer-varón se prescribe el consumo de andrógenos, a fin de obtener una masculinización gradual: probabilidad del crecimiento de barba, a diversos grados; agravamiento de la voz; conversión a masculino del patrón de depósitos grasos; aumento del tamaño del clítoris; aunque es imposible la desaparición de los senos y una nueva forma de la estructura pélvica; en cuanto cambios más importantes.²³

Sin embargo, es oportuno destacar que las elevadas dosis de hormonas sexuales que deben ser consumidas acarrear importantes consecuencias de orden metabólico. Una parte de esos efectos serán positivos en cuanto coinciden con los que busca el transexual, pero otra parte constituye efectos secundarios muy indeseables, que se reflejan en la potencial morbilidad que conlleva la hormonoterapia para el tratamiento de problemas de transexualidad. De ahí que sea necesaria una evaluación multidisciplinaria previa a la prescripción de este tipo de terapia médica.

Por igual cabe indicar que los efectos de este tratamiento son graduales y limitados, y no producen sobre la anatomía el cambio completo que la gran parte de la masa transexual desea ver reflejado en su apariencia y morfología física, lo que genera un sinsabor y un sentimiento de insatisfacción, por lo que los transexuales se ven obligados a recurrir a otro tipo de procedimiento (el quirúrgico), que complete el cambio meramente parcial que se produce con la ingesta hormonal.

Así es que con justa razón se manifiesta, sobre la hormonación transexual, que: “(...) se busca la eliminación de los caracteres sexuales del sexo original (aunque esta supresión resulta incompleta) y la inducción de los caracteres sexuales del sexo sentido.” (*El subrayado es nuestro*).²⁴

En ese orden de ideas es que se afirma que la terapia en base a hormonas es un método de readecuación sexual imperfecto,

²³ SHIBLEY HYDE, Janet y John D. DELAMATER. *Sexualidad Humana*. Novena Edición. Mc Graw Hill Interamericana. México, 2006. p. 351-352.

²⁴ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54110105>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

complementario y secundario en relación a las intervenciones quirúrgicas de “cambio de sexo”. Es por eso que “(...) lo normal es comenzar el tratamiento hormonal transexualizador, bajo control endocrinológico y, más adelante, cuando así lo decida el paciente (debidamente informado) y el criterio del correspondiente especialista, la cirugía de reasignación sexual.”²⁵

1.2.2.2 Las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo

En oposición a la insuficiencia propia del tratamiento hormonal, la mayor satisfacción y los resultados más eficientes que anhelan los transexuales los obtienen de la práctica de las intervenciones quirúrgicas de adecuación o readecuación de genitales externos, también conocidas como cirugías genitales transexuales, cuyo primer antecedente histórico se remonta hacia la década de 1920, cuando algunos médicos, sobre todo alemanes, modificaron los cuerpos de varias personas que deseaban “cambiar” su sexo.

Como bien dijimos antes, esas prácticas médicas son erróneamente llamadas “intervenciones de cambio de sexo”, en razón de que el sexo con el cual se nace es invariable, hasta el momento actual de la ciencia por lo menos. En efecto, lo que en realidad se logra con estas operaciones es la readecuación o reasignación del sexo de una persona, básicamente mediante la transformación de los órganos genitales externos y de la apariencia morfológica externa en general, a fin de aproximar ésta lo más posible a la que corresponde al sexo vivido, motivo por lo que son consideradas esas operaciones como la alternativa más eficaz de cara a la demanda transexual.

En cuanto a las características de estas intervenciones, puede indicarse que se trata de procedimientos de naturaleza demoledora-reconstructiva, sumamente penosos, y de consecuencias irreversibles y radicales. En el caso de los transexuales varón-mujer, el pene y los testículos se extirpan, pero sin cortar los nervios sensoriales del pene; se reconstruyen los genitales externos de suerte que se parezcan tanto como fuese posible a los de una mujer; se construye un clítoris con sensibilidad sexual usando el glande del pene; y se forma una vagina artificial (una bolsa de 15 a 20 centímetros o de 6 a 8 pulgadas de profundidad), que será recubierta con piel del pene, y que durante los seis meses siguientes a la realización de la operación será sometida a dilatación con el uso de un instrumento de plástico, para que no vuelva más a cerrarse. Aparte, se puede realizar una cirugía cosmética para rebajar el tamaño de la manzana de Adán, tratándose de los TVM.

Ahora, en el caso de los transexuales mujer-varón la cirugía es menos exitosa, e incluye: construcción de un pene y escroto con utilización de tejidos del área genital y del antebrazo, siendo que ese pene no tendrá capacidad de erección, por lo que se puede implantar un tubo rígido de

²⁵ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54111003>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

silicona para permitir que el pene se introduzca en la vagina durante el coito; remoción de senos; e histerectomía.²⁶

Por consiguiente, en atención a las durísimas consecuencias de las cirugías transexuales, es menester que previo a la práctica de éstas -que debe estar a cargo de cirujanos de altísima cualificación y especialización- se requiera de la rigurosa confirmación del diagnóstico de transexualidad, con el auxilio técnico de exámenes psicológicos y psiquiátricos que acrediten indubitablemente la condición transexual, determinándose de esa forma la autenticidad de la motivación, con descarte de los casos de situaciones transitorias (Por ejemplo, la coyuntura de un homosexual deprimido por el abandono de su compañero) o con descarte de genuinas patologías mentales con manifestaciones análogas a las de la transexualidad (Por ejemplo, la persona esquizofrénica que manifiesta confusión en su identidad de género).

Y uno de los síntomas irreprochables de la verdadera transexualidad es el deseo impostergable, urgente, y hasta obsesivo se podría decir, que experimentan los transexuales por la reasignación de su sexo a través de las cirugías de readecuación de órganos genitales externos. A decir de buen número de estudiosos en el tema, ese deseo irrefrenable del que se viene hablando es prueba indubitable del diagnóstico de transexualidad y quizás la más importante.

No obstante ello, es relevante no perder de vista el hecho de que no siempre todo el universo de personas transexuales siente esa necesidad imperiosa de su sometimiento a las intervenciones quirúrgicas de “cambio de sexo”, por una serie de factores, como por ejemplo estado de salud incompatible con la práctica de la cirugía (lo que incrementa más el riesgo inherente a cualquier intervención quirúrgica), motivos de edad, razones de índole económica (por el alto coste de las operaciones), entre otros.

Por lo anterior, es nuestra opinión que no debe ser requisito para la declaración judicial de cambio de sexo registral que el transexual se haya sometido a la cirugía masculinizante o femineizante, según fuere el caso, debiendo entonces ser suficiente el sometimiento a las terapias hormonales, y ello porque sí se ve como necesario que la morfología exterior de la persona transexual se parezca en el mayor grado posible a la que corresponde al sexo biológico opuesto.

Respecto a la no obligatoriedad de la cirugía genital transexual, vale la pena citar una opinión similar a la nuestra, en el sentido de que “(.) no toda persona transexual deseará someterse a intervenciones quirúrgicas, sin que ello deba ser considerado como “prueba de vida verdadera”, signo de convicción o requisito para que se le reconozca su identidad y se modifiquen sus documentos.”²⁷

²⁶ SHIBLEY HYDE, Janet y John D. DELAMATER. *Op. Cit.* p. 353.

²⁷ SIVERINO BAVIO, Paula. “El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina”. En: *Ius et Veritas*. N° 41. Diciembre 2010. Lima. p. 58.

Otro pre-requisito de la cirugía de reasignación sexual es la evaluación de la capacidad de la persona transexual para superar la aguda crisis socio-cultural que tendrá que afrontar en la etapa post-operatoria, y de su capacidad de adaptación a las características de una nueva apariencia física y de resistencia frente a los problemas legales que de todo ello deriven, que no serán pocos, por cierto.

De otro lado, merece destacarse que, si el consentimiento plenamente informado del paciente es una exigencia para todo tipo de tratamiento y procedimientos médicos, en especial para los que involucran la realización de intervenciones quirúrgicas, resulta una mayor exigencia aún para la práctica de las cirugías genitales transexuales, las mismas que son calificadas como de “alto riesgo”, en función de las diversas mutilaciones e implantaciones que tienen que realizarse sobre la anatomía de la persona transexual, efectos drásticos sobre el plano corporal del ser humano que hacen que estas operaciones susciten mucha polémica y controversia, sobre todo en los campos ético y jurídico.

Y es que esas cirugías se traducen, para el caso de los varones, en la extirpación de los testículos, la amputación del pene y la formación de una vagina artificial usando partes del pene, principalmente, además de la disminución de la “manzana de Adán” y el aumento del volumen de los senos con la utilización de implantes de silicona. Mientras tanto, para el caso de las mujeres, la cirugía se torna más complicada, porque se les tienen que extirpar los ovarios y el útero (Histerectomía), reducir el volumen de sus senos y fabricar un pene artificial.

En ese orden de ideas, la cirugía bajo comentario soluciona en gran medida, pero no en su totalidad, el problema de la desarmonía entre el sexo biológico con el sexo psico-social, generando así un bienestar relativo en la persona transexual, atendiendo a que, como se apuntó líneas atrás, la intervención no implica un “cambio de sexo” propiamente dicho,

de modo que es muy relativo y poco cierto sostener que con la operación quirúrgica el problema del transexual se soluciona.²⁸

Vale decir que, un hombre nunca dejará de serlo por el simple hecho de haberse sometido a una intervención quirúrgica femineizante, ni tampoco una mujer perderá su condición de tal tras su sometimiento a una intervención masculinizante; pero esta realidad en cuanto a las limitaciones de dicha operación no sirve para desmentir que: “Está demostrado que, en la mayoría de los casos, supone para las personas que se han sometido a ella una atenuación o disipación de las sensaciones de disforia sexual.”²⁹

²⁸ RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo David. *Op. Cit.* p. 156.

²⁹ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transsexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo.* En: <http://vlex.com/vid/54110105>. Versión generada por el usuario pucperuip. 02 de abril de 2011.

Acerca de que las intervenciones quirúrgicas de adecuación de órganos genitales externos no constituyen la “panacea milagrosa” de los males del transexual, se tiene también que la Corte Constitucional de Italia en la sentencia expedida en el marco del proceso por inconstitucionalidad de la ley de reasignación de sexo de 1982, opina que ese tipo de operación “(...) logra “recomponer el equilibrio entre soma y psiquis, permitiéndole al transexual gozar de una situación de relativo bienestar, estableciendo las condiciones para una vida sexual y de relación lo más normal posible”.”³⁰ (*El subrayado es nuestro*).

Entonces, es esencial que quede claro que los procedimientos quirúrgicos de readecuación de genitales externos en ningún caso otorgan por entero todos los caracteres del sexo opuesto al originario. Sin embargo, aún con la imperfección destacada, en el estado actual del avance técnico y científico constituyen el método de reasignación sexual más completo y satisfactorio, aunque –como ya se dijera– el más controversial asimismo, por lo que su empleo a veces se ve desincentivado con la denuncia de su supuesta ilicitud.

Por el contrario, es básico enfatizar que la práctica de las operaciones bajo análisis, al igual que el sometimiento a la terapia hormonal de readecuación de sexo, promueven el ejercicio y disfrute de los llamados “derechos de la personalidad”, que obviamente titulariza el transexual como cualquier otro sujeto de derecho, aún cuando ninguno de esos tratamientos clínicos permita en forma alguna la variación del sexo cromosómico, muy a pesar de la creciente sofisticación de ellos.

En particular, la cirugía genital y la hormonoterapia transexuales favorecen el goce del derecho a la integridad personal del transexual, en todos sus aspectos, tópico que, por ser materia de nuestra tesis, será abordado con detenimiento y detalles en los siguientes capítulos.

Por último y como un dato de información actualizada, es importante añadir que la realización de la intervención quirúrgica de reasignación sexual es admitida en la gran mayoría de las naciones de Occidente, siendo más sencillas las cirugías que demandan los transexuales varón-mujer que las que requieren los transexuales mujer-varón.

2. REPERCUSIONES DE LA TRANSEXUALIDAD EN EL AMBITO JURIDICO-CIVIL

2.1 La demanda transexual en el campo del Derecho

El transexualismo es un fenómeno que involucra consecuencias jurídicas, especialmente en el ámbito del Derecho Civil y, más en concreto, en el campo de los “derechos de la personalidad”, puesto que, complementariamente a su reasignación de sexo en términos físicos, los transexuales asimismo requieren que el ordenamiento jurídico declare su nueva identidad, su nuevo status jurídico personal,

³⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Sexualidad y Bioética: la problemática del transexualismo”. En: *Foro Jurídico*. Año III. N° 5. Abril 2006. Editora Jurídica Grijley. Lima. p. 58.

para lo que deben iniciar las acciones legales conducentes a la modificación de su sexo en términos jurídicos, con el correlativo cambio de nombre (de pre-nombres, más en puridad), a fin de no encontrar ningún obstáculo en el camino a su pleno reconocimiento como sujetos de Derecho, o sea como centro de imputación de derechos y deberes.

En ese sentido, el status jurídico del transexual requiere, con carácter urgente, ser modificado en función a la nueva realidad física que presenta su estructura corporal, en cuanto a su pre-nombre (o pre-nombres) y sexo nominal, ya iniciado o una vez culminado su procedimiento médico de reasignación de sexo, sea por terapia hormonal o por intervenciones quirúrgicas o por ambos.

Es entonces en el momento referido en que aparece el problema jurídico de la transexualidad, motivado por la polémica legal en cuanto a la licitud de la práctica de la cirugía de reasignación sexual (y también del tratamiento hormonal, aunque en mucha menor medida) y del cambio de sexo legal y nombre correlativos, que son datos que constan inscritos en la Partida de Nacimiento que expide el Registro de Estado Civil y que serán reproducidos en todos los documentos de identidad de una persona.

A este respecto, Juan Espinoza Espinoza estima que la problemática transexual no sólo es de índole sociológico, psicológico y médico, sino que además tiene aristas jurídicas, siendo que su solución en el campo del Derecho debe necesariamente dirigir la mirada hacia la distinción entre sexo y género, manifestando su opinión favorable a la realización de operaciones quirúrgicas transexuales y del cambio registral de sexo, con las palabras que continúan: “El derecho, en tanto producto cultural, debe reflejar una sociedad abierta y tolerante a este tipo de cambios y desarrollos y dejar en el armario del anticuario conceptos que impiden la realización del proyecto vital de existencia del ser humano, el cual debe armonizar con los intereses familiares y sociales (...)”.³¹

Sobre el particular, también, Fernández Sessarego, a través de su vasta y autorizada producción literaria, afirma que el profundo drama existencial que padecen los transexuales debe ser resuelto por el ordenamiento jurídico, en beneficio de su derecho a la salud, a la identidad y al libre desarrollo de su personalidad, siendo que la principal preocupación de aquéllos es obtener su “cambio de sexo”, el cual conlleva: i) la adecuación morfológica de sus órganos genitales, con lo que se persigue superar el terrible drama existencial de los transexuales, y ii) la modificación jurídica de la inscripción de su sexo y pre-nombres en el Registro de Estado Civil, con la obtención de un nuevo Documento Nacional de Identidad, previa autorización judicial en varias oportunidades.

Y en cuanto a la tendencia actual sobre la posibilidad o no de autorizar el mal llamado “cambio de sexo”, el autor peruano afirma que después de una época, no lejana, en la que los jueces y tribunales no admitían las demandas con la pretensión de obtener la “adecuación o reasignación de sexo”, se advierte en la actualidad una evolución muy positiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, tendente a admitir dicha posibilidad y el consiguiente cambio de pre-nombre en los

³¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Quinta Edición. Rhodas. Lima, 2006. p. 324.

Registros del Estado Civil, entendiéndose que el problema transexual es, esencialmente, de raíz axiológica.³²

Otro doctrinario que evidencia su postura pro-transexual es el argentino Santos Cifuentes, quien, en sus diferentes obras que no sólo incluyen libros sino también artículos, se muestra partidario del reconocimiento jurídico de la identidad sexual propia de los transexuales y de sus derechos al sometimiento a una intervención quirúrgica de readecuación sexual –que tendría que ser autorizada por decisión judicial- y a la modificación de la inscripción registral de su sexo y nombres (pre-nombres, para ser más rigurosos).

En efecto, para este autor el drama que experimentan los transexuales es un problema de identidad sexual, siendo que al sistema jurídico corresponde la tarea de dar solución a esta situación conflictiva, de suerte que la asignación registral y documental del sexo de una persona se asocie con el sexo psicológico social, que por constituir fiel reflejo de la decisión individual libre (y que en nada interfiere con los intereses colectivos) y al ser el elemento psíquico el factor decisivo y preponderante en la conformación del sexo, merece ser respetado y reconocido por el ordenamiento, a fin de evitar afectaciones a los derechos personalísimos y demás derechos fundamentales.

Respecto a lo último, en opinión de Cifuentes el fundamento para acoger favorablemente la “reivindicación” transexual se encontraría en el respeto de los derechos a la no discriminación, a la integridad física, psíquica y moral, al bienestar integral, y a la identidad (que no sólo es producto de la autoconformación y el desarrollo psíquico de la personalidad, sino además de factores externos como el ambiente y la posición cultural propia).

Ricardo Rabinovich-Berkman, tanto como los tratadistas anteriores, es igualmente confeso defensor del derecho de los transexuales al sometimiento libre a la cirugía de reasignación de atributos sexuales externos, sustentando su posición en que el ser humano es titular de su existencia y de su cuerpo, de ahí que cuenta con el derecho a la disposición y autodeterminación sobre éste, sin que el orden público o las buenas costumbres signifiquen una limitación válida al ejercicio de este atributo de la personalidad.

En cuanto a su concreta postura, conviene reseñar la siguiente conclusión a la que llega el autor referido: “(...) la decisión sobre la alteración del cuerpo debe quedar librada al sujeto mayor capaz, sin intervención jurídica alguna, dado que forma parte de su proyecto de autoconstrucción existencial, es un acto íntimo que no afecta a terceros en sí, y sólo un concepto inquisitorial y autoritario de la sociedad podría justificar la intromisión pública en esa esfera.”³³

En similar línea de pensamiento, la ibérica Yolanda Bustos también manifiesta su posición a favor del reconocimiento de la identidad transexual, siempre que el pedido respectivo tenga sustento en la realidad, al afirmar que en su país la urgencia de contar con una regulación específica se evidenció durante largos años, por

³² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Sexualidad y Bioética: la problemática del transexualismo”. En: *Foro Jurídico*. Año III. N° 5. Abril 2006. Editora Jurídica Grijley. Lima. p. 59-60.

³³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. Transexualidad y Cirugía. *Propuesta de un texto alternativo para el artículo 110 del Proyecto de Código Civil argentino y el artículo 13 del nuevo Código Civil brasileño*. p. 11.

tratarse de dar cobertura y seguridad jurídica a la necesidad del transexual de ver corregida la asignación registral de su sexo según su identidad de género real, como central reivindicación, debiéndose encontrar el justo equilibrio entre la necesidad de dar certidumbre a las relaciones jurídicas –evitando cambios arbitrarios o no fundados de sexo- y el intento de satisfacción de las aspiraciones legítimas de los transexuales.³⁴

Por otro parte y para concluir el presente acápite, valga el esfuerzo repetir que el intenso debate jurídico que ocasionan las demandas transexuales a veces se encuentra inevitablemente influenciado por arraigadas convicciones ético–morales y culturales, de las que no es fácil desprenderse, a pesar del alto grado de progreso conseguido por nuestra civilización y de la evolución positiva experimentada por el pensamiento humano.

2.2 Los derechos de la personalidad y la condición transexual

Como se acaba de exponer, la titularidad de los derechos de la personalidad es la mejor arma con la que cuentan los transexuales para luchar, con muchísimas probabilidades de éxito, por el reconocimiento pleno por parte del ordenamiento jurídico de su identidad sexual, fiel reflejo no de su sexo biológico, sino del género que desenvuelven en la vida social, día tras día.

Esos derechos que son inherentes a la persona humana, por su condición misma de tal y que devienen del Derecho-Principio de Dignidad, son conocidos también por su denominación de “derechos personalísimos”, los mismos que incluyen el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, al nombre, a la libertad personal, al libre desarrollo de la personalidad, al honor y a la buena reputación, a la intimidad de la vida privada, a la identidad, etc.

Tanta es su trascendencia jurídica, que los derechos bajo comentario no solamente han sido reconocidos de manera expresa en la normatividad interna (tanto en la Constitución Política de 1993 como en el Código Civil de 1984), sino que además gozan de consagración en los diversos tratados supranacionales de Derechos Humanos suscritos alrededor del planeta, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida igualmente como Pacto de San José de Costa Rica), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

Como se indicara, nuestra norma suprema consagra, al nivel máximo de jerarquía, los derechos fundamentales de la personalidad, que podrían verse seriamente perjudicados si es que a una persona que experimenta transexualismo no se le favorece con el “cambio de sexo” anhelado. Nos referimos a los derechos a la identidad personal y a la identidad sexual (numeral 1 del artículo 2º), a la integridad personal (numeral 1 del artículo 2º), a la salud (artículo 7º), a la libertad individual (literal a) del numeral 24 del artículo 2º), y al libre desarrollo de la personalidad (numeral 1 del artículo 2º), principalmente.

De otro lado, en nuestro vigente Código Civil esos derechos personalísimos también tienen reconocimiento, según se advierte del artículo 5º que a la letra dice: “El

³⁴ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54107677>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables (...)"

Lo que viene a continuación es, precisamente, una visión panorámica del contenido fundamental de aquellos derechos de la personalidad que se vinculan intensamente con la temática transexual, en el sentido de justificar una posición en pro de la autorización judicial para la modificación registral del dato del sexo del individuo transexual, para su libre y previamente informado sometimiento a una intervención quirúrgica de reasignación de genitales externos, e igualmente para el correspondiente y ulterior cambio de nombre o pre-nombres.

2.2.1 El derecho a la identidad, al nombre y a la libertad individual

El **derecho a la identidad** es el derecho en virtud del cual una persona debe ser tenida como única e idéntica solamente a sí misma. La identidad personal encierra una inescindible unidad psicosomática, con aristas de índole diversa interrelacionadas entre sí, configurando una original manera de ser. Por consiguiente, el derecho a la identidad importa que toda persona tiene que ser reconocida estrictamente por lo que es y por el modo cómo es.

En efecto, la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, es decir, que permiten que cada quien sea “uno mismo” y “no otro”, porque en función de la naturaleza humana una persona solamente es idéntica a sí misma, no existiendo dos personas exactamente iguales, sino tan sólo parecidas.

La identidad tiene atributos y éstos pueden clasificarse en: estáticos (salvo excepciones) y dinámicos. Los elementos estáticos u objetivos son aquellos elementos personales que son visibles al exterior, invariables o, por lo menos, con vocación de permanencia en el tiempo; entre ellos se puede mencionar a los signos distintivos de la persona (sexo, nombre, imagen, edad, fecha de nacimiento, etc.), la herencia genética (genoma humano), las huellas digitales, etc. Los elementos dinámicos o subjetivos, en cambio, constituyen el aspecto variable de la identidad y aluden al desenvolvimiento espontáneo y fluido de la personalidad, de ahí que hagan referencia a las características individuales de cada persona: éticas, religiosas, culturales, ideológicas, políticas, profesionales, principalmente.

La identidad encuentra su sustento en la libertad de la persona humana, que se manifiesta en el mundo exterior y concretiza la personalidad singular de cada individuo, conocida comúnmente como la “manera de ser” de cada quien, que es única, irrepetible y que se agota en cada individuo, teniendo por tanto muchísima certeza aquella expresión “ninguna persona es igual a otra”.

Es oportuno precisar que en nuestro Código Civil no fue regulado este derecho debido al incipiente desarrollo hacia el año 1984 respecto de su naturaleza y límites; sin embargo, esta omisión fue solucionada con la promulgación de la Constitución Política vigente, en donde ha sido consagrado en el numeral 1 de su artículo 2°.

Justamente, sobre este derecho, ha sostenido el Tribunal Constitucional que es el: “(...) derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.”³⁵

Por otro lado, merece destacarse que la identidad tiene, entre sus facetas, a la identidad sexual, que es un factor de la identidad personal, existiendo entre ellas una relación de especie a género, constituyendo la identidad sexual uno de los caracteres primarios y más complejos de la identidad personal. Con la finalidad de reforzar lo afirmado, conviene señalar que:

La identidad sexual constituye un elemento de la identidad personal en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. (...).³⁶

La identidad sexual es la conciencia de la forma sexual de ser, no respecto de lo que “se es”, sino de lo que “se está convencido de ser”, y tiene como su elemento trascendente al sexo, el mismo que, como ya vimos antes, obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales, que impiden, cuando existen discordancias entre ellos, una caracterización homogénea.

Con arreglo a ello, recordemos que el sexo puede ser apreciado tanto desde el punto de vista estático como dinámico. Desde la perspectiva estática, el sexo se conforma de las características anatómicas y la morfología exterior de un ser humano; y desde el punto de vista dinámico, el sexo es aquel adoptado en la forma de comportarse del sujeto, en sus actitudes, lo que es llamado “género” por algunos científicos sociales.

De ese modo, la identidad sexual variará en la medida en que para algunas personas su sexo es el mismo tanto desde el punto de vista estático como del dinámico, mientras que para otras habrá una disociación entre ambas perspectivas. Y es aquí cuando se tiene al frente a la figura de la transexualidad, en la que toma importancia el género, entendido por Juan Espinoza como: “(...) la proyección erótica del ser, en suma, su sexualidad.”³⁷

Circunscribiéndonos a lo anterior, el **derecho a la identidad sexual** es el derecho de pertenecer a un sexo determinado y de vivir conforme a él; es la facultad del sujeto de ser reconocido como perteneciente a un determinado sexo. Y ello porque toda persona tiene la libertad de vivir su propia sexualidad, exigiendo el respeto a la proyección social de su personalidad. Sobre el particular, añade Paul Hunt que:

(...) entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona de expresar su orientación sexual (...) sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social.³⁸

³⁵ Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, de fecha 29 de enero del 2003.

³⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea. Buenos Aires, 1992. p. 85.

³⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 297.

³⁸ VILLANUEVA FLORES, Roño. *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 2008. p. 25.

Las personas transexuales, como cualesquiera otra, son también titulares del derecho a la identidad personal y a la identidad sexual, por lo que el ordenamiento jurídico debe contribuir al reforzamiento de su identidad mediante la aceptación de su cambio de “sexo legal”, toda vez que ello solucionaría el grave trastorno disociativo que sufren, en cuanto al doble carácter sexual que experimentan. De ese modo, si el sistema validara el cambio jurídico de sexo de los transexuales se produciría seguramente la consolidación de la convergencia de su sexo físico con su sexo psicológico, con posterioridad a la intervención quirúrgica de reasignación sexual o a la hormonoterapia respectiva, según el caso, lo cual redundaría a su vez en que sean objeto de una identificación unívoca y nunca más confusa o contradictoria, ya sea proveniente de terceros o de sí mismos inclusive.

Para terminar, el derecho a la identidad sexual de los transexuales no debe de encontrar interferencias ni de terceras personas ni de las autoridades estatales, porque esas conductas invasoras acrecientan el problema de identidad de aquéllos, que ya de por sí es de entidad muy compleja y de consecuencias insufribles para los que padecen ese drama.

El **derecho al nombre** constituye una derivación del derecho a la identidad personal y no ha sido recogido en la Carta Magna, no obstante lo cual de manera expresa se encuentra reconocido en el artículo 19° del Código Civil, en el que se prescribe que: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.”

El nombre (en este caso, pre-nombre y apellidos) es un atributo de la personalidad que individualiza a las personas y les sirve para distinguirse de las demás, de ahí que tradicionalmente cumpla dos funciones: individualización e identificación.

Sin embargo, el nombre no es determinante para la identidad de una persona, pues al formar parte de los signos distintivos de ella, integra también el aspecto estático de la identidad personal. En ese orden de ideas, con el solo nombre no se puede determinar la identidad, pues debe estar complementado con el patrimonio ideológico y cultural de la persona para poder identificarla.

Además, es relevante anotar que el nombre debe corresponderse con el ser mismo de la persona designada y no puede significar en modo alguno un estigma que se pretende ocultar. Por ello, suele regularse en diversos ordenamientos jurídicos, como el peruano, la posibilidad de efectuar un cambio de nombre en vía judicial y por motivos debidamente justificados, entre los cuales algunos magistrados de estrecho criterio no consideran que se encuentra la disforia de género.

Por lo expuesto, los transexuales necesitan con prisa someterse a los procedimientos médicos de reasignación de sexo, porque de lo contrario no podrían ejercer su derecho a tener un nombre reconocido por el sistema jurídico que sea acorde con su identidad sexual y, por lo tanto, se verían imposibilitados de hacer ejercicio indiscutible de sus demás derechos fundamentales.

En efecto, de no poder cambiar su nombre, el transexual sufriría algunos inconvenientes en cuanto a la realización de una serie de actividades, muchas de las cuales implican el ejercicio de otros tantos derechos. Por ejemplo, no podría ejercer ciertos derechos económicos, como obtener una licencia de funcionamiento para la conducción de un negocio, etc.

En buena cuenta, denegar al transexual el cambio de nombre, o más exactamente de pre-nombre, afecta su derecho a la identidad, ya que no podría identificarse de forma individual de manera cierta. Además, tiene que considerarse el hecho de que el cambio de pre-nombre es el corolario indispensable del “cambio de sexo”.

A mayor abundamiento, atendiendo a la importancia que tiene el nombre para el ejercicio de los demás derechos fundamentales es que se concluye en que en caso de denegarse al transexual su derecho al cambio de nombre se le condenaría a una especie de “muerte civil”. Sobre esta circunstancia, es bastante ilustrativo el criterio del Tribunal Constitucional expresado en los términos que continúan: “(...) en nuestro ordenamiento jurídico, el DNI tiene una doble función; por un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, ya que posibilita la identificación precisa de su titular; y, por otro, es un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos que se encuentran consagrados en la Constitución (...). (...) además, es esencial para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros de carácter personal, de modo que su carencia comporta una limitación de varios derechos ciudadanos (...). Y ello por cuanto el artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.”³⁹

Por su parte, el **derecho a la libertad individual** es uno de los principios centrales que regula el desenvolvimiento de las personas en el medio social y en esa medida es un valor superior del ordenamiento jurídico, encontrándose consagrado en el literal a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política⁴⁰.

Conforme a esa regulación, los seres humanos son libres para realizar todo aquello que no esté expresamente prohibido en virtud de una ley y no están obligados a hacer lo que la ley no impone. Dicho de otro modo, la libertad es la facultad de obrar de acuerdo a la voluntad, es decir, el derecho a la autodeterminación, que en nuestro sistema de normas goza de una “preferred position”, es decir, de una posición preferente, término que deriva del common law inglés y que es muy utilizado por la doctrina nacional.

El derecho a la libertad individual tiene como uno de sus componentes o manifestaciones específicas al **derecho al libre desarrollo de la personalidad**, el mismo que en opinión de algunos autores peruanos está expresamente regulado en el numeral 1 del artículo 2° de nuestra Constitución

³⁹ Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4444-2005-PHC/TC, de fecha 25 de julio del 2005.

⁴⁰ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...).

Política⁴¹. Pero, según lo sostenido por otro sector de la doctrina nacional, no tendría un reconocimiento concreto.

Sin perjuicio de la discrepancia académica surgida, aún suscribiendo la tesis del no reconocimiento directo de este derecho, el mismo puede bien ser derivado de la cláusula implícita de derechos fundamentales contenida en el artículo 3° de la Constitución, así como también del principio-derecho de Dignidad.

En cuanto al contenido constitucionalmente protegido del derecho bajo comento, el Tribunal Constitucional en jurisprudencia uniforme viene sosteniendo que garantiza la libertad general de actuación de la persona respecto de las diversas esferas de desarrollo de la personalidad, que sean consustanciales a la estructuración de la vida privada y social, y que no sean objeto de reconocimiento especial a través de disposiciones sobre derechos fundamentales, siendo que el ejercicio y reconocimiento de esos campos de libertad natural se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotado de dignidad y autonomía. Esos espacios de libertad para la realización de la vida personal y social son ámbitos que no admiten interferencia estatal, excepto cuando se trata de intervenciones razonables y proporcionales para salvaguardar otros principios, valores o derechos de naturaleza constitucional.

Quiere decir que, este derecho permite que una persona pueda tomar libremente aquellas decisiones cuyas consecuencias únicamente recaigan sobre su esfera personal, sin posibilidad alguna de afectación a derechos de terceros y siempre que se actúe con respeto a la normatividad vigente y al ordenamiento jurídico en general. Este tipo de determinaciones son conocidas como “conductas autorreferentes”.

Volviendo al tema de la transexualidad, no existe ley o norma que expresamente prohíba la práctica de intervenciones quirúrgicas o el seguimiento de tratamientos hormonales para readecuación de sexo. En consecuencia, a fin de no vaciar de contenido al derecho a la libertad individual, no cabe impedir válidamente a los transexuales que se sometan a este tipo de tratamientos médicos, siempre que su voluntad así lo haya determinado, previa información completa y oportuna sobre los riesgos a los que se exponen y sobre el resultado irreversible de su decisión de ser intervenidos quirúrgicamente.

Eso último es lo que se conoce en el ámbito de la Bioética como “consentimiento informado”, que impone a los médicos y otros profesionales vinculados con la medicina humana la obligación de informar adecuadamente a los pacientes respecto de los diversos tratamientos, terapias e intervenciones quirúrgicas que conlleven riesgos para su salud e incluso su vida, con la finalidad de que éstos puedan tomar decisiones en inmejorables condiciones de información y autonomía absoluta.

Considerando lo anterior, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad faculta a los transexuales a que puedan decidir con absoluta espontaneidad su sometimiento a los mecanismos de reasignación sexual antes

⁴¹ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 1. (...) a su libre desarrollo y bienestar (...).

referidos, los que conllevarán, a su favor, una serie de beneficios de orden físico y psicológico fundamentalmente, evitándose efectos nocivos sobre su salud (como graves neurosis, por ejemplo) o sobre su comportamiento. Además, el beneficio personal que ellos obtienen producto de esos procedimientos quirúrgicos y hormonales no perjudica a terceros en manera alguna y tampoco supone contravención de las leyes del país, como se verá luego, constituyendo entonces una conducta plenamente autorreferente.

En suma, el derecho a la libertad otorga a los transexuales la potestad de decidir libremente si se someten o no a la “reasignación de su sexo”, en el marco de la plena vigencia del principio de autonomía de la voluntad y de la autodeterminación. Sobre el particular, cabe añadir que “(...) si (...) es aceptado que el transexual padece una “patología” como surgiría del psicoanálisis, no por ello el síndrome que diagnostica la ciencia psiquiátrica lo excluye por completo de la órbita de libertad que rige en la vida privada. Por el contrario, ese padecimiento no suprime el principio de libertad y autonomía del sujeto, ya que, como todo individuo que sufre una dolencia, puede o no someterse a su cura a través de la cirugía, dado que nadie podría imponerle que se abstuviera de operarse, medicarse o tratarse de algún modo, como tampoco exigirle imperativamente que se someta a alguna de esas posibles curaciones.”⁴²

2.2.2 El derecho a la integridad personal

2.2.2.1 Concepto y naturaleza del derecho a la integridad

De la voz “integridad”, que –según la Real Academia Española, significa cualidad de íntegro, o sea completo en todas sus partes, el **derecho a la integridad personal** puede ser entendido desde su íntima conexión con el derecho a la vida, puesto que ambos derechos subjetivos comparten un sustrato común: el valor “vida”. Yendo más en concreto, el derecho a la vida protege la intangibilidad de ésta en el sentido de no sufrir lesiones que impliquen su fin, o sea, la muerte. Mientras que el derecho a la integridad también protege la intangibilidad de la vida, pero en el sentido de no sufrir lesiones que supongan afectaciones en la vida, en cuanto unidad orgánica, funcional y moral, de ahí que deba reconocerse la integridad en los aspectos físico y moral.

Relacionado con lo último, tenemos que: “Enrique Alvarez Conde (...) enfatiza que el derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto, el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que ésta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato.”⁴³

⁴² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 299-300.

⁴³ GARCIA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Segunda Edición. Editorial Adrus. Lima, 2013. p. 153.

En este apartado, vale la pena tener en cuenta que por intangibilidad se comprende la incolumidad, inviolabilidad e indemnidad del ser, que son cualidades inherentes al ser humano por su condición de tal y que conforman el núcleo básico imperturbable en la dimensión subjetiva de la persona, en cuanto reflejo directo de su elevada dignidad, con la natural consecuencia de la prohibición de cualquier ingerencia estatal o privada que resulte lesiva de esta esfera tan íntima, como atentados corporales, coacciones psicológicas o afrentas morales. De ahí el contenido abstencionista del derecho.

Luego, aterrizando en la naturaleza del derecho a la integridad personal, tenemos que decir que se trata de uno de los “derechos de la personalidad” –llamados igualmente “derechos personalísimos”- que son connaturales e innatos a la condición humana de todas las personas y que apuntan al reconocimiento y a la realización plena de la personalidad. En particular y partiendo de su peculiar naturaleza, el derecho a la integridad es un derecho absoluto en cuanto al respeto de su contenido esencial, parcialmente disponible (a la luz de la licitud de las donaciones en vida de órganos y tejidos, y de determinados tratos consentidos por el propio individuo), y deviene en condición imprescindible y necesaria para la supervivencia y el desarrollo humanos, por lo que se convierte en un bien jurídico, es decir, en un bien inmaterial merecedor de tutela por el Derecho.

Y si hablamos del interés interno que se ampara a través del derecho *sub materia*, como bien se dice: “(...) el interés directamente protegido en el derecho a la integridad se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su corporeidad humana, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.”⁴⁴

En esa medida, por la importancia que merece su tutela, el derecho a la integridad ha sido objeto de reconocimiento jurídico al nivel más alto de la pirámide normativa que es propia de países como el nuestro, o sea, al nivel constitucional, de ahí su status de derecho fundamental. Y no sólo eso, puesto que la protección de este derecho subjetivo se ha entendido de tanta trascendencia jurídica -como la de muchos otros derechos constitucionales, es cierto- que ha sido también recogido en instrumentos internacionales de tutela de derechos humanos, algunos de ellos provenientes de tratados suscritos por el Perú.

No obstante lo anterior, merece destacarse por igual que el derecho a la integridad personal además ha sido materia de consagración en el Código Civil de 1984, en su artículo 5°, junto a los demás derechos inherentes a la personalidad humana.

La integridad personal tiene manifestaciones, tal como ya se insinuara. Para la mayoría de los autores, la integridad es física, psíquica y moral. En sentido disímil, hay quienes consideran sólo dos formas de

⁴⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *El derecho a la integridad personal en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Editorial San Marcos. Lima, 2004. p. 21.

integridad: la física y la moral⁴⁵, conformando ya lo que sería la integridad psíquica o psicológica parte de la integridad física. Nosotros suscribimos la última posición, por los motivos que luego se especificarán.

La integridad física viene a ser la capacidad orgánica y funcional del ser humano, vale decir, el conjunto de elementos orgánicos que constituye la estructura anatómica y funcional de la persona, la base material de la personalidad del sujeto.

Ahora bien, el aspecto psicológico es el conjunto de elementos y procesos emocionales e intelectuales que conforman la personalidad, el carácter y el temperamento. Como operaciones del intelecto que son, la fuente directriz de ellas son los órganos que componen el sistema nervioso, de los cuales es el cerebro el preponderante, por la mayor importancia de las funciones y actividades que desarrolla. Dicho ello, no puede negarse que la capacidad psíquica es parte de la capacidad orgánica y funcional del individuo.

En esa medida, como afirma Carlos Mesía, en su dimensión física el derecho a la integridad presupone la ausencia de menoscabo en el cuerpo, o sea, la conservación de todas las partes del mismo, de ahí que se vulnera la integridad física si se ocasiona daños que producen incapacidad para trabajar, deformación, mutilación, perturbación funcional o alteración de las facultades mentales.⁴⁶

O como manifiesta Alex Plácido, el derecho a la integridad física sería:

(...) el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal (...).⁴⁷

Finalmente, la integridad moral pertenece a un plano superior, a un campo espiritual del ser humano, por aludir a la capacidad y poder de autodeterminación, autoconciencia, autogobierno, a la capacidad de decisión, y de gestión y configuración de la propia vida, facultades en base a las que se irá construyendo la personalidad. Es decir, se refiere al conjunto de sentimientos, ideas, vivencias, cuyo equilibrio permite a la persona la elección de una posibilidad en vez de otra, siendo así visible la vinculación de la integridad moral con el derecho a la libertad personal.

Por ende, como es idea de Enrique Bernalles:

⁴⁵ Uno de esos juristas sería probablemente Arturo Valencia Zea, quien en su ponencia denominada “Los Derechos de la Persona”, expuesta en el Congreso Internacional sobre el Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano (9 al 11 de agosto de 1985), sostuvo que: “Los códigos penales sancionan a quien someta a otro a tortura física o moral”. Nótese cómo el autor no menciona el término “tortura psicológica”.

⁴⁶ MESIA RAMIREZ, Carlos Fernando. *Derechos de la persona: dogmática constitucional*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2004. p. 95.

⁴⁷ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Op. Cit.* p. 28.

(...) la integridad moral es el derecho de cada ser humano de desarrollar su vida de acuerdo al orden de valores que conforman sus convicciones.⁴⁸

O es también como señala Néstor Pedro Sagués⁴⁹ (citado por García Toma), para quien el derecho a la integridad moral:

(...) asegura el respeto al desarrollo de la vida personal de conformidad con el cuadro de valores que se derivan de la libertad de conciencia.

Los elementos indicados se interrelacionan fuertemente, constituyendo de esa manera un todo integral; por ende, el derecho a la integridad parte del reconocimiento de la indemnidad in totum del ser humano, por ser el derecho subjetivo que tutela la condición inherente al ser humano, en cuanto inescindible unidad física y moral. Y ello es muy cierto porque, como dice Alex Plácido, protege la inviolabilidad de una persona, no solamente contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo, mente o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos elementos que carezca de su consentimiento⁵⁰, de modo que la persona no pueda ser rebajada o degradada a una condición inferior incompatible con la dignidad humana.

2.2.2.2 El derecho a la integridad en el Derecho Interno y en el Derecho Supranacional

Por ser la Constitución Política la piedra angular del sistema jurídico interno, su referencia en cuanto a la previsión del derecho a la integridad es preferente, enunciándose en el artículo 2° del texto constitucional vigente (de 1993) que: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, su identidad, a su integridad moral, psíquica y física (...)”. (*El subrayado es nuestro*).

Es esencial, como dato histórico, tener conocimiento que la Constitución anterior, o sea, la de 1979, en el numeral 1 de su artículo 2° estipulaba, por primera vez en nuestra experiencia constitucional, que: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a un nombre propio, a la integridad física (...)”. (*El subrayado es nuestro*). Como se puede ver de una simple comparación entre este texto y el anterior, la Constitución vigente es más satisfactoria en cuanto al reconocimiento del derecho a la integridad, puesto que, a diferencia de la anterior, no olvida que la integridad no es unidimensional, sino que tiene muy presente que, además de la esfera física, existe una segunda esfera: la moral.

No obstante lo anterior, los constituyentes de 1993 estiman que aparte de la integridad física y moral existe igualmente una integridad psíquica (o psicológica), que en nuestra opinión se trata de una inclusión redundante y por ello mismo inútil, debido a que, por los motivos antes

⁴⁸ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Op. Cit.* p. 97.

⁴⁹ GARCIA TOMA, Víctor. *Op. Cit.* p. 156.

⁵⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Op. Cit.* p. 35.

exteriorizados, somos partidarios de la doble vertiente (y no de la triple vertiente) de la integridad, en física y moral, y, en esa forma, de que el aspecto psicológico del ser humano forma parte de la integridad física, salvo mejor parecer.

Por su parte, en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional maneja ciertas ideas sobre el derecho a la integridad. Así entiende que: “El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho.”⁵¹

Después de un año, los magistrados del Tribunal Constitucional dirían lo siguiente: “El derecho a la integridad personal reconoce el atributo a no ser sometido o a no autoinfligirse medidas o tratamientos susceptibles de anular, modificar o lacerar la voluntad, las ideas, pensamientos, sentimientos o el uso pleno de las facultades corpóreas. El reconocimiento de la indemnidad humana, *in totum*, se expresa, como regla general, en la no privación de ninguna parte de su ser. Por ende, proscribire toda conducta que inflija un trato que menoscabe el cuerpo o el espíritu del hombre.”⁵²

En un segundo plano, aparece regulado, aunque de manera recortada, este derecho en el artículo 5° del Código Civil de 1984, con las siguientes palabras: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. (...)”. En efecto, del tenor literal de esta norma es clara la omisión del reconocimiento a la esfera del derecho a la integridad que es diferente de la física: la dimensión moral. Sin embargo, por haber sido formulada en términos abiertos y generales, es indudable que la deficiencia advertida en esta disposición puede ser rápidamente superada, sobre todo si se comprende que el derecho a la integridad moral es otro del elenco de los derechos inherentes al ser humano.

Ya en el plano internacional, el derecho aludido ha sido recogido en diversos instrumentos de protección de derechos humanos:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). En su artículo 5° se prescribe que: 1. Toda

⁵¹ Fundamento 215 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero del 2003.

⁵² Fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2333-2004-HC/TC, de fecha 12 de agosto del 2004.

persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...)

- Declaración Universal de Derechos Humanos. En su artículo 5° se reconoce que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”
- Convención Europea de Derechos Humanos. En su artículo 3° se establece también que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En su artículo 7° se consagra que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

Lo que de común tienen todas las cartas de derechos fundamentales precitadas es el uso de casi los mismos términos en la escueta regulación del derecho *sub examine* –excepto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que presenta algunas distinciones- y la notoria ausencia de una definición de este derecho y de cualquier alcance respecto de su contenido esencial, omisiones que sin embargo son frecuentes en las declaraciones sobre derechos humanos.

2.2.3 El derecho a la salud

La salud debe ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto de su aspecto propiamente físico como psíquico o psicológico, constituyendo condición indispensable para el desarrollo individual y colectivo, en tanto componente inalienable de la dignidad humana. Ello lo ha sostenido el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia en relación al derecho a la salud, que ha sido proclamado en el artículo 7° de la Constitución, que a la letra dice: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (...)”

Derivado de lo anterior, resulta que el **derecho a la salud**, incluido dentro del catálogo de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”, es la facultad de mantener la normalidad orgánico-funcional, tanto física como mental, y de restablecerla cuando la afecte determinada perturbación; en esa medida se habla de que la protección de la salud implica dos acciones: una de conservación y otra de restablecimiento.

O también si se quiere, la salud es:

(...) la capacidad propia del organismo de mantener y restablecer un estado óptimo de la integridad orgánica y funcional y, por ende, de la propia persona.⁵³

Ahora bien, es importante tener presente cuáles son los factores que influyen en el óptimo o deficiente estado de salud. Ellos serían tres, a decir de Areli Valencia en su artículo intitulado “Salud e igualdad sustantiva: repensando el derecho a la salud desde el enfoque de capacidades humanas”: “(...) a) *factores de conversión personal* (por ejemplo: metabolismo, condiciones físicas, sexo, habilidades generales e inteligencia), b) *factores de conversión social* (por ejemplo: políticas públicas, normas sociales, prácticas discriminatorias, roles de género, jerarquías sociales y relaciones de poder), c) *factores de conversión medio-ambiental* (por ejemplo: clima y locación geográfica).”⁵⁴

Además, nuestro Tribunal Constitucional ha añadido que: “La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte, o en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.”⁵⁵

Profundizando un poco en cuanto a lo último, tenemos a Manuel Angel de las Heras García, el mismo que expresa sobre el derecho a la salud que: “no supone otra cosa que una extensión, derivación o manifestación del *derecho a la vida* que impone al Estado el deber de adoptar previsiones que impidan la puesta en peligro de la vida de los ciudadanos a consecuencia de determinadas actividades (...).”⁵⁶

Por eso es que el derecho bajo comentario es uno de los que llaman “derechos programáticos” o “derechos de eficacia diferida”, en tanto que el goce y disfrute del derecho a la salud implica el surgimiento de obligaciones positivas que se traducen en la implementación de una serie de reglamentaciones, políticas y actuaciones materiales (comenzando por las presupuestarias) por parte del Estado, si bien ellas no son inmediatamente exigibles a los poderes públicos, por ser la progresividad la característica distintiva de la operatividad de este tipo de derechos subjetivos.

Al respecto, en el párrafo 12 de la Observación General N° 14 formulada en el año 2000 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁵³ EZQUERRA ESCUDERO, Luis (Coordinador) y otros. *Estudios sobre el derecho a la vida e integridad física y moral en el ámbito laboral*. Atelier. Barcelona, 2010. p. 87.

⁵⁴ GRANDEZ CASTRO, Pedro (Coordinador). *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*. Palestra Editores. Lima, 2011. p. 228.

⁵⁵ Fundamento 27 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC, de fecha 05 de octubre del 2004.

⁵⁶ DE LAS HERAS GARCIA, Manuel Angel. “Singular referencia a la vida e integridad física”. En: *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Enero 2005. <http://vlex.com/vid/297081>. Versión generada por el usuario puperuip. 12 de junio de 2013.

-órgano de expertos independientes que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se han desarrollado los contenidos mínimos del derecho a la salud exigibles al Estado peruano y ellos son:

- i) Disponibilidad: Los Estados deben contar con número suficiente de establecimientos de atención de la salud, bienes y servicios públicos de salud, lo mismo que con personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, y con medicina básica.
- ii) Accesibilidad: Los establecimientos sanitarios, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. Este contenido presenta cuatro dimensiones:
 - a) No discriminación: La población de menores recursos económicos debe tener acceso a los centros, bienes y servicios de salud, sin discriminación alguna.
 - b) Accesibilidad física: Los centros, bienes y servicios de salud tienen que encontrarse al alcance geográfico de la población.
 - c) Accesibilidad económica (o asequibilidad): Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán encontrarse a disposición de todos los pobladores, a cambio del pago de precios o tarifas determinadas teniendo a la vista el principio de equidad, de suerte de asegurar la universalidad del servicio de salud.
 - d) Acceso a la información: Se debe garantizar el derecho a solicitar, recibir y difundir la información relacionada con cuestiones de salud, aunque siempre cuidando la confidencialidad de los datos personales sensibles.
- iii) Aceptabilidad: El servicio de salud debe ser prestado con respeto de la ética médica y de la idiosincrasia cultural de la sociedad.
- iv) Calidad: El servicio de salud debe observar los estándares de calidad científica y médica, para lo que se requiere de profesionales altamente especializados y capacitados, de infraestructura hospitalaria en óptimas condiciones y de medicamentos certificados.

De aquéllos términos, no cabe la menor duda acerca de la elevada trascendencia del derecho a la salud, al igual que de la preservación de un óptimo estado de salud. En relación a este tema, precisa Carlos Mesía que el derecho a la salud es un derecho primario y absoluto, por constituir el eje alrededor del cual giran los demás derechos, fundamental para la vida y el libre desarrollo de la personalidad, y que abarca la protección del equilibrio psicofísico ante toda amenaza que provenga del ambiente externo.⁵⁷

Efectivamente, sobre esto último han manifestado los integrantes del Tribunal Constitucional que:

⁵⁷ MESIA RAMIREZ, Carlos Fernando. *Op. Cit.* p. 302.

La salud tiene la característica de ser, por un lado, un derecho en sí mismo y, por el otro, condición habilitante para el ejercicio de otros derechos.⁵⁸

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedad. He ahí entonces los que, para el ente rector de la salud mundial, serían los tres elementos de la salud, que es también un valor integral.

También, es relevante puntualizar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 14, ha establecido que el derecho a la salud comprende un conjunto de libertades, entre las que se encuentra el derecho a controlar la salud, el cuerpo, el derecho a no padecer injerencias y la libertad sexual y reproductiva. De esto se deriva el reconocimiento de un derecho a la salud sexual, que es la capacidad de disfrutar y expresar plenamente la sexualidad, y de hacerlo sin coerción, violencia o discriminación, lo que comprende la facultad de decidir en forma libre, consciente e informada sobre los asuntos que conciernen a su sexualidad.

2.3 La transexualidad y la etapa post-cambio de sexo: matrimonio, adopción, deporte profesional y los llamados “certámenes de belleza”

Un tema también importante es el relacionado con la etapa que sigue al sometimiento a los procedimientos reasignativos de sexo y luego también que el “cambio de sexo” ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico a través de la respectiva modificación del sexo registral. Sobre este período, nos parece que los tópicos más relevantes son los que tienen que ver con el matrimonio del transexual, la adopción por parte de transexuales, las actividades deportivas practicadas por transexuales y la participación de transexuales en los llamados “certámenes o concursos de belleza”.

Antes de referirnos a aquellos particulares tópicos, dejamos sentada nuestra posición en cuanto a los efectos jurídicos de la modificación registral del dato del sexo de un individuo transexual. En cuanto a ello, somos de la opinión de que las consecuencias jurídicas del “cambio de sexo” de un transexual deben ser homogéneas para todo tipo de circunstancias posteriores a la modificación del sexo registral y para todos los ámbitos. En otras palabras y aunque se incurra en redundancia, el “cambio de sexo” debe ser eficaz para todo efecto (eficacia *erga omnes*), y en consecuencia no puede producirse una discriminación en cuanto a la producción de sus efectos dependiendo de las situaciones y de los contextos en los que éstos van a desplegarse.

Una primera de dichas situaciones es el **matrimonio** y entonces la pregunta por formularse es si los transexuales pueden válidamente contraer matrimonio. Creemos que la respuesta a esa pregunta es de todos modos afirmativa, siempre por supuesto que el transexual decida realizar la unión civil con persona de diverso sexo legal. Eso quiere decir que el matrimonio entre un transexual y una persona de diferente sexo registral al suyo debe considerarse como válido, bajo cualquier circunstancia y aún cuando el sexo biológico invariable de los contrayentes sea el mismo.

⁵⁸ Fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1711-2004-AA/TC, de fecha 30 de noviembre del 2005.

Y es que siendo el matrimonio una institución jurídica, no se halla fundamento jurídico alguno para afirmar que el sexo diferente de los contrayentes aluda al sexo biológico (o cromosómico), cuando lo determinante es más bien el sexo registral. De esa manera y en atención a lo que se estipula en nuestra Constitución y en el artículo 234° del Código Civil de 1984, en el Perú una persona legalmente varón y una persona legalmente mujer pueden unirse lícitamente en matrimonio, a pesar de la coincidencia de su sexo biológico, que es inmutable, como es sabido.

En ese sentido, tildar de nulo o inexistente, por causal de ilicitud, el matrimonio de una persona transexual con otra persona de igual sexo cromosómico, sería discriminatorio, debido a que no existe una causa objetiva y expresamente establecida para ello. Al respecto, es importante no dejar de mencionar que se aduce, entre otros motivos, que la unión civil entre un individuo transexual y uno de su mismo sexo biológico (pero de disímil sexo legal) está prohibida por cuanto de ella no resultaría descendencia alguna, olvidándose así que la procreación no es la única ni la principal finalidad del matrimonio y también que la ciencia ya conoce los métodos de reproducción asistida, además de contarse con la herramienta jurídica de la adopción.

Abundando sobre esto último, vale la pena hacer la siguiente cita:

(...) tanto derecho tiene un heterosexual como un homosexual y un transexual a contraer matrimonio, cuya finalidad no es precisamente la de tener descendencia, sino la convivencia.⁵⁹

A modo de ratificar la certeza de lo vertido en cuanto a la prescindibilidad de la finalidad reproductiva del instituto matrimonial, es oportuno tomar conocimiento de algunos pasajes de la sentencia expedida por el Juzgado de primera instancia de Lérida (España) con fecha 21 de setiembre de 1999, sobre una demanda de rectificación de la mención registral de sexo y de cambio de nombre (por causa de transexualismo). Así, en uno de los considerandos de la mentada resolución se dejó anotado que: “No existe en la ley regulada incapacidad alguna que limite de modo expreso a un transexual para que pueda contraer matrimonio”, añadiéndose después que: “No resulta constitucionalmente aceptable que el transexual no pueda contraer matrimonio (...)”, para por último alegarse que: “(...) No es tampoco justificación el que el fin último de la institución del matrimonio sea la familia, entendiéndose que ello incluye la “procreación”, ya que sería tanto como decir que las parejas heterosexuales que no pueden procrear no pueden realizar el fin del matrimonio o al menos uno de ellos.”⁶⁰ (*El subrayado es nuestro*).

Y la discriminación descrita hacia los transexuales se agrava si se tiene en cuenta que la alternativa del matrimonio de un transexual con persona del mismo sexo registral también estaría vedada, aunque esta vez con plena justificación, ya que se celebraría un “matrimonio homosexual”, el mismo que no goza de licitud en nuestro país y en otros, como Irlanda del Norte, por citar un ejemplo.

⁵⁹ MOSQUERA VASQUEZ, Clara Celinda. “Los derechos de las minorías transexuales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 96.

⁶⁰ Los datos de aquella sentencia fueron extraídos de la obra “Derecho de las Personas” del peruano Juan Espinoza Espinoza (p. 317-318).

En suma, con total razón o sin ninguna razón valedera, lo que se tendría finalmente es la “condena” a la persona transexual a no casarse con nadie, o sea, el castigo de privarle del ejercicio del *ius nubendi*, y ese resultado no parece muy justo en un Estado de Derecho. De ahí que se alabe la solución legislativa dada a este problema en Suecia y Dinamarca, naciones en los que está aprobado el matrimonio entre o con transexuales.

Como opinan J. M. Thomson y A. Samuels: “(...) “un matrimonio transexual debería ser válido si el transexual es hallado capaz de cumplir el rol esencial del sexo que él o ella han asumido, incluyéndose la aptitud de los dos cónyuges de amarse y entenderse el uno al otro”. (...)”.⁶¹

La **adopción** por parte de personas transexuales es otro tema polémico, y más polémico es todavía cuando el adoptado es menor de edad. En cambio, si un transexual adopta a una persona mayor de edad, plenamente capaz, con discernimiento, no tendría por qué suscitarse debate alguno, siendo suficiente, en términos generales, el asentimiento del adoptado -aparte obviamente del cumplimiento de los otros requisitos legales- para que el acto jurídico de adopción sea perfectamente lícito.

Después, a diferencia de lo que sucede con el caso del matrimonio de los transexuales, la opción en favor de la permisión de la adopción de menores por sujetos transexuales no debiera ser objeto de controversia jurídica y, en esa medida, debiera ser pacífica, siempre que no nos desplacemos del siguiente escenario o presupuesto: el transexual ha cambiado su apariencia física a consecuencia del tratamiento hormonal y/o quirúrgico, su identidad sexual es consonante con su sexo legal y utiliza pre-nombres que son propios de este último.

Esas tres condiciones tendrían que con necesidad verificarse cuando el adoptado por el transexual es un menor, niño o adolescente, incluso con más razón si se trata de un niño. Y el fundamento para tales exigencias, en el Perú, se puede encontrar en el principio consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes: el llamado “Principio del Interés Superior del niño y del adolescente”.

Y es que un menor adoptado por un transexual podría sufrir serias desviaciones en cuanto a su proceso de formación y desarrollo si, por ejemplo, es criado por una persona de aspecto físico correspondiente al sexo femenino, que no obstante ello adopta el rol masculino, tiene también un prenombre de varón y porta un documento de identidad que lo signa como de sexo masculino, o si, dando otro ejemplo, es criado por un sujeto visiblemente de sexo masculino (luego de su sometimiento a una cirugía transexual), cuyo comportamiento se asocia con el género también masculino, pero cuyos pre-nombres son propios del sexo femenino, el mismo que figura en su documento de identidad.

Ante las situaciones hipotéticas reseñadas, es elevado el grado de probabilidad respecto a que un niño experimente confusión, incertidumbre y otros desórdenes en su proceso de aprendizaje acerca de la sexualidad humana, y a que esta clase de distorsiones y aprehensiones incorrectas termine afectando severamente su proceso

⁶¹ RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo David. *Vida, cuerpo y Derecho: los derechos personalísimos sobre la integridad física, boy*. Ediciones Dunker. Buenos Aires, 1998. p. 185.

de identificación sexual, generándose un problema que tendría repercusiones negativas en el desarrollo psicológico y mental del infante.

Por otra parte, tratándose de la adopción de menores de edad por persona transexual que tiene una pareja sentimental y que van a ser criados por ambos como si fueran sus padres, en adición a los presupuestos antes comentados sería obligatorio, para que el acto de adopción sea admitido y no sea materia de cuestionamientos, que la pareja del transexual sea de sexo legal diferente al de éste y que tanto su morfología externa como sus prenombres se correspondan con su sexo registral (el de la pareja).

En ese orden de ideas, opinamos que si se cumplen a cabalidad todos los requerimientos que hemos detallado y que obedecen a la vinculante observancia que tiene que tenerse del “Principio del Interés Superior del niño y del adolescente”, no sería admisible ni justificable ningún tipo de proscripción o impedimento para que los transexuales puedan celebrar y ejecutar actos de adopción de menores de edad, siendo que de plano se rechaza cualesquiera argumento en contra de la adopción de sujetos mayores de edad por individuos transexuales y en razón de los motivos previamente señalados.

Una tercera situación discutible tiene que ver con el **deporte profesional** que puedan practicar personas de condición transexual y en competencias oficiales, por supuesto. Aquí el debate gira en torno a las ventajas y desventajas competitivas que pueden atribuirse a los deportistas transexuales y según el tipo de deporte que se practique, considerando la disparidad de condiciones físicas que por naturaleza se presenta entre varones y mujeres.

En primer lugar, hablemos del fútbol y del básquetbol masculinos, e imaginemos a un jugador transexual mujer-varón (TMV) que los practique. Seguramente, aunque muchos partidarios de las tendencias feministas discrepen con ello, estos transexuales experimentarán desventajas respecto de sus contrincantes en lo que a condiciones físicas se refiere, como fuerza y resistencia.

Por ello, podría entonces surgir la pregunta sobre si puede permitirse que compitan equipos de fútbol y básquetbol masculino que cuenten, entre sus jugadores, con transexuales mujer-varón. La respuesta es, sin duda alguna, afirmativa, por cuanto queda librada a la voluntad de los directivos y dirigentes la decisión de participar en las diversas competencias, aún a sabiendas de las limitaciones físicas que podrían presentar ciertos jugadores de sus equipos.

Pero, pueden esos mismos dirigentes oponerse legítimamente a que un transexual mujer-varón sea miembro de los equipos o clubes que representan? La respuesta es un tanto difícil; sin embargo, creemos que ella sigue siendo negativa, porque, si se atiende a que el cambio jurídico de sexo debe tener efectos *erga omnes*, un transexual mujer-varón que ha obtenido el reconocimiento jurídico de su identidad de género es, legalmente, un varón, y por ende negarle la opción de que forme parte de un colectivo deportivo masculino sería sencillamente discriminatorio y atentatorio de sus derechos fundamentales, por más que aquello pueda terminar conllevando cierto perjuicio a los legítimos intereses económicos de quienes se benefician con el fútbol y el básquetbol.

Y en segundo lugar, hablemos de la situación contraria a la anterior, es decir, cuando la participación de un transexual en una actividad deportiva profesional implica ventajas para éste en relación a sus competidores. Eso puede suceder, por ejemplo, en el caso de un jugador transexual varón-mujer (TVM) que pretenda ser parte de un equipo de vóleybol femenino o pretenda competir en un torneo de tenis para damas. En casos como el aquí expuesto es cierto que, por el hecho de haber nacido con el sexo masculino, el transexual tendrá mejores condiciones físicas que sus oponentes mujeres, lo que haría dispareja y deslegitimaría la competición.

En este punto, cabe conocer un caso de la vida real contado por Enrique Varsi⁶². El transexual de nombre Renée Richards era un cirujano que también se dedicaba al tenis profesional, siendo un buen tenista. Luego de su “cambio de sexo” fue campeona, y ante las protestas de sus colegas fue vetada su participación en el US Open de 1976, por lo que tuvo que demandar a los organizadores de ese torneo. El Tribunal Supremo de New York falló a su favor y por ello pudo disputar el *Grand Slam* indicado.

Entonces, frente al escenario detallado, de desequilibrio de fuerzas físicas, pensamos que hasta cierto punto es justificado hacerse la pregunta sobre si sería posible prohibir la participación del transexual varón-mujer en partidos de vóleybol o tenis femenino. Pensamos, a pesar de que la cuestión es bastante polémica, de que no sería válido prohibir a ese transexual que compita contra personas que a fin de cuentas tienen su mismo sexo registral, ya que hacerlo sería atentar contra su derecho a la igualdad, o sea, que constituiría un acto de discriminación, además que se recortaría indebidamente los efectos del reconocimiento legal de su sexo psico-social, lo que a su vez iría directamente en contra de la fuerza ejecutoria de las decisiones jurisdiccionales.

No obstante la opinión personal antes vertida, merece apuntarse un dato técnico de importancia, sin hacer un análisis sobre el mismo. El Comité Olímpico Internacional (COI), en relación al “cambio de sexo”, decidió en el año 2004 que si dicho cambio se produjo antes de la pubertad, los atletas serán admitidos en los Juegos Olímpicos con su nueva condición; pero si se produjo en edad adulta, para garantizar la “limpieza” de la competición, se observarán tres condiciones: 1) los cambios quirúrgicos, incluyendo la alteración de los genitales externos y la gonadectomía, deben haber culminado; 2) el “cambio de sexo” debe haber sido reconocido por el ordenamiento jurídico; y, 3) las terapias hormonales se tendrán que haber administrado en el tiempo suficiente para minimizar las ventajas derivadas del sexo en la competencia deportiva.⁶³

Por último, otro espacio para la controversia –aunque menor que la generada en los tres casos anteriores- lo encontramos en relación a la participación de transexuales en **certámenes de belleza**. La interrogante sería: los transexuales varón-mujer tienen derecho a ser candidatas en los llamados “certámenes o concursos de belleza”? Pensamos que sí, puesto que quien por efecto de una resolución judicial es jurídicamente mujer, tiene la plena facultad para decidir libremente si interviene o no en concursos creados precisamente para mujeres.

⁶² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Deportivo en el Perú*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, 2008. p. 140.

⁶³ Este dato fue recogido de la obra “Derecho Deportivo en el Perú” del peruano Enrique Varsi Rospigliosi (p. 140-141).

De esa suerte, denegar a un transexual varón-mujer la oportunidad de intervenir en concursos como estos no se justifica en lo mínimo e incluso hacerlo constituiría una seria afectación al derecho fundamental a la igualdad ante la ley que titularizan los transexuales, como cualquier otra persona.

Precisamente, un caso paradigmático sobre el tema que nos ocupa ocurrió en el año 2012, cuando la transexual Jenna Talackova fue descalificada del concurso Miss Universo Canadá, por motivo de su particular identidad de género, ya que uno de los requisitos incluidos en las bases de la competencia era “ser nacida naturalmente mujer”. Talackova seguidamente acusó de discriminación a los promotores de dicho certamen, quienes con posterioridad la readmitieron como participante. A partir de ese caso, la organización del concurso Miss Universo ha eliminado la regla mencionada, para que a partir del año 2013 puedan mujeres transexuales intervenir en el certamen referido. Sin embargo, no pocas voces de rechazo hacia la nueva regla se han escuchado recientemente, pero –reiteramos- sin fundamento válido alguno.

2.4 La transexualidad y su regulación en el Derecho Nacional: la labor de la jurisprudencia peruana en materia de “cambio de sexo”

Tal como se anticipara, el dilema transexual importa al mundo del Derecho, básicamente, cuando el individuo requiere que se le practique la cirugía de readecuación de genitales externos (porque no existe mayor controversia en relación a la licitud de la hormonoterapia para reasignación sexual) y la modificación legal de su sexo, para luego poder cambiar su nombre (pre-nombre, para ser más exactos), debido a que su nueva identidad deberá verse reflejada en sus documentos personales más trascendentes para la vida en sociedad.

Precisa señalar, en primer lugar, que en el Perú existe una clara laguna en cuanto se refiere a la regulación de la práctica de las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual, que de esa forma no se encuentran ni autorizadas ni prohibidas de modo expreso en la normatividad de nuestro país. A diferencia nuestra, en muchos países, de Europa sobre todo, la problemática inherente a estas operaciones ya se encuentra regulada por vía legislativa.

Nosotros pensamos, con sustento, que es necesario que este tipo de prácticas quirúrgicas sean reconocidas y autorizadas expresamente en algún instrumento legal, por las siguientes razones:

1. A fin de brindar seguridad y tranquilidad a los galenos, quienes habrán de desarrollarlas con pleno convencimiento de la licitud de su actividad y, por lo tanto, sin temor alguno a verse expuestos a consecuencias de índole civil (en caso de la lectura indebida del artículo 6° del Código Civil), penal y administrativa básicamente, lo cual incidirá favorablemente en su ánimo, que deviene en un factor importante para conseguir una operación exitosa.

Profundizando más en lo dicho, debe tenerse presente que el delito de lesiones graves, tipificado en el artículo 121° del Código Penal, se configura por la producción de un daño grave en el cuerpo o en la salud, considerándose lesión grave a la mutilación de un miembro u órgano principal del cuerpo o a la generación de cualquier otro daño a la integridad corporal o a la salud física de una persona. Pues bien, a consecuencia de la lectura de este dispositivo, no faltará quien, con criterio

totalmente errado por supuesto, considere que la práctica de una cirugía genital transexual se encuentra incluida dentro del tipo del delito de lesiones graves; de ahí la urgencia en dictar una ley que consagre, de manera indubitable, la absoluta despenalización de la práctica de las operaciones mencionadas, previa autorización judicial.

2. A fin de remediar o, por lo menos, aliviar de forma trascendente la afectación en el goce de sus derechos fundamentales que experimentan las personas con disforia de género, reconociendo y tutelando sin vacilaciones ni prejuicios la dignidad y los derechos personalísimos de los que son titulares en igual grado que cualquier otro ser humano, posibilitándose de este modo el cambio de su sexo “legal” (que se corresponderá con su nueva apariencia física) por la vía del proceso judicial de conocimiento.

3. Con la finalidad de conseguir un efecto colateral importante, como lo sería la reducción del número de cirugías de readecuación de genitales externos que se realizan de manera clandestina, las que, por practicarse en un país aún en vías de desarrollo, en buen número de casos conllevan una serie de riesgos para la salud y la misma vida del transexual, atendiendo a las condiciones mínimas de salubridad y asepsia del ambiente y del instrumental médico con que se llevan a cabo, a la participación de personas que se presentan como profesionales de la medicina (cirujanos, enfermeros, anestesistas y otros auxiliares) cuando en realidad no cuentan con el título que los avale en condición de tales, entre otros factores nocivos a la integridad de las personas a operarse.

No obstante nuestra postura a favor de esas prácticas, la legislación que las contemple deberá condicionarlas al estricto cumplimiento de una serie de requisitos, basados en exigencias médicas principalmente, como viene sucediendo en la experiencia normativa de diversos países, cuyas autoridades han tomado una real conciencia de que el Derecho no puede dejar de intervenir en la solución de esta específica problemática. Entre esos requisitos destaca el diagnóstico médico de transexualidad, el que se sustentará en evaluaciones clínicas, psicológicas y psiquiátricas, y que será complementado con otras pericias como las socioambientales.

Para mayor abundamiento, viene al caso hacer una cita de lo expresado por Bustos Moreno, en el sentido de que: “(...) el abordaje médico del proceso de reasignación de sexo debería ser llevado a cabo por un equipo multidisciplinario, especializado en transexualidad, debido a la complejidad del diagnóstico y del tratamiento de los trastornos de identidad de género. De todos estos profesionales, al psiquiatra o psicólogo les corresponde la primera actuación.”⁶⁴

Ahora bien, no puede soslayarse que se necesita de una autoridad que verifique el cumplimiento de esos requisitos, en aras de dictar el permiso correspondiente para la realización de la cirugía, previa solicitud. En nuestro país, por elementales motivos de capacitación e idoneidad y atendiendo a la situación delicada que involucra el tema, debería ser la autoridad jurisdiccional la encargada de esta labor, con motivo de la interposición de una demanda cuyas pretensiones centrales podrían ser el

⁶⁴ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54107677>. Versión generada por el usuario pucperuip. 02 de abril de 2011.

“cambio de sexo” y la autorización respectiva para el sometimiento a la intervención reasignativa, y con la formulación de la pretensión accesoria de cambio de nombre.

En este punto es pertinente hacer la salvedad de que para el caso del transexual que ha optado por la ingestión de hormonas para readecuar su sexo, la demanda correspondiente únicamente versaría sobre la solicitud del cambio legal del sexo nominal de esa persona, para compatibilizar éste con su nueva identidad sexual, petición a la que se acumularía la pretensión accesoria de cambio de nombre.

Más en específico y de acuerdo a lo que hemos en parte adelantado, la demanda judicial a interponerse sería una de cambio de sexo en la partida de nacimiento, a la que se estaría acumulando la pretensión del permiso para el sometimiento a la cirugía genital transexual y, accesoriamente, el pedido de cambio de nombre, para su tramitación en la vía del proceso de conocimiento. Sobre el particular, es importante destacar que, a pesar de que el fraseo de la disposición contenida en el artículo 826° del Código Procesal Civil habilita al justiciable transexual a petitionar el cambio de sexo legal o registral a través del proceso no contencioso, la brevedad de los plazos y el número recortado de actuaciones previstos para el proceso mencionado complican sobremanera el conocimiento de la pretensión de cambio del dato del sexo incluido en los Registros Civiles con el recurso a la vía no contenciosa.

Y es que la pretensión de cambio de sexo, que es materia de comentario, debe ser objeto de amplio conocimiento y verificación mediante una intensa actividad probatoria, con preponderancia de diversos tipos de pericias -según se dijera antes y en atención a la naturaleza delicada, y altamente técnica y especializada de la cuestión multidisciplinaria sobre la que debe resolver el magistrado, con publicación de edictos en el diario oficial (que tienen por objetivo la tutela de los legítimos intereses de aquellos terceros que podrían verse afectados de manera directa o indirecta con los efectos de la sentencia que recaiga en la respectiva causa) y con la realización de una entrevista personal al transexual realizada por el mismo juzgador, que es lo que suele hacerse en los procesos judiciales en los países más desarrollados.

La práctica de todas las actuaciones antedichas, que lleven al magistrado a la certeza sobre la existencia o no del derecho que fervorosamente reclaman los transexuales, en otras palabras, a la certidumbre respecto a la acreditación fehaciente o no de la condición transexual, conlleva la necesidad de los plazos más largos y dilatados posibles -aunque sin olvidar la urgencia que requiere la protección de los derechos de la personalidad inherentes a los transexuales (y que tienen rango constitucional por cierto)- situación que determina que en el Perú la vía idónea para la dilucidación de las pretensiones de cambio de sexo por disforia de género y sus accesorias sea la del proceso de conocimiento, con emplazamiento al Ministerio Público, en su condición de entidad estatal defensora y representante del interés público.

En términos generales, según lo dicho en las líneas antecedentes y tomando en cuenta la experiencia jurídica en otros países acerca de la regulación del “cambio de sexo”, los que vienen a continuación se esbozan como los más importantes **requisitos** para la autorización judicial de la **modificación del sexo registral** por motivo de transexualidad:

1. Comprobación de la transexualidad. Esta verificación tendrá que ser sumamente exhaustiva y rigurosa, con la finalidad de descartarse patologías transitorias, o

desórdenes psicológicos y trastornos psiquiátricos cuya sintomatología pueda confundirse con una genuina situación de transexualidad. En esa medida, el diagnóstico de transexualismo tendrá que ser sustentado en diversas pericias clínicas, psicológicas, psiquiátricas y socioambientales.

2. Capacidad de discernimiento y mayoría de edad del demandante. Este doble requerimiento deviene de la necesidad de la plena capacidad de goce y de ejercicio por parte de quien solicita la modificación de su sexo legal, en consideración del absoluto entendimiento y conciencia que debe tenerse respecto de las consecuencias jurídicas que se derivan de la trascendental decisión del transexual.
3. Esterilidad del transexual. Esta incapacidad definitiva para la procreación natural será consecuencia del sometimiento previo del transexual a los métodos de reasignación sexual, sea la cirugía genital transexual o la hormonoterapia para readecuación de sexo, o sean ambos procedimientos. Téngase en cuenta respecto de esto que “se trata, en última instancia, de operaciones de esterilización, en la mayoría de los casos.”⁶⁵
4. Estado civil de no casado del transexual. Esta exigencia personal encuentra su fundamento en el afán de evitar la desprotección de la que serían objeto los derechos del cónyuge e hijos del transexual casado, quien luego de obtener el cambio de su sexo registral vería lógica y naturalmente disuelto su vínculo matrimonial, al ser el matrimonio un acto jurídico que tiene como protagonistas a personas de diferente sexo (hombre y mujer).
5. Entrevista personal al transexual. Sería el magistrado la autoridad encargada de realizar una entrevista a la parte demandante, con la finalidad de reforzar (para su propia certeza) el diagnóstico de transexualismo y de verificar directamente la plena conciencia y conocimiento del transexual sobre los efectos jurídicos de su relevante decisión y sobre las esperables vicisitudes de la etapa post-cambio de sexo.

De otro lado, conviene indicar que el primer vacío normativo resaltado salta a la vista después de la lectura y revisión de las principales normas jurídicas de nuestro país, como son la Constitución Política de 1993 y el Código Civil. A nivel sectorial, tampoco se han dictado leyes referentes a la práctica de las intervenciones quirúrgicas de readecuación genital.

Siendo así, como una propuesta personal de *lege ferenda*, pensamos que una legislación que regule lo pertinente en cuanto a la práctica de los procedimientos clínicos para la reasignación sexual debería ser esbozada en los siguientes términos:

1. La terapia hormonal con fines de reasignación de sexo y la cirugía de readecuación de sexo son prácticas médicas lícitas y, en esa medida, no pueden ser subsumidas en el tipo penal del delito de lesiones. No obstante ello, previo al sometimiento a la cirugía genital transexual se requiere de autorización judicial.
2. La realización de la terapia hormonal para readecuación de sexo tiene como requisitos: i) el consentimiento libre, debidamente informado y manifestado por

⁶⁵ RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo David. *Op. Cit.* p. 170.

escrito por parte del transexual o de sus representantes legales, ii) la capacidad plena del paciente, y, iii) el diagnóstico fehacientemente comprobado de la transexualidad.

- A efectos de la validez del consentimiento, el transexual debe haber recibido información suficiente sobre la naturaleza, ventajas, desventajas, consecuencias, riesgos y demás datos relevantes acerca de la hormonoterapia de reasignación sexual.
- El diagnóstico de la transexualidad necesariamente debe apoyarse en exámenes clínicos, psicológicos y psiquiátricos rigurosos que se practiquen sobre el paciente.

3. La práctica de la intervención quirúrgica de readecuación sexual debe ser autorizada por el juez, luego del seguimiento de un proceso judicial. Para la estimación de la demanda respectiva se apreciará, principalmente: i) el consentimiento libre, debidamente informado y manifestado por escrito por parte del transexual o de sus representantes legales, ii) la capacidad plena del transexual, y, iii) la comprobación fehaciente de la transexualidad.

- A efectos de la validez del consentimiento, el transexual debe haber recibido información suficiente sobre la naturaleza, ventajas, desventajas, consecuencias, riesgos y demás datos relevantes acerca de la operación genital transexual.
- Para la comprobación de la transexualidad será necesaria la práctica de pericias clínicas, psicológicas, psiquiátricas y socio-ambientales, y la entrevista personal al transexual que efectúe directamente el juez.

4. La práctica de la hormonoterapia y de la cirugía genital transexual deberá ser cubierta por el sistema de Seguridad Social de Salud (EsSalud), según las directrices que se dicten en las leyes de la materia.

En segundo lugar, tampoco se ha previsto de manera expresa e inequívoca la posibilidad de realizarse el cambio de pre-nombre de un transexual con posterioridad de que éste ha sido favorecido con el reconocimiento jurídico de su real identidad sexual -acorde con su sexo sentido y vivenciado- lo cual a su vez le permitirá hacer el cambio respectivo en sus documentos más importantes como su partida de nacimiento, Documento Nacional de Identidad, pasaporte, etc.

De esa manera, una vez que la nueva identidad sexual de los transexuales sea reconocida por el ordenamiento legal, será posible el ejercicio pleno e incuestionable de sus derechos fundamentales, como el derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación, a contratar, a la propiedad, al trabajo, entre otros. La situación contraria sería generadora de la exclusión y discriminación de la minoría transexual.

Por otra parte, muy a pesar de este segundo vacío, pensamos que en nuestra legislación existen elementos suficientes para solicitar la modificación del nombre de un transexual. Y es que basta recurrir al artículo 29° del Código Civil para comprobar nuestra aseveración: “Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita. (...)” (*El subrayado es nuestro*). Esta norma es

clarísima y nos releva de mayores comentarios, en el sentido de que la invocación de ella permitiría que un transexual interponga una demanda de cambio de nombre, ya que cuenta con motivos de sobra que justificarían su pretensión, según lo que se ha anotado con anterioridad.

Ahora bien, respecto del instrumento procedimental que haga factible el cambio de nombre, el vigente Código Procesal Civil regula la rectificación de la partida de nacimiento. En efecto, en el artículo 826° del Código Adjetivo se ha previsto que la rectificación del nombre en una partida de nacimiento procede cuando el juez lo considere atendible, o sea, cuando la solicitud se encuentre plenamente justificada, supuesto de hecho que calza a la perfección con el caso del transexual que requiere de la modificación de sus prenombrados, de suerte que éstos reflejen su nueva identidad sexual y jurídicamente reconocida.

No obstante, para cierto sector de nuestra doctrina, en virtud a lo prescrito en el artículo 829° del mismo Código, sólo es posible la rectificación del nombre o del sexo de una persona por errores materiales o errores evidentes de ortografía en una partida de nacimiento. Pasamos a demostrar que esta posición es errónea.

Esta última norma dice que: “Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra “de” o las letras “y”, “i”, “e” o “a”, u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación. El juez, sin observar el trámite del artículo 754, dispondrá de plano la rectificación correspondiente.”

De la lectura de este artículo, para nosotros es indubitable que el supuesto de hecho que se ha previsto en él es uno completamente distinto al contemplado en el artículo 826°. En ese sentido, este artículo 829° difiere del anterior 826° y, por lo tanto, su aplicación no excluye la de este último, que consagra un supuesto distinto.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el artículo 829° es una norma especial, de excepción, aplicable únicamente a casos de errores materiales u ortográficos evidentes en la consignación de datos personales realizada en una partida de nacimiento, razón suficiente por la que, estando al manifiesto equívoco, el juez de la causa queda dispensado de seguir el trámite ordinario establecido en el artículo 754° y debe de inmediato expedir sentencia favorable, ordenando la rectificación del documento.

Entonces, si tenemos en cuenta que, tratándose de la rectificación de la partida de nacimiento al amparo del artículo 826°, el juez necesariamente tiene que observar el trámite que está predeterminado en el artículo 754°, no puede negarse que las normas bajo comentario contienen supuestos distintos y que el artículo 829° constituye una norma de excepción, y como norma de excepción que es, no se puede interpretar extensiva ni analógicamente al punto que su supuesto de hecho sea aplicable para el caso del artículo 826°, ni tampoco puede excluir la aplicación autónoma de este último. Al respecto, téngase presente que en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil se señala que: “La norma que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.”

De lo que se termina de indicar, tenemos que la rectificación de los prenombrados consignados en la partida de nacimiento es procedente en dos situaciones:

- i) por motivos legítimos y no predeterminados (tipificados) normativamente que el juez, sin embargo, estime justificados y atendibles (artículo 826°), como serían los padecimientos terribles que debe soportar un transexual y que lo llevan a demandar el cambio de su nombre “de pila”.
- ii) por errores ortográficos o materiales que sean palmarios, incurridos al momento de la consignación del nombre de una persona (artículo 829°).

En refuerzo de nuestras ideas sobre la demanda judicial de cambio de nombre con posterioridad del “cambio de sexo” de un transexual, es pertinente realizar la siguiente cita: “(...) el cambio de nombre es, en consecuencia, una derivación de un procedimiento anterior en el que se debe resolver la cuestión de fondo que es la de determinar si existe razón suficiente y válida para atribuir al sujeto un sexo diferente al originario que corre inscripto en los correspondientes registros del estado civil.”⁶⁶

En otras palabras, el pedido de rectificación del nombre del transexual (de Juan a Juana, o de Enriqueta a Enrique) siempre tiene que realizarse en un segundo momento, con la finalidad de que exista coherencia entre la nueva identidad del justiciable (que es objeto de la particular pretensión) y su apariencia física.

En otro orden de ideas, cabe añadir que si se declara fundada la demanda de cambio de nombres y, por ende, se rectifica la partida de nacimiento del sujeto transexual, por el sólo mérito de la trascendencia de este documento matriz, que es la fuente de los otros documentos personales de una persona, podría solicitarse también la correspondiente modificación de estos últimos, siguiendo un procedimiento administrativo idóneo para estos efectos, para cuya tramitación solamente sería exigible la presentación de la partida de nacimiento rectificadas. Así entonces, podría solicitarse la modificación de los datos del Documento Nacional de Identidad, pasaporte, licencia de conducir, carnés, certificados, y demás documentos significativos.

Un último apunte acerca de los vacíos legislativos advertidos, tanto a nivel legal como reglamentario, tiene que ver con una de las consecuencias de los mismos, que es que, ante la falta de normatividad expresa, esa omisión ha debido ser suplida con la importante labor de la magistratura peruana. Sin embargo, los no muy numerosos pronunciamientos emitidos sobre una u otra implicancia jurídica de la transexualidad no han sido del todo uniformes en cuanto a sus criterios determinantes. He ahí una razón más para que los otros poderes públicos legislen pronto sobre este asunto.

En este acápite, conviene no perder de vista que, según las estadísticas, en nuestro país se han presentado no muchos casos judicializados de transexualismo, de los cuales el mayor número corresponde a las dos últimas décadas, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en países como España, en el que este fenómeno es de una antigüedad un tanto mayor y en donde los litigios sobre el mismo son más frecuentes, de manera similar a lo que viene sucediendo en Argentina.

⁶⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea. Buenos Aires, 1992. p. 444.

No obstante las deficiencias normativas apuntaladas, merece ponerse de relieve el hecho de que se encuentra vigente la Ordenanza Regional N° 016-2010-CR/GOB.REG.TACNA, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 12 de noviembre del 2010, y que constituye toda una novedad en materia legislativa. Buscando promover y proteger los derechos fundamentales de la población minoritaria de gays, homosexuales, travestis y transexuales, en especial el derecho a la igualdad ante la ley, esta disposición regional de rango legal aprueba y declara de utilidad necesaria la Guía de Aplicación de los derechos de no discriminación por orientación sexual y por identidad de género en la Región Tacna, rechazando cualquier conducta segregatoria.

Regresando a lo que veníamos aseverando sobre la realidad peruana, las lagunas normativas en la regulación de los tópicos relacionados con el transexualismo, tuvieron que ser prontamente cubiertas por la labor jurisprudencial, ante el imperativo de no poder dejar de administrar justicia en caso de vacío o deficiencia de la ley, de conformidad con el principio consagrado en el numeral 8 del artículo 139° de la Constitución del Estado.

Si bien es cierto que han sido relativamente pocas las demandas interpuestas por transexuales para la defensa de sus derechos, para la atención de aquéllas fue necesario realizar una labor creadora de Derecho, por la necesidad de resolver en justicia los conflictos de intereses presentados. Producto de la novedad y controversialidad del tema, aunque también de la improvisación y desconocimiento sobre el mismo de parte de la judicatura peruana, es que el resultado ha sido varias veces la expedición de sentencias contradictorias y sin uniformidad de criterios, lo que obviamente no genera predictibilidad alguna en los fallos.

Por esta coyuntura es que se reitera la urgencia de contar con una legislación especial sobre las diversas aristas que involucra la tutela de los derechos personalísimos de los transexuales, la cual debe encontrar sólidas bases en una doctrina moderna y coherente sobre el tema, que tome en cuenta los principios y corrientes dogmáticas pertinentes del Derecho Constitucional y del Derecho Civil (que son las ramas jurídicas en donde se desarrolla neurálgicamente el tema), y que se haya nutrido adecuadamente de la riquísima experiencia legislativa y jurisprudencial de aquellos países que nos llevan la delantera en la regulación de la problemática de la transexualidad y de sus aspectos conexos, como por ejemplo España.

Tal como se señaló antes, son relativamente pocos los casos de transexualidad que han llegado al conocimiento de los jueces y tribunales peruanos. Esa particularidad no es, sin embargo, obstáculo alguno para dejar de reseñar las resoluciones judiciales más importantes sobre dicha temática.

Un primer caso interesante es el de un transexual varón de prenombre Moisés, que se sometió a una operación de adecuación de caracteres sexuales el 26 de junio de 1981 y que tiempo después interpone una demanda cuyas pretensiones fueron su cambio de sexo de varón a mujer y la consiguiente rectificación, adición y cambio de su pre-nombre por el de Natalie Gisella, con rectificación de su partida de nacimiento. Correctamente el juez de la causa entiende que lo que en realidad se solicitaba era el cambio del estado sexual de esa persona y que el tema no tenía regulación legal.

El principal medio probatorio actuado fue un certificado expedido por el médico-cirujano que lo operó, a través del cual se da fe de la intervención realizada. No obstante la escasa prueba, derivada de la falta de práctica de una pericia que acreditase la condición transexual del actor y de una entrevista personal con el mismo, el juez con escaso fundamento expone en la sentencia que “de lo actuado se desprende que el recurrente desde pequeño mostraba inclinación hacia el sexo femenino y que a la fecha obra como tal” y que “conforme aparece en el certificado médico correspondiente, éste presenta las características sexuales morfológicas propias de una mujer, con la única limitación de la capacidad de procrear que lógicamente no es el elemento determinante de una mujer normal”. Después dice: “las personas deben obrar dentro del principio de libertad establecido en el acápite a del inciso veinte del artículo segundo de la Constitución (...), y que en el presente supuesto se ha cumplido puesto que no hay norma legal que lo prohíba.”⁶⁷

Como es de suponer, la sentencia de primer grado declaró fundada la demanda y quedó consentida al no ser objeto de apelación por el Procurador Público del Ministerio de Justicia.

Otro caso es el de un transexual varón que fue intervenido quirúrgicamente en Estados Unidos para adecuar sus genitales a los propios de una mujer, contrayendo nupcias y adoptando nombre femenino posteriormente, y que en el Perú interpone una demanda de cambio de nombre en su partida de nacimiento, mas no de sexo. En primera instancia se declara fundada la demanda y en segunda instancia se revoca la sentencia para declararse improcedente la demanda, fallo éste último que es confirmado por la Corte Suprema con fecha 22 de mayo de 1992. En la ejecutoria suprema se alega que no se acreditó el “cambio de sexo” con la presentación de la historia clínica ni de la sentencia americana que identificaba al actor como perteneciente al sexo femenino, pruebas que son indispensables al implicar un cambio de nombre también un cambio de sexo en la partida de nacimiento, sin perjuicio de lo cual se reconoce el derecho a la identidad sexual.

Un tercer caso, acerca de cambio de identidad personal y prenombrados, es el de un transexual varón de nombre Carlos Humberto Aldana Pineda, quien interpone demanda de cambio de identidad personal (de varón a mujer) y de prenombrados en su partida de nacimiento, después de que en Italia se sometiera a una intervención quirúrgica de “conversión androenoide”, previa autorización de la judicatura de Milán.

La demanda es declarada improcedente por el juez de primer grado, por cuanto la materia carecía de regulación en nuestro país. En segundo grado, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con fecha 26 de octubre del 2006, revoca la sentencia y declara fundada la demanda en todos sus extremos, ordenando el cambio de su identidad personal (sexo) y de sus pre-nombres (por los de Carolina Aidi Aldana Pineda), aunque hace hincapié en la prohibición a los transexuales de contraer matrimonio.

El principal sustento de la Sala para amparar las pretensiones del transexual es el acertado reconocimiento del derecho a la identidad sexual de todas las personas.

⁶⁷ Artículo 2º de la Constitución de 1979.- Toda persona tiene derecho: 20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Años atrás un juzgado de Lima Norte había declarado infundada una demanda muy similar, lo que da mayor valor a esta resolución de la Primera Sala, puesto que constituye un avance en el tema y un cambio de paradigma.

Uno de los últimos pronunciamientos judiciales y seguramente uno de los más importantes hasta el día de hoy sobre el tópico que nos ocupa fue emitido por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 20 de abril del 2006, recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, en relación al proceso de Hábeas Corpus seguido por **Karen Mañuca Quiroz Cabanillas**, sobre emisión de duplicado de Documento Nacional de Identidad. Los hechos más relevantes del caso son los siguientes:

- En 1988, Manuel Jesús Quiroz Cabanillas interpuso demanda de rectificación de partida -cambio de nombre- en vía de proceso no contencioso, que fue declarada fundada, ordenándose el cambio de sus nombres a “Karen Mañuca”, mandato cumplido el 03 de Mayo de 1989.
- Notificado el RENIEC, esta entidad emitió un nuevo Documento Nacional de Identidad con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero se consignó por error el sexo femenino.
- En el 2001, ante la pérdida de su D.N.I., Karen Mañuca solicitó el duplicado correspondiente ante el RENIEC, organismo público que, aduciendo duplicidad de documentos y una depuración del padrón electoral en el 2000, canceló la inscripción del segundo documento y denegó el duplicado pedido.
- En el 2005, Karen Mañuca interpuso demanda de Hábeas Corpus, que en primer grado se declara improcedente por no haberse esclarecido la verdadera identidad del justiciable, sugiriéndose que la pretensión debía ser ventilada en la vía administrativa más no en la vía constitucional. Se apeló la sentencia y fue confirmada por los mismos fundamentos.
- Así, el litigio llega a conocimiento del Tribunal Constitucional luego de la presentación del correspondiente recurso de agravio constitucional.

La demandante solicita en su petitorio que el RENIEC expida el duplicado de su D.N.I. conteniendo la información rectificadora en su partida de nacimiento, siendo que el cambio es sólo del pre-nombre. Sustenta su pedido en que anteriormente poseía un documento de identificación obtenido en mérito a la rectificación judicial, añadiendo que por razones que desconoce ha sido dejada sin efecto su última inscripción. Además, aduce la vulneración de los derechos a la vida, identidad, integridad psíquica y física, al libre desarrollo y a la libertad personal.

El Tribunal Constitucional estima que el Documento Nacional de Identidad cumple dos funciones esenciales: 1. Posibilita el ejercicio del derecho a la identidad; y 2. Posibilita el ejercicio de otros derechos fundamentales (civiles y políticos, como por ejemplo el derecho al sufragio). Por ello, la conducta omisiva de la entidad demandada implicaría una violación del derecho a la identidad y del derecho a la libertad personal misma, dado que una persona que no cuenta con el documento en mención se ve impedida de participar en los procesos electorales, de desarrollar

determinadas actividades económicas, de realizar trámites personales, etc., situación que en buena cuenta importa una limitación a la libertad individual misma.

Siendo así, el Tribunal Constitucional considera fundamentalmente que el RENIEC ha vulnerado el derecho a la identidad y a la libertad individual de la actora, que se sustentan en el principio-derecho a la dignidad humana. Además, de modo específico puede entenderse que ese organismo constitucionalmente autónomo ha violado el derecho de toda persona a no ser privado de su Documento Nacional de Identidad, el mismo que se encuentra protegido por el Proceso de Hábeas Corpus, como una manifestación concreta del derecho a la libertad individual, según lo establecido en el numeral 10 del artículo 25° del Código Procesal Constitucional.

Y sobre el mencionado derecho a la identidad, es oportuno precisar que lo que en buena cuenta reconoce el colegiado es el derecho a la identidad sexual, aunque lo hace de manera muy soslayada. Hubiese sido mejor para la comunidad jurídica que ese reconocimiento sea directo y expreso, para así dejar atrás de modo más permanente los temores y prejuicios discriminatorios que provoca el transexualismo en la institucionalidad peruana.

En virtud de dichos argumentos y que constituyen la “ratio decidendi” de la sentencia, el Tribunal Constitucional ordenó al RENIEC que otorgue a la demandante el duplicado de su D.N.I. con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, tal cual figura en la partida de nacimiento rectificadas por mandato del Juzgado Civil de Pacasmayo. Precisamente, en relación a este último mandato judicial es oportuno decir que recoge aquel procedimiento que en la experiencia jurídica de Alemania se conoce como *Kleine Losung*.

Ahondando más al respecto, conviene mencionar que la Ley alemana sobre los transexuales (TSG) del 10 de setiembre de 1980, sobre el cambio de los pre-nombres y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares, contempla dos tipos de procedimientos judiciales: los llamados *Kleine Losung* y *Grosse Losung*, que tienen en común la comprobación obligatoria de la transexualidad con ayuda del informe pericial de dos especialistas en el tema.

Por el *Kleine Losung*, que se traduce a nuestro idioma como “pequeña solución”, se modifican los pre-nombres del transexual, más solamente ello, tal como se establece en el artículo 1 de esa ley. De dicha manera, el transexual tendrá sus pre-nombres acordes a su real identidad de género, aunque legalmente su sexo registral permanecerá siendo el cromosómico, con lo que se suscita un cambio apenas parcial.

La sentencia que modifica el pre-nombre o pre-nombres del transexual deviene ineficaz con el nacimiento de un hijo, el reconocimiento o la declaración judicial de filiación, o con el matrimonio del transexual con persona de diferente sexo registral, según lo prescrito en el artículo 7 de la ley alemana.⁶⁸ De ahí que se pueda sugerir legítimamente como fundamento de este “pequeño” procedimiento, que el mismo ha sido creado para aquellos transexuales que a futuro podrían tener un comportamiento consonante con su sexo biológico, dejándose de lado la identidad de género que en un momento previo habría justificado la autorización para la modificación legal de los pre-nombres.

⁶⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 310.

Parece que Juan Espinoza Espinoza piensa de manera similar a lo que se termina de apuntar en cuanto al por qué de la “pequeña solución”, cuando afirma que: “(...) en este caso, dado que no se trata de una modificación del sexo, se protegen a aquellas personas que no están seguras frente a una decisión tan definitiva como es aquella que implica la gran solución y por consiguiente tienen la posibilidad de redefinir su identidad sexual según sus propias exigencias existenciales y cuando el interesado “sienta pertenecer nuevamente al sexo indicado en su partida de nacimiento” (art. 6).”⁶⁹

De aquel modo y como manifiesta Fernández Sessarego⁷⁰ –citado por Jairo Cieza Mora- en el libro “Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas”, la ley alemana considera reversible el cambio de sexo si implica la modificación del prenombre, brindando la opción de cancelar los efectos de la sentencia respectiva cuando ocurre el hecho improbable del retorno del transexual a la manera de vivir según su sexo originario.

Sobre el particular, tenemos que subrayar que discrepamos con el procedimiento del *Kleine Losung*, porque consideramos que genera confusión en terceros, quienes “ven” a un individuo de un sexo morfológico que claramente no se condice con los pre-nombres de aquél y que corresponden más bien al sexo opuesto. Además, esta desorientación es mucho más contraproducente cuando el transexual tiene hijos menores, quienes con suma facilidad pueden ser llevados a confusión e incertidumbre respecto al sexo de su progenitor, con lo que las consecuencias colaterales negativas de esta “pequeña solución” se verían agravadas.

Sin perjuicio de lo anterior, también expresamos nuestra duda en cuanto a la posibilidad de que la transexualidad sea un estado sexual que puede aparecer y desaparecer con el transcurso del tiempo. En ese sentido, por todo lo que se dice sobre este tópico, pensamos que la transexualidad es de naturaleza temporal permanente, definitiva e invariable, aunque, por cierto, la última palabra la tienen los científicos y los especialistas en la materia que nos convoca.

Mientras tanto, mediante el *Grosse Losung* se realiza la modificación del sexo registral del individuo transexual. Entre los principales requisitos de este procedimiento se tienen: i) la práctica de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, ii) la esterilidad del sujeto (o incapacidad para la procreación), que obviamente es la consecuencia natural del sometimiento previo a la cirugía genital transexual -por lo que se trata de una condición redundante, y, iii) el estado civil de no casado del sujeto.

En efecto, Juan Espinoza Espinoza sostiene que en el artículo 8° de la ley alemana bajo comentario se ha consagrado dentro de los requisitos del *Grosse Losung* que el transexual “se haya sometido a una operación quirúrgica de transformación de sus atributos sexuales exteriores, con la cual haya obtenido una clara semejanza al cuadro

⁶⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 310.

⁷⁰ CIEZA MORA, Jairo. “El cambio de sexo y el Derecho a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 104.

morfológico del otro sexo”, la incapacidad perpetua de generar del transexual⁷¹, y que el solicitante no sea casado⁷².

Tiempo después del caso “Karen Mañuca”, dos años más tarde, en concreto, una nueva decisión paradigmática en nuestra área de investigación es dictada. Estamos hablando de la sentencia recaída en el Expediente N° 11711-03 y pronunciada el 09 de julio del 2008, respecto a un pedido de reconocimiento judicial de nueva identidad sexual, correspondiente al famosísimo caso del transexual conocido como **Naamin Timoyco**.

En el año 2003, Néstor Harry Cárdenas Calderón (Cuyos pre-nombres son en la actualidad Naamin Timoyco) interpuso demanda de reconocimiento judicial de su nueva identidad sexual (femenina), tras antes haberse practicado sobre él una cirugía de adecuación de genitales, de la que dejó plena constancia de su realización con la presentación de un certificado médico legal y de un certificado médico emitido por el Colegio Médico del Perú.

En resolución bien fundamentada, sobre la base de dos informes periciales que ratificaron el diagnóstico transexual del actor, y del respeto a los derechos a la libertad sin discriminación, al nombre, a la identidad personal, a la identidad sexual y a la dignidad (principalmente, en tanto principio motor del que surgen todos los derechos fundamentales), el Décimo Sexto Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda incoada, con sentencia del 09 de julio del 2008, por lo que se reconoció la identidad femenina del actor, aunque sin pronunciamiento sobre el cambio de nombre, al no haber sido éste solicitado de forma explícita.

Ahora, la última decisión judicial destacada de la que tenemos conocimiento es aquella con la que el Tribunal Constitucional resolvió el llamado “Caso Estela” y que constituye doctrina constitucional vinculante. Se trata de la sentencia dictada con fecha 18 de marzo del 2014 y recaída en el Expediente N° 00139-2013-PA/TC, con el que se dio trámite al proceso de Amparo seguido por el transexual varón-mujer de iniciales P.E.M.M. contra el RENIEC y el Ministerio Público, sobre cambio de sexo.

En efecto, P.E.M.M. -luego de que un juzgado de la provincia de San Martín le concediera el cambio de sus pre-nombres, accionó para obtener la modificación de su sexo legal en su partida de nacimiento y en su Documento Nacional de Identidad, bajo la alegación de que la negativa a dicha modificación significaba un atentado contra su derecho a la identidad, siendo que en primer grado su pretensión fue estimada, mas no así en segundo grado.

Conociendo el recurso de agravio constitucional respectivo, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, para lo que sus magistrados –en mayoría y no por unanimidad- recurrieron a una serie de argumentos falaces, forzados, y otros desfasados, dejando en evidencia su pensamiento “conservador” sobre el tema de la transexualidad y del derecho a la identidad sexual, atributo que, si bien con la resolución del caso “Karen Mañuca” fue reconocido de modo muy subrepticio y disimulado, con el caso bajo discusión es objeto de un mejor reconocimiento aunque de manera limitada, al prácticamente no considerarse como

⁷¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 309.

⁷² *Ibid.* p. 311.

un elemento del sexo al psico-social (o género) y menos conceder su preponderancia frente al elemento biológico.

Esto quiere decir que en materia de transexualidad nuestro Tribunal Constitucional ha dado un paso hacia atrás, desconociendo que el respeto hacia la identidad de género ha sido consagrado por ciertos organismos internacionales de interpretación autorizada de tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (y obviamente vinculantes para nuestro país), como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y además por una serie de instrumentos no vinculantes de derechos humanos que pudieron ser tomados en cuenta con carácter referencial, tal es el caso de los Principios de Yogyakarta o Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género.

De dicha suerte, la mayoría de los magistrados del alto tribunal entiende que el transexualismo en una patología mental, y que el sexo cromosómico o genético define la identidad sexual y que, por ser aquél inmutable, no puede variarse la condición sexual de una persona, lo que pone de manifiesto una total ignorancia de los actuales postulados de la ciencia médica en cuanto al rechazo por la inclusión de la transexualidad en el catálogo de enfermedades psíquicas y también en cuanto a la prevalencia del factor psicológico social en la determinación del sexo, al punto de que existe consenso en el segmento científico por la consideración de los procedimientos clínicos de reasignación de sexo como único tratamiento posible de la disforia de género por transexualidad y de carácter rehabilitador, y que podría involucrar terapia psicológica siempre que ésta tenga por objetivo la aceptación plena y saludable por el transexual de su identidad de género y su adecuada adaptación en condición de tal en su vida de relación.

Igualmente, volvemos a decirlo, existe una tendencia cada vez más clara por la admisión del cambio de sexo legal y del correlativo cambio de pre-nombres por cuestión de transexualismo, hecho irrefutable que se viene plasmando a nivel de la legislación interna de un creciente número de naciones o que es producto de la actividad jurisprudencial en aquellos países en los que la modificación registral del sexo aún no tiene consagración positiva. Así, lo repetimos, a nivel mundial hoy en día se hace tangible una fortísima corriente de pensamiento jurídico pro-cambio de sexo legal, apoyada por cierto en las más recientes investigaciones y descubrimientos científicos y médicos en referencia a la transexualidad, de las que –según parece, no estarían informados los jueces del Tribunal Constitucional responsables del voto en mayoría a favor de la desestimación del pedido de cambio de sexo *sub examine*, quienes han perpetrado un claro retroceso en cuanto al reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales de los transexuales.

Es por eso que suscribimos completamente el voto en discordia expuesto en la sentencia, el mismo que se muestra bastante coherente con lo resuelto en el caso “Karen Mañuca”, en el cual no se ordena la modificación del sexo registral del amparista porque –sencillamente- ello no había sido materia del respectivo petitorio y no porque ahí se hubiese determinado la ilicitud *per sé* del cambio de sexo en la partida de nacimiento de un sujeto transexual, como con total inexactitud un tanto tendenciosa lo sostienen los jueces que suscriben el voto en mayoría, quienes de esa forma atribuyen a la sentencia del caso “Karen Mañuca” consideraciones que no son parte de la misma, ni como *ratio decidendi*, ni como *obiter dictum*.

2.5 La transexualidad en el Derecho Comparado

Argentina y España son países que guardan muchas similitudes con Perú, no solamente en cuanto a su contexto político, económico, social y cultural, sino también en lo que se refiere a la tradición o familia jurídica que compartimos, que es la del “Civil Law”, una de las más extendidas en el mundo.

Los anteriores son elementos que nos invitan a hacer una comparación jurídica con estos países, a nivel de dos fuentes del Derecho: la legislación y la jurisprudencia, en lo que se refiere a la regulación de la problemática transexual y de las solicitudes de “cambio de sexo”, tan en boga por estos últimos días, sabiendo de antemano que en Argentina y España se han dictado leyes sobre el tema y de que existen numerosos pronunciamientos con los que se ampara o no los pedidos en cuestión, situación que dista mucho de nuestro país, en donde existe un vacío legal al respecto, que ha sido tratado de ser cubierto mediante la jurisprudencia.

2.5.1 Regulación normativa de la transexualidad en España y Argentina

La Constitución española de 1978 reconoce una serie de derechos que hacen del “cambio de sexo” una opción plenamente lícita. Nos referimos principalmente al artículo 10º, que textualmente reza: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. (...)” Así mismo, en el artículo 14º se ha establecido que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.”

Legitiman también el reconocimiento del derecho de los transexuales al “cambio de sexo” el artículo 15º, a través del que se consagra que: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral (...)”, y el artículo 43º, con el que: “(...) se reconoce el derecho a la protección de la salud. (...)” Y, aunque sin consagración constitucional expresa, en España el derecho a la identidad sexual ha venido siendo considerado manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, conforme al artículo 10.1 precitado.

Ahora, a nivel legal, en España se ha promulgado hace ocho años una ley con la que se pretende regular la modificación de sexo registral febrilmente buscada por los transexuales y las peticiones conexas, con lo cual la nación de la Península Ibérica se suma a la lista de países que cuentan con una legislación específica sobre el fenómeno transexual. Estamos aludiendo a la Ley 3/2007, del 15 de marzo de ese año, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ley de mucha trascendencia, ya que la situación jurídica del transexual no estuvo contemplada antes de su entrada en vigencia, al menos en el ámbito civil, por el legislador español.

Dicha norma, inspirada en la jurisprudencia y doctrina italiana y alemana, persigue la regulación de los requisitos necesarios para la rectificación del dato del sexo en el Registro Civil, para los casos en que la identidad de género de

una persona no se condice con su sexo morfológico, o sea, para dar alivio a la frustración transexual.

Esta innovadora disposición establece como requisitos de la solicitud para acceder a la rectificación del sexo de una persona, los siguientes:

1. Acreditación del diagnóstico de disforia de género, con informe de médico o psicólogo clínico en el que se haga referencia a: i) la existencia de discordancia estable y permanente entre el sexo genético y la identidad de género, y, ii) la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de esa disonancia.
2. Acreditación de, al menos, dos años de tratamiento médico para adaptar las características físicas a las que corresponden al sexo sentido y vivido, a menos que se presenten eximentes por razón de salud o edad.
3. Prescindibilidad de la cirugía de reasignación sexual, una de las grandes innovaciones introducidas por el legislador español.

La verificación del cumplimiento de los requisitos indicados será competencia del Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante. De esa manera, estando a que la competencia para el conocimiento de este tipo de solicitudes es ostentada por una autoridad administrativa, el asunto ha sido oficialmente desjudicializado, situación que nos parece bastante *sui generis* y positiva, por sus efectos en cuanto a reducción de la sobrecarga existente en las instancias judiciales.

No obstante la novedad descrita y que rompe con una tradición de muchos años en España -que derivaba los casos de transexualidad al ámbito de los procesos judiciales ordinarios- no se dice nada en cuanto a la autoridad que tendrá la responsabilidad de conocer la solicitud de rectificación de sexo en segunda instancia, que pensamos debiera ser igualmente perteneciente al cuerpo de la Administración Pública.

Otro tema básico de esta ley es el vinculado con los efectos del “cambio de sexo”. Sobre el particular, se estipula que: “La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil”, siendo que además: “El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.”

Lo anterior no es más que la consagración de la eficacia constitutiva de la resolución administrativa que ampara la solicitud de cambio de sexo registral y de la opción por la “teoría de los derechos adquiridos” respecto a la situación preexistente al nuevo status jurídico del transexual.

Adicionalmente, es también importante destacar que, aunque de forma implícita, la exposición de motivos de la norma en cuestión:

Sin expresarlo con claridad está reconociendo el denominado *derecho a la identidad sexual* o, más recientemente, *derecho a la identidad de género*.⁷³

De la mano con la promulgación de la Ley 3/2007 y para guardar coherencia con lo regulado por ésta, el Código Penal español ha sido reformado por la Ley Orgánica 8/1983, de modo que, con gran acierto y muy diferente a lo tipificado en el Código Penal peruano, las intervenciones quirúrgicas de readecuación de sexo se encuentran despenalizadas, porque en su artículo 428º, en el que se configura el tipo penal de lesiones, se sanciona que: “(...) el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de (...) cirugía transexual realizadas por facultativo (...)”

Y a todo esto, qué es lo que pasa en Argentina? La Constitución de la República Federal Argentina no ha reconocido de forma explícita el derecho a la dignidad, que es la matriz a partir de la cual se configura el derecho a la identidad personal, a la integridad, a la salud, y otros derechos que constituyen el principal fundamento de los pedidos de “cambio de sexo” que realizan los transexuales. A pesar de dicha omisión, sí se reconocen expresamente, por el contrario, el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad, que bien pueden ser invocados por los transexuales a la hora de interponer sus demandas de rectificación de su sexo registral o legal.

Así tenemos que, en el artículo 16º se estipula que: “La Nación argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento (...). Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”. En adición, se dice en el artículo 19º que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

No obstante la laguna descrita, el artículo 33º prevé que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.” Esta norma, similar a la cláusula de “derechos implícitos” contenida en el artículo 3º de nuestra Carta Magna, pensamos que bien puede ser utilizada para entender que el principio-derecho de dignidad humana está omnipresente en el ordenamiento jurídico argentino, exigiendo así el respeto por la identidad de los transexuales.

Ahora, en el nivel legal, en el vecino país de Argentina recientemente se ha promulgado en mayo del 2012 la Ley 26.743, que aprueba la “Ley de Identidad de Género”, en cuyo artículo 3º se prescribe que: “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.”

Otro extremo crucial de esa norma tiene que ver con el establecimiento de los requisitos para el cambio de sexo registral y de prenombres, siendo que en el artículo 4º se señala que: “(...) En ningún caso será requisito acreditar

⁷³ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transsexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54111003>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.”

Finalmente, una última norma destacable de la ley en cuestión es el artículo 11° y en el que se estipula que: “Todas las personas mayores de dieciocho (18) años podrán (...) acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. (...). En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. (...).”

Lo más relevante de la Ley 26.743 es sin duda la esperada regulación en Argentina de la identidad de género y sus implicancias centrales, permitiéndose la modificación registral del sexo y de los pre-nombres del transexual, bajo la condición del cumplimiento de ciertos requisitos, entre los que no se incluye – y ahí viene la gran novedad- ni el sometimiento a la intervención quirúrgica genital transexual ni a la hormonoterapia para reasignación sexual, y librándose a la práctica de los tratamientos clínicos de “cambio de sexo” de la previa autorización jurisdiccional.

Cabe mencionar que en Argentina, antes de la sanción de la ley señalada, se había dictado una ley que abordaba únicamente una pequeña arista del problema transexual, no regulando de manera integral el procedimiento para obtener el “cambio de sexo”. Hacemos alusión a la antigua Ley 17.132 de 1967, en cuyo artículo 19° numeral 4 se decía que: “Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: (...) no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial.”. Por los motivos ya expuestos en su oportunidad, pensamos que esta disposición tenía mucho sentido, en cuanto a supeditar la práctica de la cirugía transexual a la previa autorización de un magistrado; sin embargo el numeral 4 del artículo 19° ha sido derogado por la Ley 26.743.

De acuerdo entonces a dicha norma, los médico cirujanos que practicaban una operación reasignativa de sexo sin previa autorización judicial, incurrían en la comisión de un ilícito penal, en estricto, en el delito de lesiones, tipificado en el artículo 89° del Código Penal argentino.

Finalmente, otra que puede destacarse es la Ley N° 2957, expedida el 04 de diciembre del 2008 por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y promulgada el 13 de enero del 2009, a través de la cual se crea el “Plan Marco de Políticas de Derechos y Diversidad Sexual”, para promover la construcción de una ciudadanía plena, sin discriminación con pretexto de la orientación sexual o la identidad de género de las personas. Siendo así, se trata ésta de una norma que guarda similitudes con la Ordenanza Regional N° 016-2010-CR/GOB.REG.TACNA, en el sentido de tratarse ambas de normas que persiguen la plena integración y no exclusión de los grupos minoritarios transexuales, mediante el respeto de su derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación.

A fin de solucionar en parte las complicaciones derivadas de las insuficiencias que muestra su sistema de normas legales en relación al tratamiento de la cuestión transexual, en Argentina existen reglamentos del sector Salud cuyo objeto primordial es lograr, en primer lugar, y promover, en segundo, el otorgamiento de un adecuado trato a los pacientes transexuales, a diferencia de nuestro país, en donde normas semejantes aún no se han dictado.

Así tenemos que, con Resolución N° 2272/GCABA/MSGC/07 expedida por el Ministerio de Salud, y con la finalidad de evitar tratos discriminatorios por orientación sexual -garantizándose así el respeto del derecho a la igualdad que titulariza toda persona transexual, se ha dispuesto que todas las dependencias sanitarias públicas respeten la identidad de género de quienes concurren a ser atendidos, de modo que cuando un paciente utilice un nombre distinto al original, por estimarlo representativo de su identidad de género, y a su solo requerimiento, dicho nombre deberá ser usado para la citación, registro, llamado y otras gestiones asociadas, con total respeto hacia su identidad transexual.

De otro lado, cabe mencionar también que en España, mediante normas de jerarquía infralegal, se ha resuelto el problema del internamiento de transexuales en centros penitenciarios, permitiendo que ellos puedan ingresar en prisiones de hombres o mujeres, según la identidad de género que manifiesten.

2.5.2 Jurisprudencia sobre derechos de los transexuales en España y Argentina

Entrando ahora al terreno propio del mundo de la jurisprudencia, precisa tomarse en cuenta que, a diferencia de la peruana y también de la argentina, la jurisprudencia (administrativa y judicial) en España se ha visto radicalmente marcada por un hito legislativo de suma importancia. Y nos estamos refiriendo al trascendental cambio que se experimentó en la jurisprudencia española a raíz de la promulgación de la ya comentada Ley 3/2007, del 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Y en lo que se refiere a los órganos decisorios, es oportuno indicar que, hasta el año 2003, el Tribunal Supremo español conoció pocas demandas de “cambio de sexo” por razones de transexualidad. En efecto, la primera de las sentencias que abordó el tema fue la conocida STS del 02 de julio de 1987.

Dicho esto, pasemos a decir que entre otros pronunciamientos destacados antes de la entrada en vigencia de la Ley 3/2007, podemos mencionar a la Resolución de fecha 24 de enero del 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre autorización de matrimonio civil entre un varón y un transexual, que es una resolución de fuente administrativa.

Mientras tanto, a nivel estrictamente jurisdiccional, tenemos también a: i) la Sentencia N° 475 de fecha 01 de setiembre del 2005, pronunciada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sobre acción de tutela de derechos fundamentales, por denegatoria de rectificación de nombre en la inscripción

del nacimiento; y, ii) la Sentencia N° 213 de fecha 09 de octubre del 2006, expedida por la Audiencia Provincial de Jaén, sobre demanda de cambio de nombre y de rectificación de sexo en la inscripción del nacimiento.

Tal como se sugiriera líneas arriba, una vez dictada la Ley 3/2007, se produce todo un vuelco en la tendencia jurisprudencial sobre el tema de la transexualidad. Así, como pronunciamientos importantes en esta segunda etapa pueden mencionarse: i) la Sentencia N° 929 expedida por el Tribunal Supremo con fecha 17 de setiembre del 2007, sobre solicitud de cambio de nombre y sexo; y, ii) la Sentencia N° 182 de fecha 06 de marzo del 2008, también dictada por el Tribunal Supremo y sobre el mismo tipo de petición.

Lo que se aprecia en las resoluciones recientemente reseñadas es una clara tendencia, en España, hacia la autorización del cambio de nombre y de la rectificación de los Registros Civiles en cuanto al dato del sexo de las personas transexuales, aunque con ciertas excepciones de naturaleza conservadora. Todo esto incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007, a partir de la cual la tendencia jurisprudencial liberal sobre el tratamiento de los transexuales se ha acentuado, sobre la base del derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1° de la Constitución española.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España admitió la solicitud de personas transexuales para la modificación de su “sexo” en los registros civiles y para el consiguiente cambio de nombre en los mismos, en las STS del 02 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 03 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991, entre otras, casos todos en los que se había practicado la intervención quirúrgica de transformación de genitales externos.

No obstante lo anterior, algunos órganos jurisdiccionales distintos al Tribunal Supremo emitieron pronunciamientos (no revisados por el colegiado máximo) que autorizaban la modificación del dato del sexo en el Registro Civil, sin exigir el sometimiento anterior a ese tipo de operaciones.

Fuera de esas aisladas decisiones adoptadas por órganos jurisdiccionales inferiores, merece enfatizarse la STS del 02 de julio de 1987, por haber marcado un hito en la jurisprudencia hispánica, al hacer posible la rectificación del sexo de una persona, previa cirugía de reasignación sexual, aún cuando ello no implicase una equiparación absoluta en cuanto a la capacidad para celebrar determinados actos jurídicos. Es por ese motivo que es correcto afirmar que este inicial “cambio de sexo” tiene una eficacia jurídica limitada, de suerte que en los hechos estuviera restringida a un mero cambio de nombre, ya que el transexual no podía concretar todos los negocios jurídicos propios del “sexo sobrevenido”.

Por otra parte, con la Resolución del 24 de enero del 2005, expedida por la Dirección General de los Registros y del Notariado se autorizó el matrimonio civil entre un varón y un transexual masculino puro (varón que, tras someterse a la cirugía de readecuación sexual, obtuvo la declaración de su sexo como femenino), por no existir en España un obstáculo legal para dicha unión, y además porque en Derecho Comparado la permisón del matrimonio entre un

transexual y una persona de su mismo sexo biológico es la solución generalizada.

Uno de los pasajes más importantes de esa resolución es el siguiente: “Es un principio básico e irrenunciable del Derecho Civil español la posibilidad de “cambio de sexo” de las personas, de modo que por indicación de la misma Constitución Española de 1978, que protege el “libre desarrollo de la personalidad”, todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo.”⁷⁴

Unos meses después, se expide la Sentencia N° 475 del 01 de setiembre del 2005 por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona, en relación a una acción de tutela de derechos fundamentales, ejercida por un transexual que consideró que la denegatoria de parte del Registro Civil y de la Dirección General de Registros y del Notariado para la rectificación de su nombre masculino en la inscripción de su nacimiento, vulneraba los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la dignidad y a la igualdad, por cuanto la exigencia de la práctica de una operación de reasignación de sexo era atentatoria del contenido de esos derechos, por la mutilación que esta cirugía implicaba.

La acción de tutela precedente fue declarada infundada, reafirmandose la tendencia jurisprudencial de aquél momento (coherente con la doctrina que podía ser extraída de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y también con la legislación de países como Alemania, Francia y Reino Unido), según la que resultaba imprescindible para acceder al “cambio de sexo” el previo sometimiento a los tratamientos hormonales y quirúrgicos necesarios para la supresión de los caracteres sexuales secundarios y para la extirpación de los primarios, de suerte de obtener la dotación de órganos sexuales semejantes a los correspondientes del sexo opuesto. Y es que se veía a esa operación quirúrgica como una prueba indubitable de la firme intención del transexual de desarrollar su vida conforme a su sexo sentido y vivido, completamente diferente a su sexo biológico.

Posteriormente, se da el caso de una transexual mujer (de nombre Regina) que solicita la modificación de los datos de su sexo y nombre en la inscripción de su nacimiento, no habiendo sin embargo podido completar el tratamiento quirúrgico para la reasignación de su sexo. En primera instancia, dicho petitorio fue declarado improcedente, sobre la base de una interpretación literal de la STS del 06 de setiembre del 2002, según la que para el reconocimiento de una modificación del sexo era imprescindible la realización de un tratamiento quirúrgico completo, detallado en el informe elaborado en el año 2001 por expertos en materia de identidad de género, por pedido del Pleno del Senado, que instó al Gobierno la confección de un protocolo de intervenciones quirúrgicas a transexuales.

A pesar del criterio predominante, con la Sentencia N° 213/2006 de la Audiencia Provincial de Jaén se acogió el pedido de dicha transexual, bajo el argumento de que se había demostrado con rigurosidad científica un genuino trastorno de transexualidad, la seriedad y reflexión de la decisión tomada por

⁷⁴ En: <http://vlex.com/vid/17544790>. Versión generada por el usuario puqperuip. 02 de abril de 2011.

aquella, y la irreversibilidad del proceso de reasignación sexual iniciado (aunque no culminado) por Regina con el tratamiento hormonal y la mastectomía bilateral, habiéndose quedado pendiente la práctica de una genitoplastia masculinizante, con lo que se reconoce mayor importancia a los factores psicológicos y anímicos de la persona, en los que anidaría el centro del desarrollo de la personalidad.

En ese orden de ideas, puede decirse que con anterioridad a la promulgación de la Ley 3/2007 existió una jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo, para permitir la “modificación de sexo” de las personas con disforia de género, con la condición *sine qua non* de haberse seguido un procedimiento completo e integral de reasignación de sexo, o sea, cumplido en la totalidad de sus etapas, de modo que el transexual hubiere visto suprimidos sus caracteres sexuales primarios y secundarios, los cuales serían reemplazados por órganos sexuales semejantes a los que corresponden a su sexo vivido y sentido.

Y es que, vale la pena recalcar que en aquella época se veía a la cirugía de readecuación de sexo como expresión de seriedad y determinación del transexual para desarrollar su vida de acuerdo a su sexo psico-social, concepción que, pensamos, un tanto entraba en conflicto con la esfera de autodeterminación y autogobierno de las personas con plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, ya vigente la referida ley, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia N° 929 del 17 de setiembre del 2007, a través de la que se reafirma la inexigibilidad de la cirugía de reasignación de sexo para poder autorizar el cambio de sexo y de nombre solicitados por quienes padecen de “disforia de género”, por cuanto dicha intervención quirúrgica constituye “(...) un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud (art. 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y a la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE), pues parece que el libre desarrollo de la personalidad (...) implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad.”⁷⁵

Como corolario del razonamiento anterior, los magistrados del Tribunal Supremo declararon que había lugar a la rectificación de nombre y de sexo solicitada por el actor, de nombre Luis Andrés, quien a partir del fallo judicial pasaba a llamarse María Rosa y con sexo de mujer.

Tiempo después, el Tribunal Supremo, con Sentencia N° 182 del 06 de marzo del 2008, autorizó a una transexual para que su sexo fuese cambiado al de varón y su pre-nombre fuese Eduardo, muy a despecho de que aquella no hubiese concluido su tratamiento de “cambio de sexo”, al faltarle aún el aparato genital masculino, pero siendo su identidad sexual claramente masculina.

⁷⁵ En: <http://vlex.com/vid/30960008>. Versión generada por el usuario puqperuip. 02 de abril de 2011.

Virando nuestro análisis con dirección fuera de España, sin alcanzar el nivel bajo en cuanto al aspecto cuantitativo (y por qué no cualitativo también) de la producción jurisdiccional peruana sobre el tema que nos ocupa, en Argentina se cuenta con una historia variada en cuanto a la judicialización de conflictos vinculados con el fenómeno transexual, aunque sin alcanzar todavía los óptimos niveles de la tarea jurisprudencial que se viene desarrollando en España. No obstante dicha particularidad, a continuación se mencionan algunas decisiones interesantes en relación a la problemática derivada del reconocimiento de los derechos de la minoría transexual.

De ese modo, merecen destacarse: i) el fallo de fecha 31 de marzo de 1989, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en relación a un pedido de “cambio de sexo”; ii) la sentencia de fecha 9 de diciembre del 2005 dictada por el Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, sobre un pedido para práctica de cirugía transexual; iii) la Sentencia N° A. 2036. XL de fecha 21 de noviembre del 2006, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a la solicitud de una asociación de miembros transexuales para su funcionamiento como persona jurídica; y iv) la decisión de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de marzo del 2007, respecto a una solicitud sobre “cambio de sexo” y consecuente cambio de nombre.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos dejar sin comentar, brevemente, una de las primeras resoluciones asociadas a la problemática de la transexualidad, que fue la dictada en 1975 por el Juzgado 14 de Buenos Aires (LL,1975-A-479), que declara la improcedencia de un pedido de autorización judicial para la práctica de una cirugía de reasignación sexual efectuado por un transexual, fallo que evidencia una concepción completamente equivocada de lo que en verdad es el transexualismo, considerándosele como una patología de naturaleza psicológica.

Sin más preámbulo, lo que sigue es un fragmento importante de tal resolución: “Corresponde denegar la autorización judicial solicitada por el peticionante para que un médico lo opere para cambiar de sexo, pues la operación mutiladora a que aspira someterse no está permitida legalmente en nuestro país (...). Si las manifestaciones efectuadas por el actor y las comprobaciones efectuadas por los peritos médicos del cuerpo forense, indican que se está en presencia de un sujeto psíquicamente desequilibrado y de conformación morfológica perfectamente masculina; sus angustias y sus inclinaciones por el travestismo y sus peculiaridades de conducta que lo sitúan en el transexualismo, tienen origen en desviaciones eminentemente psicológicas, y dado que la operación quirúrgica cuya autorización se solicita no transferiría la libido del paciente a su ubicación normal, corresponde no conceder la autorización judicial gestionada (...)”.⁷⁶

Un tiempo después, tenemos la sentencia expedida el 31 de marzo de 1989 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Con voto mayoritario, se decidió declarar improcedente la demanda interpuesta por un transexual para que su sexo masculino fuese cambiado al femenino, tras haberse sometido en el extranjero a una cirugía de readecuación sexual.

⁷⁶ GARAY, Oscar Ernesto. *Código de Ética de los Médicos*. Ad Hoc. Buenos Aires, 2000. p. 120.

Fácilmente se aprecia que el argumento central de la improcedencia del pedido radica en la inmutabilidad del sexo genético de las personas, de lo que se desprende que, en criterio de los magistrados que dictaron la sentencia *sub examine*, el elemento genético y cromosómico de la identidad sexual es predominante por sobre el elemento psico-social. A mayor abundamiento, conviene citar un fragmento importante de dicha resolución: “Aunque el peticionario haya modificado el sexo morfológico a través de una intervención quirúrgica (...), obteniendo una morfología (...) que corresponde más al sexo femenino que al masculino, e incluso que psicológicamente se identifica con el sexo femenino y socialmente se comporta como tal, lo cierto es que su sexo genético sigue siendo masculino (...). Las transformaciones artificiales logradas mediante una intervención quirúrgica en fraude a la ley argentina (...), puesto que de haberse efectuado aquí constituirían un delito penal (art. 91 del Código Penal), son insuficientes para avalar la procedencia del “cambio de sexo” que pretende el interesado, más teniendo en cuenta el principio de indisponibilidad del estado de las personas.”⁷⁷

Otra resolución, por demás importante y que fuera materia de comentario por parte de la comunidad jurídica nacional, fue, sin lugar a dudas, aquella expedida el 9 de diciembre del 2005 por el muy conocido y experimentado magistrado Pedro Federico Hooft, a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, sentencia que denota todo un cambio de criterio en torno a la problemática transexual y que cuenta incluso con una opinión previa a favor por parte del Ministerio Público.

El caso llevado a conocimiento de dicho juez se resume en la Acción de Amparo interpuesta por un transexual de sexo genético masculino, con el fin de obtener autorización para someterse a una cirugía de reasignación sexual femeneizante y la subsiguiente rectificación de su documentación de índole personal, para de ese modo adecuar su sexo a su identidad de género.

El fallo estimatorio y paradigmático toma en cuenta el respeto irrestricto que debe tenerse hacia derechos personalísimos como el derecho a la identidad personal y, en particular, a la identidad sexual, el derecho a la verdad personal, el derecho al nombre, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la salud integral y a una adecuada calidad de vida, a la intimidad y a “un proyecto personal de vida”, y el derecho a la dignidad humana, como valor fundante del ordenamiento jurídico.

En cuanto al material probatorio, cabe decir que el fallo bajo comento se apoya en diversos dictámenes periciales. Así tenemos que se practicaron una pericia médico-forense, otra psicológico-psiquiátrica y una última socio-ambiental. Con igual importancia, también se actuó una entrevista personal al transexual, a cargo directamente del juez. Es por todo eso que, previo al dictado de la sentencia, el caso fue objeto de análisis desde la perspectiva multidisciplinaria brindada por el Dictamen del Comité de Bioética Ad Hoc de la Asociación de Genética Humana, informe favorable a la pretensión planteada, al haber quedado fehacientemente acreditada la condición transexual del amparista y el hondo drama existencial que tenía que enfrentar a diario.

⁷⁷ En: <http://vlex.com/vid/35092834>. Versión generada por el usuario puqperuip. 09 de abril de 2011.

Sobre el particular, un pasaje importante de la sentencia *sub examine* reza que: “(...) solicitudes como las aquí efectuadas por una persona transexual, se relacionan en nuestro derecho vigente con “derechos relativamente disponibles”, dependiendo en cada caso la procedencia sustancial de la acción de amparo, de un “juicio de ponderación” (...) teniendo siempre como principio rector y fundante a la dignidad humana, como “principio”, como “valor” y como “derecho” (...)” De este modo, es clara la similitud existente entre la tendencia jurisprudencial española y argentina, que ven en el principio-derecho a la dignidad, el fundamento central de las reivindicaciones jurídicas fervorosamente reclamadas por las personas transexuales.

Después, tenemos la Sentencia N° A. 2036. XL del 21 de noviembre del 2006, expedida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la demanda que interpusiera la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual ante el rechazo de la autorización para su funcionamiento como persona jurídica. En base al derecho de asociarse con fines útiles, consagrado en el artículo 14° de la Constitución Nacional argentina, es que se ampara la pretensión de esta asociación, reconociéndose a ésta plena personería jurídica, luego de apreciar que la solución contraria únicamente implicaba una encubierta discriminación por razones de preferencia sexual, lo cual contraviene el derecho a la igualdad ante la ley, más aún cuando la finalidad perseguida por este colectivo era completamente lícita, cual era la promoción y defensa de los derechos fundamentales de los travestis y transexuales.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, el 21 de marzo del 2007, declaró haber lugar para el “cambio de sexo” y consecuente cambio de nombre de un varón que sufría de disforia de género. Como argumentos centrales de dicha extensa decisión, se tiene que el demandante es un transexual que ha acreditado su condición (con una serie de exámenes, informes y pericias médicas y psicológicas, y declaraciones testimoniales también), además de haberse sometido a la intervención quirúrgica de readecuación de sexo -producto de la cual su morfología genital externa era la correspondiente a una mujer, y de haber seguido tratamientos hormonales.

Y en cuanto a los fundamentos jurídicos de la sentencia, se dice que, a pesar de que “el cambio de sexo” no ha sido previsto en la legislación argentina, no por ello ha de inferirse su prohibición. En efecto, de forma parecida a lo que se señala en la más reciente jurisprudencia de España, se apunta que la procedencia de la rectificación del sexo y del consiguiente cambio de nombre de una persona, encuentra su justificación en una serie de derechos, tales como el derecho a la dignidad, a la salud, a la igualdad ante la ley, al nombre (por la existencia de justos motivos para su cambio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15° de la Ley 18.248, Ley de Nombre), entre otros derechos.

En ese orden de ideas, esta sentencia reconoce la preeminencia del componente psicológico del sexo sobre su componente biológico, en la configuración de la identidad sexual de una persona. Adicionalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas de la modificación registral del sexo, un tanto diferente a lo que pasa con la jurisprudencia española, debe tenerse presente que se hace énfasis en el hecho de que en las inscripciones de nacimiento rectificadas debían realizarse anotaciones marginales -con la

finalidad de brindar protección a los intereses de terceros, en los siguientes términos: “de todo ello se dejará constancia en nota marginal, a la que tendrán acceso quienes demuestren un interés legítimo, o en caso de encontrarse afectado el orden público, o de tratarse de actos jurídicos en que el género de la parte interesada debe ser indefectiblemente considerado.”

Vale decir entonces, que en Argentina se da mucha importancia a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del “cambio de sexo” de una persona, en especial frente a derechos subjetivos de terceros, razón por la cual forma parte de los respectivos procesos judiciales la publicación de edictos conteniendo un extracto de las demandas, a fin de que los interesados puedan formular oposición dentro de un plazo determinado.

Otro caso particularmente interesante puede extraerse de una demanda interpuesta ante el Juzgado Civil y Comercial N° 11 de Mar del Plata, siendo las pretensiones principales la autorización para la práctica de una intervención quirúrgica de reasignación sexual femeneizante (o sea, para adoptar los órganos genitales femeninos), el posterior cambio de sexo en el Certificado de Nacimiento y el consiguiente cambio de pre-nombres en esa misma partida, en el Documento Nacional de Identidad, en la Licencia de Conducir, en diplomas de estudios, en el Padrón Electoral y en los registros de la Policía Federal Argentina, y señalándose como fundamento jurídico de su petitorio los derechos a la identidad personal, a la salud y a no ser discriminado.

La pretensión fue amparada en primera instancia, disponiéndose además que serían profesionales especializados del Hospital Zonal General de Agudos de la ciudad de La Plata quienes se encargarían de realizar tan delicada operación. Sin embargo, ante el recurso de apelación presentado por la Fiscalía del Estado, en pronunciamiento del 12 de abril del 2007, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata declaró la nulidad de la sentencia de primer grado, por cuestiones netamente procedimentales, mas no de fondo.

3. PROTECCION DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD DEL TRANSEXUAL A TRAVES DE LA REASIGNACION DE SEXO

Tal cual se dijera antes, la transexualidad proyecta su rica problemática tanto al campo de la ciencia médica como también al campo estrictamente jurídico, además, por cierto, de la controversia que normalmente suscita en los planos de la religión y de la ética.

Ahora, ya enfocados dentro del ámbito jurídico y, en particular, en el terreno de los derechos civiles de la personalidad, a continuación se pasará a desarrollar una importantísima función que cumplen los procedimientos médicos de reasignación de sexo y cual es la brindar tutela al derecho a la integridad del sujeto transexual.

El principal soporte de nuestra tesis viene constituido por dos ideas claves: el papel que juega la reasignación sexual en el restablecimiento de la salud de los transexuales y una concepción progresista y no tradicional del derecho a la integridad personal, a partir de las exigencias propias de la dignidad humana.

3.1 Readecuación de sexo y derecho a la salud del transexual

3.1.1 Rol de la reasignación de sexo en la salud del transexual

Se señaló en el segundo capítulo de esta investigación que la salud, valor inherente a la dignidad del ser humano, es el funcionamiento armónico del organismo, en un sentido integral, y por tanto el derecho correlativo es, puede decirse, el pilar para el ejercicio de los demás derechos, porque, sencillamente, la salud es la base de toda actividad humana.

Ello así, la salud es el sustrato indispensable para el ejercicio de los derechos, precondition para la realización de valores en la vida y para el cumplimiento de los proyectos personales, por lo que el cuidado de la salud es de una significación moral fundamental.⁷⁸

La disociación que padecen los transexuales afecta nocivamente su identidad y, con ello, su salud tanto física como mental, haciendo mella en los planos emocional y afectivo. Ahondando más, estas personas sufren normalmente un drama existencial severo, pudiendo experimentar depresión y emociones de angustia, dolor, temor y frustración de su proyecto de vida, las mismas que inciden negativamente en su salud, desmejorándola, con profundas repercusiones en su bienestar general.

No se olvide que, siendo una clase de disforia de género, la transexualidad está asociada a sentimientos contrarios a la euforia, tales como disconformidad, insatisfacción, desasosiego, incomodidad, ansiedad, etc.; siendo que “(...) no resulta inusual que ciertos transexuales sufran determinados trastornos psíquicos como depresión (...).”⁷⁹

Es que, como dice Germán J. Bidart Campos⁸⁰ –citado por Fernández Sessarego:

(...) quien en su vida personal y social se siente mujer pero genítalmente es varón (o a la inversa) sufre una distorsión que, al repercutir dañinamente en su identidad, afecta su salud.

En efecto, los transexuales sufren serias afecciones en las que para la OMS serían las tres dimensiones de la salud: física, mental y social. En el aspecto físico, dado que es sabido que muchas veces los padecimientos anímicos prolongados (como la depresión permanente que suele aquejar a los transexuales) ocasionan cuadros de debilidad, pérdida de peso, entre otros malestares. En el aspecto mental, porque estiman pertenecer al sexo opuesto y ese sentimiento los perturba de modo tal que, en ocasiones, adolecen de trastornos psicológicos y hasta psiquiátricos agudos, requiriendo de un constante tratamiento profesional. Y en el aspecto social, ya que el hondo sufrimiento de los transexuales traspasa las fronteras de su esfera psíquica más íntima y se proyecta al ámbito social,

⁷⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 58-59.

⁷⁹ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54111003>. Versión generada por el usuario pucperuip. 02 de abril de 2011.

⁸⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 59.

causando desadaptación en el desenvolvimiento de su vida de relación y en la realización de sus actividades cotidianas, como estudios, trabajo, práctica de deportes, etc.

En sustento de nuestras afirmaciones, es oportuno citar literalmente lo señalado por Joaquín Rams Albesa: “(...) el rechazo psicológico del propio sexo constituye, sin duda, un elemento que influye de forma poderosa sobre la personalidad e incluso, según los expertos, en el debilitamiento de la salud física y mental de quienes lo padecen. (...)”. (*El subrayado es nuestro*).⁸¹

Y es que no en vano se estima que: “(...) la adecuación del género permite rescatar de la marginalidad social a personas que han caído en ella a consecuencia de su disforia y de este modo fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental (...)”. (*El subrayado es nuestro*).⁸²

Adicionalmente, la situación particular de los individuos transexuales los hace blanco fácil de burlas y rechazo, por lo que se erigen como un grupo social marginado de la posibilidad de llevar una vida normal y tranquila. Siendo así, ellos esperan que este escenario de extrema tensión sea revertido o al menos aliviado con el recurso a la adecuación sexual, pues, como bien asevera Juan Espinoza:

(...) la presión social ejercida sobre estas personas (*los transexuales*) genera una secuela de alteraciones psíquicas.⁸³ (*El agregado es nuestro*)

Para reforzar nuestras afirmaciones en lo que respecta al detrimento en la salud mental y social de los transexuales, es oportuno hacer referencia al dictamen psicológico-psiquiátrico emitido con motivo de la tramitación en Argentina de un proceso de Amparo⁸⁴ instaurado con fines de la obtención de autorización judicial para la práctica de una intervención quirúrgica femeneizante, en el que en relación al transexual amparista se señala que: “(...) “se advierte en su personalidad, un trastorno de identidad sexual (Transexualismo primario) (...) tal cuadro descrito constituye “un sufrimiento psíquico por los inconvenientes que conllevan y le impiden su normal desarrollo social y la boral” (...)”⁸⁵.

Es por lo anterior que también se arguye que el transexualismo:

(...) provoca en la persona afectada malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad de la persona.⁸⁶

⁸¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Dykinson. Madrid, 2008. p. 541.

⁸² GONZALEZ MAGAÑA, Ignacio. “Derecho a la identidad sexual y conformación de la identidad de género”. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV. N° 8. Setiembre 2012. La Ley. Buenos Aires. p. 239.

⁸³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 297.

⁸⁴ “R.F.F. s/ Acción de Amparo”, Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata. Sentencia firme dictada con fecha 09 de diciembre del 2005.

⁸⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 53.

⁸⁶ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54110105>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

Después de ello, uno puede legítimamente preguntarse si los procedimientos quirúrgicos y hormonales de readecuación de sexo desarrollan alguna función en el plano sanitario de la vida de los transexuales. En otras palabras, la gran interrogante sería la siguiente: la reasignación de sexo, en cualquiera de sus formas, permite el restablecimiento de la salud de los transexuales?

Quienes son los más indicados para absolver nuestra inquietud son los especialistas en materia sanitaria y en Psicología. Y justamente de los conocimientos que manejan los médicos (incluyendo los psiquiatras y endocrinólogos) y los psicólogos clínicos se han nutrido los juristas con la finalidad de ir encontrando soluciones y respuestas justas a los conflictos y demandas derivadas de la compleja problemática que importa la transexualidad, ya sea en el campo de la regulación positiva, ya sea en terreno jurisprudencial.

Opiniones de especialistas en materia de transexualidad acerca de la influencia de los tratamientos médicos de readecuación sexual sobre el estado de salud de los transexuales han sido vertidas en diferentes oportunidades y también sido documentadas en muchas obras de la literatura jurídica. Las que siguen son algunas de las principales encontradas.

Empecemos por Fernández Sessarego. Este dice: “(...) el sector de la doctrina favorable a la adecuación sexual (...) sustenta también su posición en el derecho del transexual a su salud integral, que es de carácter sicosomático. El desequilibrio emocional, la perenne angustia, el drama íntimo del transexual, supone, precisamente, la ausencia de un estado de salud integral (...)”⁸⁷

Precisamente en el marco del proceso de Amparo hace poco referido, un médico forense, miembro de la Asesoría Pericial del Poder Judicial argentino, en relación al transexual demandante indica en su respectivo informe que “(...) “el cambio de sexo somático y jurídico lo beneficiaría en el sentido de mejorar su salud psíquica y social, ya que solucionaría los conflictos con su identidad sexual” (...)”⁸⁸.

En el mismo ejemplo anterior, parece que las expectativas del transexual acerca de la operación quirúrgica femeneizante cuya práctica reclamaba sea autorizada judicialmente, se condicionan con el resultado que dicha cirugía efectivamente tendría sobre su salud psíquica y social, toda vez que en el informe psicológico-psiquiátrico antedicho se expone también que “(...) “sus pretensiones y expectativas (*las del transexual*) respecto de la intervención que solicita, se encuentran integradas tanto en los aspectos emocionales como con sus proyectos vitales prospectivos, dicho esto tanto a nivel afectivo, como social y laboral.” (...)” (El agregado es nuestro)⁸⁹.

La esperanza del transexual tiene bases sólidas, debido a que actualmente está clínicamente comprobado que la única terapia válida para los casos de transexualismo es de carácter rehabilitador, esto es, la reasignación sexual, que no significa una cura, sino un tratamiento que puede evitar otros problemas mucho más serios (como el suicidio o abuso de sustancias), al tener dicha terapia

⁸⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea. Buenos Aires, 1992. p. 344.

⁸⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 53.

⁸⁹ *Ibid.* p. 53.

como objetivo general la adaptación personal a largo plazo con el sexo con el que uno se identifica, para potenciar el bienestar y la autorrealización.⁹⁰

En un similar orden de ideas, se incide en que ““el cambio de sexo se justifica (...) como consecuencia de terapias y de intervenciones quirúrgicas dirigidas a secundar una natural tendencia, o a evitar efectos negativos sobre la salud (por ejemplo; graves neurosis) y sobre el comportamiento de la persona””⁹¹.

La misma opinión respecto a las posibles fuentes de mejoras en el estado de salud del transexual se trasluce de la siguiente cita textual: “(…) no sería difícil lograr basar la despenalización de la cirugía transexual (...) en los derechos a la integridad moral de la persona (...), a la intimidad personal (...) y a la salud psicofísica (...)”⁹²

Por otra parte, vale también indicar lo que sucede en el estado actual de nuestra jurisprudencia. Y es que en la comentada resolución judicial sobre el caso Naamin Timoyco, específicamente en su décimo noveno considerando, el juez a cargo de la causa respectiva expuso que: “(…) una omisión respecto de la intervención quirúrgica que modifique el sexo de una persona transexual que así lo solicite, importaría una grave afectación a la salud en el sentido integral de la persona que así lo desee.”

Expuesto lo anterior, la conclusión a la que arribamos es que la respuesta a la pregunta formulada en este punto es, en definitiva, positiva: la puesta en práctica de los procedimientos clínicos de reasignación de sexo constituye un significativo aporte para la recuperación y rehabilitación del buen estado de salud de la persona transexual. En efecto, el alivio que brinda la terapia hormonal con fines de readecuación sexual y más todavía la cirugía genital transexual, influye de manera muy favorable en la superación de cualquier deterioro físico y de la seria disociación mental que experimentan los transexuales, lo cual a su vez originará sentimientos de fortaleza y seguridad en sí mismos y la elevación correspondiente de su autoestima, que les permitirá una evidente mejoría en cuanto al desarrollo de sus relaciones sociales y al desarrollo de su propio proyecto de vida.

Con esto quedaría claro el rol de los tratamientos médicos de reasignación sexual de cara a la consecución del fin trascendente de la rehabilitación del estado de salud del transexual: aquéllos son el medio idóneo para el logro de dicha finalidad. No en balde se sostiene que: “Hoy día es generalizada la licitud de los tratamientos clínicos de reasignación de sexo –desde el perfil de las legislaciones *ad hoc*- así como la recomendación de los mismos, en cuanto única terapia rehabilitadora, por parte de los especialistas médicos.”⁹³

⁹⁰ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54110105>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

⁹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 298.

⁹² GAVIDIA SANCHEZ, Julio V. “El matrimonio del transexual y el marco constitucional”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 2002-09. Setiembre 2002. <http://vlex.com/vid/194363>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

⁹³ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54111003>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

Sin perjuicio de lo afirmado, cabe tener presente que se pueden dar casos en que el particular estado de salud del transexual sea incompatible con la práctica de la cirugía genital e incluso con la de la hormonación transexualizadora, procedimientos terapéuticos que en estas ocasiones pueden estar contraindicados. Se estaría hablando de situaciones de excepción que, por razones estrictamente médicas, imposibilitan o desaconsejan la práctica de estos tratamientos clínicos de “cambio de sexo”, al constituir peligro de daño serio en la salud de quien somete a aquéllos.

Profundizando un poco más en este tema, la hispana Yolanda Bustos sostiene que: “(...) llega a ser aconsejable la restricción del uso de ciertas hormonas –y la cirugía de reasignación sexual- en aquellos casos donde exista peligro para la salud de estos pacientes, sin que dicha circunstancia suponga la imposibilidad de solicitar la rectificación registral del sexo y/o nombre del transexual (...)”⁹⁴

3.1.2 El derecho a la salud y su interrelación con el derecho a la integridad

Acerca de que el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal se interrelacionan fuertemente se habla mucho; no en vano han pronunciado los magistrados del Tribunal Constitucional que: “(...) siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estará también el derecho a la salud, en alguna medida.”⁹⁵. Hay quienes inclusive tratan a ambos prácticamente de forma indistinta y los confunden, como si fueran equiparables. Otros autores predicán que ambos derechos son como “dos caras de la misma moneda”.

En cuanto a esta *sui generis* vinculación, el Tribunal Constitucional ha destacado que: “El derecho a la integridad personal tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”⁹⁶.

Y tan intenso es el nexo entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal que, según lo que dijimos líneas arriba, hasta pueden ser ambos confundidos entre sí, al punto de que Carlos Mesía afirma que: “El derecho a la salud tutela la integridad física y psíquica de la persona. Su realización (...) abarca la protección del equilibrio psicofísico frente a cualquier amenaza proveniente del ambiente externo.”⁹⁷ (*El subrayado es nuestro*).

Sin embargo, en una postura un tanto intermedia, Luis Ezquerro predica que “(...) cualquier agresión o intervención en esta capacidad natural del cuerpo de mantener su propio equilibrio de bienestar físico y mental, así como emocional, supone una agresión a la integridad física y moral (...)”⁹⁸, para sentenciar con posterioridad que “(...) la salud forma parte de la integridad física y moral,

⁹⁴ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. En: <http://vlex.com/vid/54111003>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

⁹⁵ Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 5408-2007-PHC/TC, de fecha 27 de noviembre del 2007.

⁹⁶ Fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2333-2004-HC/TC, de fecha 12 de agosto del 2004.

⁹⁷ MESIA RAMIREZ, Carlos Fernando. *Op. Cit.* p. 302.

⁹⁸ EZQUERRA ESCUDERO, Luis (Coordinador) y otros. *Op. Cit.* p. 85.

admitiendo la libertad personal de gestión.”⁹⁹. A decir de tal autor, entonces, el derecho a la salud estaría comprendido dentro del contenido del derecho a la integridad.

Decíamos también que existen doctrinarios para quienes el derecho a la salud y a la integridad son dos facetas de una misma entidad jurídica. Uno de estos autores es, indubitadamente, Juan Espinoza, para el que: “El derecho a la integridad es la situación jurídica en la que se tutela la condición misma del ser humano, en cuanto inescindible unidad psico-física. El derecho a la salud es la situación jurídica en la que se tutela el estado de bienestar (físico y psíquico) del ser humano. Ambos derechos tutelan (respectivamente) la parte estática y dinámica de una misma realidad: el hombre en su plenaria dimensión existencial.”¹⁰⁰

Descritas así entonces las características de la estrechísima interrelación entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal, nos queda en claro de que el papel que le toca jugar a las terapias clínicas para readecuación de sexo en relación al restablecimiento de la salud de los transexuales que espontáneamente se someten a aquéllas es muy similar al que desarrollan respecto al derecho a la integridad personal de los transexuales.

Es decir, de la misma manera que la intervención quirúrgica genital transexual y la terapia hormonal transexualizadora contribuyen a la recuperación del buen estado de salud de los transexuales, ambos tratamientos clínicos aportan en un sentido positivo a la maximización y optimización del ejercicio y disfrute del derecho a la integridad de los transexuales, tanto en su dimensión física como moral.

De esa suerte, los tratamientos médicos de reasignación sexual ampliamente favorecen el goce del derecho a la integridad personal de los transexuales y eso lo deducimos de la fuerte e indubitable interrelación que existe entre el derecho a la salud y el primero de los nombrados, estrecha vinculación que hace que la integridad física y moral sea visualizada en términos de salud integral.

Entonces, si, como apunta Víctor Pérez Vargas, es necesario pasar de la perspectiva tradicional de la integridad física a la dimensión de la salud, y si además hablar de integridad de la persona es hablar de la armonía dinámica de sus partes integradas en unidad, o sea, es hablar de salud¹⁰¹, similar al efecto favorable sobre la salud de los transexuales tienen los tratamientos médicos mencionados también en la integridad de aquéllos, quedando así automáticamente descartado que las terapias de reasignación de órganos sexuales agredan la integridad de los transexuales, en orden a los aquí negados efectos destructivos que se le atribuyen sobre la última.

3.2 Reasignación de sexo y derecho a la integridad del transexual

Repasando lo previamente expresado: de la hormonación transexualizadora se dijo inicialmente que, si bien su eficacia es limitada en cuanto a las transformaciones

⁹⁹ EZQUERRA ESCUDERO, Luis (Coordinador) y otros. *Op. Cit.* p. 87.

¹⁰⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.* p. 215.

¹⁰¹ SCHIPANI, Sandro. *La persona en el sistema jurídico latinoamericano: contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995. p. 103-104.

corporales operadas en el transexual, siempre implica eliminación (aunque parcial) de los caracteres sexuales secundarios inherentes y propios del sexo biológico del sujeto, como consecuencia de la inhibición de la segregación de hormonas sexuales correspondientes a dicho sexo.

Pero también se apuntó que la intervención quirúrgica de reasignación de sexo supone la práctica de una serie de mutilaciones y extirpaciones de tejidos y órganos sexuales y de implantes de órganos plásticos artificialmente creados en reemplazo de los suprimidos, o sea, la realización de una dramática, agresiva e irreversible transformación anatómica de la persona transexual.

Estando a los cambios indicados *et supra* surge una interrogante: cual es la relación entre los tratamientos terapéuticos de readecuación sexual y la integridad personal del transexual que se somete a ellos? Un primer soporte a la respuesta a esta cuestión lo encontramos en el papel que cumple la readecuación sexual en cuanto a la salud del transexual y también en la interrelación que se da entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad. Vayamos ahora por un segundo soporte.

Muchos dirán, atendiendo a las drásticas modificaciones somáticas previamente referidas y que incluyen la pérdida de la función endocrina y de la capacidad procreativa, que tales tratamientos clínicos no hacen más que lesionar severamente la integridad física del transexual, de ahí que las legislaciones tengan que proscribirlos forzosamente, en especial la cirugía genital. Efectivamente, hay “(...) quienes consideran que estas intervenciones (*quirúrgicas*) están prohibidas por ser contrarias a la moral y las buenas costumbres y por atentar contra la integridad de un cuerpo sano (...)” (*El subrayado y el agregados son nuestros*)¹⁰².

En sentido particular, el peruano Fernández Sessarego se manifiesta adscrito a la posición que califica a las operaciones quirúrgicas de reasignación de órganos genitales externos como dañinas a la integridad física, tal como se desprende de su siguiente afirmación en referencia al “cambio de sexo”: “(...) el juez se ha de enfrentar al reto de encontrar aquellas normas que, pese a tratarse de un acto que atenta contra la integridad física (no la sicofísica) del sujeto, concretándose en una disminución permanente y grave, puedan jurídicamente permitirlo en vista del drama existencial que el caso representa (...).”¹⁰³

La posición prohibitiva descrita se manifiesta igualmente con estas palabras: “la respuesta (...) por parte de quienes se oponen a permitir las operaciones de marras, suele ser que la vida, la salud, el cuerpo, son bienes sobre los que el sujeto posee una potestad, pero que ese poder no puede usarse con fines destructivos.”¹⁰⁴

Así luego, para un sector de la doctrina, la práctica de los procedimientos de reasignación de sexo conlleva efectos muy perjudiciales en contra del cuerpo, en contra de la integridad de la persona transexual, de lo que se colegiría un supuesto (por cierto, vedado) de disponibilidad relativa del derecho a la integridad.

¹⁰² SIVERINO BAVIO, Paula. *Op. Cit.* p. 57-58.

¹⁰³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea. Buenos Aires, 1992. p. 333.

¹⁰⁴ RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo David. *Vida, cuerpo y Derecho: los derechos personalísimos sobre la integridad física, boy*. Ediciones Dunker. Buenos Aires, 1998. p. 171.

Nuestra opinión, un tanto ya adelantada, sin embargo, es por entero diferente de la recientemente expuesta, puesto que somos de la idea de que las terapias médicas para la reasignación de sexo favorecen y maximizan el goce por parte del transexual de su derecho a la integridad personal. La ampliación de la fundamentación de nuestra tesis es la que vendrá enseguida.

3.2.1 El Principio, Derecho y Valor Dignidad como fuente del derecho a la integridad

La dignidad es un bien intrínseco e inherente a todo ser humano. La dignidad es un valor absoluto e incondicionado, un principio y también un derecho, universalmente compartidos por todo el conjunto de los seres humanos, y de carácter metajurídico, por ser anterior al Derecho mismo. Es el más importante de los derechos que conforman nuestro sistema. En efecto, todos los derechos fundamentales y en especial los personalísimos tienen como sustento último a la dignidad, que es el valor fundante del régimen jurídico peruano, tal cual lo prescribe el artículo 1° de la Constitución Política, cuando reza que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

La dignidad, entonces, es el valor supremo e intangible que se encuentra en la base de todo el sistema de derechos fundamentales que recoge la Constitución del Perú. Aquello tiene dos implicancias: i) en un sentido objetivo, es la dignidad la piedra angular del ordenamiento jurídico, que lo informa en su totalidad; y, ii) en un sentido subjetivo, la dignidad es el derecho subjetivo a partir del cual se construye todo el sistema de derechos que conocemos, del mismo modo que la “privacy” es el principio fundante del ordenamiento jurídico norteamericano.

Como no podía ser de manera distinta, el Tribunal Constitucional peruano se ha ocupado en extenso de la dignidad y en reiterada jurisprudencia ha dicho que: “La dignidad de la persona humana se configura como un principio–derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. (...) Del mismo modo, es un principio informador para la configuración de nuevos derechos de rango constitucional y es el presupuesto de nuestro Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho.”¹⁰⁵

Un tema aparte es la definición exacta de la dignidad, asunto que origina muchas discusiones, principalmente en el plano filosófico y en el de los Derechos Humanos, lo cual sin embargo no impide acceder a su significación y a sus manifestaciones externas. Debido a ello es que incluso el Tribunal Constitucional ha preferido no arriesgarse en profundizar en el asunto con el intento de una definición, simplemente concibiendo a la dignidad como un presupuesto ontológico reconocible en todas las personas, por el solo hecho de serlo.

El transexual, siendo un ser humano tan igual que cualquier otro, ostenta dignidad, por el solo hecho de su condición de persona humana, y tiene en consecuencia derecho al irrestricto reconocimiento y respeto de esa dignidad, que se ve vulnerada con prohibiciones y restricciones inconstitucionales como es la negativa irrazonable a su “cambio de sexo” físico y jurídico, que permitirá al

¹⁰⁵ Sentencia recaída en el Expediente N° 0044-2004-AI, del 18 de mayo del 2005. F.J. 32.

transexual llevar una vida digna, por la desaparición de la disociación tan característica en aquél y por la neutralización de los cuestionamientos de la sociedad hacia su personalidad.

Sobre este tópico, precisamente el Tribunal Constitucional ha sostenido, para resolver un proceso de Amparo, que: “(...) la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona (...). El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde (...) por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría.” (*El subrayado es nuestro*).¹⁰⁶

Nos manifestamos totalmente de acuerdo con el reconocimiento hecho de la dignidad de los transexuales por el Tribunal Constitucional, aunque marcamos nuestras distancias en lo relacionado con la concepción de la transexualidad como una cuestión de arbitrio, opción o preferencia. De lo dicho en los primeros capítulos, claro es que la transexualidad no se elige o prefiere de forma consciente: el transexual no escoge tal o cual sexo, sino que pertenece o siente pertenecer al sexo contrario al que viene determinado por su morfología externa.

Por su parte, con la autoridad que le es propia, el constitucionalista Germán J. Bidart Campos¹⁰⁷ –citado por Carlos Fernández Sessarego, expone que: ““(…) Hay que arrancar firmemente de un principio axial: el de que la persona humana es un ser con dignidad, también cuando es transexual. La dignidad personal prevalece sobre la sexualidad: ser persona se antepone a ser varón o a ser mujer; también a ser transexual””.

De lo manifestado ahora último es pertinente realizar una inferencia: la dignidad humana es una pieza clave para mejor entender y resolver con acierto y justicia la compleja problemática jurídica asociada al transexualismo, lo cual es similar a la afirmación de que en el análisis jurídico de las cuestiones que plantea la transexualidad es importantísimo tener como referencia fundamental el valor superior de la dignidad.

Fortaleciendo esa deducción, téngase presente este pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Foral 12/2009, del 19 de noviembre de ese mismo año, sobre la no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales: ““(…) la identidad de género, como parte integrante de los derechos de la personalidad, entronca con el derecho a la dignidad de la persona –entendida ésta, según definición del Tribunal Constitucional (*español*) (...) como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (...).” (*El agregado es nuestro*).¹⁰⁸

¹⁰⁶ Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA, del 24 de noviembre del 2004. p.23.

¹⁰⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 59.

¹⁰⁸ *Boletín Oficial de Navarra*. N° 147. 30 de noviembre del 2009. En: <http://vlex.com/vid/71507768>. Versión generada por el usuario puqperuip. 02 de abril de 2011.

Ahora bien, siendo la dignidad el principio superior del cual emanan todos los derechos fundamentales, lógicamente lo es también respecto del derecho a la integridad personal. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos y en los cuales subyace, con la integridad personal tiene una particular y muy íntima relación, que es consecuencia de que se estime que la última:

(...) viene a proporcionar la base material de uno de los aspectos derivados de la dignidad de la persona: la corporeidad humana.¹⁰⁹

Dicho esto, se entiende la cercana relación existente entre el derecho a la integridad personal y el principio de dignidad, en el sentido de que la corporeidad humana es expresión directa de la dignidad de la persona y uno de sus ámbitos más significativos.

3.2.2 Visión progresista del derecho a la integridad personal

Bien afirma Arturo Valencia Zea que: “El cuerpo humano sigue siendo el substrato de la personalidad y el fin de ésta es dominar con su voluntad sobre la naturaleza no libre.”¹¹⁰ Es claro. La integridad corpórea es la esencia, el soporte de la personalidad humana, porque sin un cuerpo físico no existiríamos como seres humanos y sin un cuerpo humano tampoco sería posible el desarrollo de nuestra capacidad de autodeterminación y de autoproyección de los planes de vida.

Consecuencia de lo anterior es que el derecho a la integridad personal es un derecho fundamental de la personalidad humana. Y también, con sustento en la cita anterior, cabe resaltar el vínculo que se da entre integridad y libertad, producto del cual se tiene que el derecho a la integridad tiene un plano físico y otro moral, según lo antes visto.

Así entonces, el derecho a la integridad debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico en el marco de una visión progresista, flexible, contemporánea con la época posmoderna en la que vivimos, y en la que la transexualidad es una realidad que en adelante no podrá más negarse ni asolaparse, por existir en diversas sociedades y culturas de nuestro tiempo y, según parece, desde tiempos ancestrales.

Aquello por cuanto: “El derecho (...) regulador de conductas humanas en sociedad (...) está obligado a desarrollar sus métodos, tendencias y respuestas para no quedar desfasado y poder responder con eficacia a las exigencias de la sociedad y los individuos que la componen.”¹¹¹

Volviendo al punto, desde la nueva perspectiva jurídica que proponemos, el derecho a la integridad de los transexuales no puede ser visto desde una óptica cualquiera, sino desde una óptica especial (no simplista), que rompa con los

¹⁰⁹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Op. Cit.* p. 33.

¹¹⁰ Congreso Internacional sobre el Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cuzco. Lima, 1986. p. 211-212.

¹¹¹ CIEZA MORA, Jairo. “El cambio de sexo y el Derecho a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 100.

moldes tradicionales. Es que el valor superior de la Dignidad Humana a ello obliga, en tanto fuente matriz del derecho a la integridad y con el que guarda una consecuente vinculación directa, tal como se expusiera antes.

Estamos haciendo referencia a que la dignidad del ser humano exige una particular y progresista concepción del derecho a la integridad personal, que se centre en la idea que los mismos transexuales tienen acerca de su integridad, la que, como ya se adelantara, exhibe una ligazón peculiar con la esfera de libertad y autodeterminación de todo individuo cuando a su haz moral se refiere.

Nuestra postura es propia de los vientos nuevos que corren en el mundo del Derecho, un mundo que está en constante evolución, de ahí que deban rechazarse de plano posiciones jurídicas estáticas o inmutables y ello con mayor énfasis cuando se trate de dar solución a problemas vinculados a la transexualidad, para dar más bien paso a la lectura en clave dinámica que se propone del derecho a la integridad.

Es por eso que destacamos el siguiente comentario del juez argentino Pedro Federico Hooft, acerca de que:

(...) el sufrimiento del transexual es en buena medida causado por la rigidez del derecho en cuanto institución social, y debido además al creciente nivel de juridificación que alcanza hoy a toda la vida social.¹¹²

Con la finalidad de reforzar lo dicho, viene muy oportuno tener presente que: “Afortunadamente, mucho se ha avanzado en la profundización del conocimiento acerca de la compleja problemática vinculada con la sexualidad humana, con una nueva visión, superadora de tradicionales perspectivas simplistas y reduccionistas, que por su unilateralidad resultaban insuficientes para dar cuenta de todas las connotaciones vinculadas con temas atinentes a la identidad personal en general y con la identidad sexual en particular (...).”¹¹³

A propósito de este asunto, destacable es igualmente el comentario del argentino Santos Cifuentes respecto de la transexualidad (y del pseudohermafroditismo), para quien, desde el punto de vista de la medicina, los remedios para la salud sexual en estos casos suelen ser las intervenciones quirúrgicas, aunque jurídicamente también se hace necesaria a la par de la valentía del cirujano la del jurista, encarando el problema con remedios no atados a esquemas desentendidos de la realidad que se juzga.¹¹⁴

Seguidamente, para desarrollar el nuevo prisma aludido es necesario tomar un punto de partida. Este punto se encuentra en una idea que es lugar común en las descripciones que se hace en torno al transexualismo y sus características, y que se puede sintetizar, en términos bastante sencillos, en la siguiente expresión: “el transexual es una persona “atrapada” en un cuerpo que no le corresponde”.

¹¹² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 61.

¹¹³ *Ibid.* p. 54.

¹¹⁴ CIFUENTES, Santos. “Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año II. N° 3. Julio 1996. Gaceta Jurídica. Lima. p. 206.

Tal afirmación alude a la disociación trascendente que vivencian los transexuales, disonancia entre su sexo biológico y su sexo psicosocial, es decir, entre la morfología física propia de su sexo genético y aquella que es propia de su sexo sentido y vivido, lo que también es referido en varias ocasiones como divergencia entre sexo y género.

De acuerdo a lo anterior, vale la reiteración en cuanto a que el transexual experimenta un severo problema de disforia de género, derivado a su vez de una particular identidad sexual que no se condice con la identidad aparente y que es la que finalmente condiciona la integridad verdadera y real del sujeto, que tampoco entra en consonancia con su integridad meramente aparente.

El transexual siente que sus órganos genitales y en general todo su aspecto morfológico no le pertenecen, no le corresponden, en suma, que no le son propios. Y es por esa razón que recurre a costosos tratamientos sanitarios para que su cuerpo verdadero le sea restituído y así sea corregido un craso error de la naturaleza.

Por ende, “(...) el sujeto siente que es prisionero de su cuerpo, el que pertenece a un género distinto de aquel con el cual está identificado, y desea liberarse de los caracteres sexuales somáticos, convencido de que son un error de la naturaleza.”¹¹⁵. O dicho con otras palabras: “El transexual tiene un cuerpo que no siente como suyo, una envoltura material que desconoce y rechaza y que lo hace sentir profundamente infeliz y desgraciado (...)”¹¹⁶

Como resulta evidente, el individuo transexual tiene una morfología genital que no le corresponde, que es irreal por no ser verdadera sino únicamente aparente, y por lo tanto tiene, en general, una anatomía, una integridad física y un sexo registral también irreales y que no son los verdaderos.

Sobre lo último, téngase presente el siguiente apunte: “El libre desarrollo de la personalidad no sólo exige la despenalización de la cirugía y del tratamiento hormonal indicados para que el transexual aproxime su morfología a la propia del sexo que siente como propio, sino también que se le reconozca que éste es su verdadero sexo, en principio, a todos los efectos (...)”¹¹⁷

La nota previa conlleva suma utilidad para nuestra proposición, puesto que nos hace ver que el sexo sentido y vivido (psico-social) del transexual es su verdadero sexo, el mismo que tendrá que ser reconocido jurídicamente y para todos los efectos legales. Entonces, si el sexo real de dicho sujeto no se condice con la integridad física que ostenta, ese aspecto físico y morfología externa tampoco son verdaderas, es decir, tal integridad no es verdadera, sino irreal, por no ser la propia del transexual, siendo por lo tanto su verdadera integridad física aquella que será exteriorizada gracias a los procedimientos médicos de “cambio de sexo”.

¹¹⁵ GARAY, Oscar Ernesto. *Op. Cit.* p. 116.

¹¹⁶ CIEZA MORA, Jairo. “El cambio de sexo y el Derecho a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima. p. 102.

¹¹⁷ GAVIDIA SANCHEZ, Julio V. “El matrimonio del transexual: planteamiento y análisis jurisprudencial”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 07. Julio 2002. <http://vlex.com/vid/194607>. Versión generada por el usuario puperuip. 02 de abril de 2011.

En efecto, si por el derecho a la identidad sexual una persona tiene derecho a que se determine su verdadero sexo y a que se le trate conforme a él, los transexuales -como personas que son- son titulares del derecho a contar con su verdadera integridad personal, que es la integridad física acorde con su identidad de género. Así, un transexual varón-mujer, con originaria apariencia física masculina, ostenta el derecho a su real integridad física, que es la propia del sexo femenino.

Expuesto esto, entendemos con nitidez que la dignidad del ser humano, dignidad que también es inherente a cualquier sujeto transexual, obliga a la comunidad jurídica a tener una visión nueva de lo que es la integridad física de los transexuales y, consecuentemente con ello, de lo que es su correlativo derecho a la integridad personal, visión ciertamente particular pero, consideramos, enteramente justificada por el drama de vida *sui generis* que experimenta este excluido colectivo social.

Y negar a la persona transexual la posibilidad de que cuente con su verdadera integridad física es, primero, imposibilitarle el ejercicio pleno de su derecho a la integridad, y, segundo, es lo mismo que degradarlo en su dignidad, debido a que:

(...) el contenido esencial de la integridad personal se concreta en la inviolabilidad de la corporeidad y en el respeto a la condición de persona que ostentan todos los individuos (...).¹¹⁸

Por todo lo fundamentado hasta este punto, la conclusión principal a la que se arriba y que estimamos fehacientemente probada es que el derecho a la integridad personal de titularidad de los transexuales se ve intensamente fortalecido, maximizado y potenciado en cuanto a su disfrute y ejercicio con la práctica del tratamiento clínico hormonal y quirúrgico de readecuación de órganos sexuales.

Efectivamente, nos queda bastante demostrado que, en sentido contrario a quienes rechazan las terapias médicas de reasignación sexual por considerarlas vejatorias del derecho a la integridad física, el sometimiento de los transexuales a estos tratamientos terapéuticos es muy favorable para el goce del derecho a la integridad personal, sin perjuicio de reconocerse la complejidad de éstos.

De ese modo, tanto la terapia hormonal como la operación de reasignación de sexo no juegan en contra, sino en pro de la integridad personal del individuo transexual. Entonces, tiene mucho sentido afirmar que “(...) la decisión de someterse o no a una intervención compleja, dolorosa y cara como la de adecuación sexual constituye una expresión del derecho a la integridad (...)”¹¹⁹.

Así como el reconocimiento de la dignidad lleva a que la persona humana y su bienestar a plenitud sean el fin supremo de la sociedad y del Estado –declamación parecida a la que está consagrada en el artículo 1° de nuestra Carta Magna, los tratamientos terapéuticos de reasignación de sexo constituyen un medio o instrumento para la consecución de un fin trascendente, como lo es la realización del derecho a la integridad personal, que tiene como fundamento el valor

¹¹⁸ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. *Op. Cit.* p. 39.

¹¹⁹ SIVERINO BAVIO, Paula. *Op. Cit.* p. 59.

Dignidad, valor ínsito en los transexuales y en los demás integrantes de la raza humana.

Por lo anterior es que no debe negarse la legitimidad del sometimiento libre e informado del individuo transexual a la práctica de los tratamientos médicos para “cambio de sexo”, so pretexto de que implican una gravísima lesión a la integridad, cuando más bien “(...) la oposición a efectuar intervenciones quirúrgicas de adecuación de los genitales exteriores resulta ser, precisamente, lacerante de la integridad síquica del sujeto.”¹²⁰

Con el objetivo de deslindar, luego, nuestra postura de cualquier afán de conceptualización absolutista o extremista, viene bien al caso tener presente que respecto al cambio quirúrgico de sexo, en ocasiones, surge la pregunta de “(...) si el individuo humano es dueño absoluto de su cuerpo y puede automutilarse o prestarse a ser mutilado.”¹²¹, considerando que se asegura que “(...) la libertad sobre sí mismo no es absoluta, pues no puede alterar lo que corresponde a su naturaleza y es función del derecho limitar la posibilidad de que alguien se desvíe de sus fines fundamentales (...).”¹²²

Definitivamente y con base en los postulados del Derecho Constitucional, la respuesta a aquella interrogante es negativa, puesto que los derechos fundamentales no son absolutos, al ser posible establecerles legislativamente y de manera justificada ciertos parámetros, como sucede incluso tratándose del derecho a la vida (que a veces puede ser restringido con la imposición de la pena de muerte).

De ese modo, aún los transexuales no tienen un derecho ilimitado sobre su integridad, a disponer a su “libre albedrío” de su cuerpo, pero las extirpaciones quirúrgicas de órganos genitales, la construcción artificial y plástica de otros de ellos, y la inducción hormonal de determinadas mutaciones somáticas son completamente válidas y legítimas cuando de por medio existe la causa justificada del “cambio de sexo” por razón de transexualidad.

3.3 La licitud de la reasignación sexual a la luz del artículo 6° del Código Civil peruano

“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”. Eso reza el artículo 6° de nuestro Código Civil de 1984.

A nivel de la legislación comparada, cabe destacar que un antecedente del artículo 6° es, sin lugar a duda, el artículo 5° del Código Civil italiano de 1942, que reza que: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una

¹²⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea. Buenos Aires, 1992. p. 347.

¹²¹ LOPEZ BOLADO, Jorge. *Los médicos y el Código Penal*. Segunda Edición. Universidad. Buenos Aires, 1987. p. 144.

¹²² GARAY, Oscar Ernesto. *Op. Cit.* p. 122.

disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.”¹²³

Regresando al estudio de la normativa peruana, el artículo 6° de nuestro Código Civil se refiere, en términos generales, a los actos de disposición del cuerpo humano. Entre dichos actos puede sin duda mencionarse la práctica (obviamente consentida) de las cirugías transexuales y el sometimiento (igualmente libre) a la terapia hormonal para readecuación de sexo. No obstante ello, dentro de este tipo de actos también debe incluirse a las donaciones de órganos o tejidos humanos (a las que se hace exclusiva alusión en la última parte del artículo y que se regulan con legislación especial), y a las intervenciones quirúrgicas que involucren amputaciones o mutilaciones de determinados miembros o tejidos, con la finalidad de salvaguardar la vida del paciente o de evitarle daños más graves en su salud.

Cambiando el enfoque, suele afirmarse con bastante frecuencia, y a veces con razón, que las instituciones jurídicas han sido diseñadas de tal manera que la aprehensión de las mismas puede ser llevada a cabo desde diversos ángulos, contradictorios entre sí algunos. De conformidad con esto, no resulta difícil escuchar entre los operadores jurídicos, aunque nos parezca un tanto exagerado, que: “En el campo del Derecho, todo es cuestionable o discutible”.

Así es que surgieron los métodos de interpretación jurídica, para desentrañar el sentido correcto de las diferentes normas que componen el ordenamiento. Una de ellas es este artículo 6°. Ahora bien, cómo se interpreta o lee este artículo, en relación a los procedimientos médicos de reasignación de sexo?

Pensamos que a la norma en cuestión puede darse tres lecturas posibles: una literal y desfasada, otra que llamaremos “intermedia” y la que proponemos, que es la correcta. Enseguida, damos cuenta de las mismas.

3.3.1 Interpretación literal y desfasada del artículo 6° del Código Civil

Seguramente habrá quienes vean en el artículo 6° la justificación (o excusa) perfecta para entender prohibidas las prácticas médicas de reasignación sexual. Cómo así? Como se dijera, las cirugías transexuales, en muchísima mayor medida que la hormonoterapia con fines de readecuación de sexo, conllevan una serie de consecuencias irreversibles y dramáticas, en función de las diversas mutilaciones, extirpaciones físicas y modificaciones hormonales que sufren los transexuales.

Para los que manejan una concepción sesgada y convencional del derecho a la integridad, dichas ablaciones y transformaciones pueden significar un serio atentado a la integridad física y de naturaleza permanente, pues, como se afirma con total rigurosidad aunque de manera coloquial acerca de las operaciones de readecuación de sexo, éstas constituyen un “viaje sin retorno”.

En ese sentido, tomando en cuenta una errada visión de la integridad y del correlativo derecho personalísimo a la integridad personal, bien podría afirmarse que tanto la cirugía genital transexual como la terapia hormonal de “cambio de sexo”, pero muchísimo más la primera que la segunda, se hallan prohibidas a la

¹²³ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Volumen I. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1971. p. 133.

luz del imperativo contenido en el artículo 6° del Código Civil, por implicar los mecanismos clínicos de reasignación de sexo la disminución permanente de la integridad física de aquellas personas que experimentan disforia de género de tipo transexual. Afirmación más que errónea, según lo apuntado en su oportunidad.

En este punto, cabe tener presente que cierto colectivo incluso podría estimar que los actos de disposición del propio cuerpo que involucra la reasignación sexual, contravienen flagrantemente el orden público o las buenas costumbres (que son conceptos bastante relativos y ambiguos, por cierto, con connotaciones de índole ético-moral el segundo), siendo que por ende estarían igualmente prohibidos. Quienes enarbolan esta posición también incurren en ideas equivocadas, aunque no corresponde en la presente investigación detenernos para hacer un análisis más profundo al respecto.

En segundo lugar, es preciso señalar que una postura intermedia nos podría decir que, si bien es cierto la intervención quirúrgica de “cambio de sexo” y el tratamiento hormonal para readecuación de sexo conllevan la disminución permanente de la integridad física (o incluso son contrarios al orden público o las buenas costumbres, pensamiento propio de las mentes más conservadoras y prejuiciosas), ambas técnicas serían lícitas por obedecer su práctica a exigencias derivadas de un estado de necesidad de orden médico.

Aunque lo último es completamente cierto, en el sentido de que la readecuación de sexo viene exigida por la necesidad urgente de restablecer la salud psicofísica de las personas de condición transexual, no se comparte en nada que la puesta en práctica de las terapias médicas de reasignación de sexo signifique la disminución definitiva de la integridad física de los transexuales (y muchísimo menos aún que atente contra el orden público o las buenas costumbres), cuando precisamente se suscita todo lo contrario.

3.3.2 Compatibilidad total de la readecuación sexual con el artículo 6° del Código Civil

Nuestra postura va más allá de la mera posición optimista anterior. En efecto, como ya se expusiera y fundamentara en su momento, somos de la opinión de que las técnicas médicas de readecuación de sexo no sólo no disminuyen de manera permanente e irreversible la integridad física, sino que por el contrario suponen innumerables e inmejorables beneficios en la integridad física de quienes experimentan la llamada “disforia de género”.

Y es que la readecuación sexual, como se sostuviera antes, tiene como principal efecto aliviar en importante grado o, en el mejor de los casos, solucionar los problemas de salud de las personas que experimentan transexualismo, así como también favorecer la integridad física y moral de éstas, y ello por cuanto los transexuales, que están y se sienten atrapados en un cuerpo que en realidad no les corresponde, con el recurso a la hormonoterapia para readecuación de sexo y/o a la cirugía genital transexual obtienen la apariencia física deseada, es decir, el aspecto somático propio de su sexo psicosocial, y que no es más que el opuesto a su sexo biológico.

Algo sustancial de la idea que venimos planteando es compartida por el ilustre jurista nacional Fernández Sessarego, quien admite que la intervención quirúrgica de adecuación de genitales externos no es una mutilación, sino, más bien, una necesaria operación para restablecer o aliviar la salud perdida y, en ciertos casos, para salvar la vida del transexual.¹²⁴

Dicho aquello, si gracias a la readecuación sexual se brinda a los transexuales la morfología exterior (fenotipo) que es connatural a su identidad de género, recién en ese momento su integridad física será tal, de modo que no sería correcto aseverar que la misma se vea disminuída de forma dramática e irreversible, por más que los cambios anatómicos y hormonales sean extremos y permanentes, puesto que los mismos son el medio para la consecución de un fin intensamente perseguido: dotar a las personas transexuales de su real integridad física y que, antes de la cirugía reasignativa o del tratamiento hormonal, se encontraba ausente.

Ahora que se toca el tema de lo que se entiende por “disminución permanente de la integridad” (o de lo que no debe entenderse por tal), la siguiente reflexión ayuda bastante a aclararnos el panorama, siguiendo la misma línea argumentativa que hemos trazado: “Hablando de disminuciones permanentes (...), la extracción de costillas flotantes para así contar con un talle de avispa, o un tabique serruchado también suenan como disminuciones permanentes (...). ¿Se considerarán el o la interesada disminuídos por haber dejado dos costillas en el quirófano? Difícilmente: entonces ¿por qué debe considerarse disminución permanente una lisis tubaria a pedido de la interesada, cuando la pérdida de la capacidad reproductiva no es una secuela disvaliosa sino justamente el efecto buscado?”.¹²⁵

Siendo así, la reasignación sexual sirve de mucho a que los transexuales puedan disfrutar de esa integridad personal antes tan negada, por haberse encontrado su aspecto físico disonante con la morfología externa que es propia del sexo que corresponde a su identidad de género, de suerte que este tipo de acto de disposición del propio cuerpo es perfectamente lícito y no agrede el artículo 6° de marras.

Para concluir, nos queda ratificar que los actos de disposición del cuerpo que se traduzcan en el sometimiento a intervenciones quirúrgicas o a tratamientos hormonales de reasignación de sexo no se encuentran proscritos por la aplicación directa del artículo 6° del Código Civil peruano, ni por ninguna otra norma del ordenamiento civilista, salvo mejor parecer.

¹²⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Sexualidad y Bioética: la problemática del transexualismo”. En: *Foro Jurídico*. Año III. N° 5. Abril 2006. Editora Jurídica Grijley. Lima. p. 58.

¹²⁵ SIVERINO BAVIO, Paula. “A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo: un análisis desde el ordenamiento jurídico-peruano”. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año III. N° 5. Junio 2011. La Ley. Buenos Aires. p. 222.

Conclusiones

1. El estudio de la transexualidad o el transexualismo, en cuanto realidad compleja que debe ser materia de análisis multidisciplinario, tiene que partir del estudio previo del sexo y de su diversidad de componentes, entre los que la preeminencia corresponde al que sería el género (o sexo psicológico), y en donde el sexo biológico es un producto de la naturaleza, en tanto que el sexo psicológico se manifiesta en el plano social o cultural.
2. La transexualidad, que no puede ser confundida con otras variaciones de la sexualidad, y que es denominada por algunos especialistas como “trastorno de identidad de género”, se define básicamente como la divergencia extrema y de dolorosas secuelas entre el sexo biológico (faceta estática del sexo) y el sexo psicológico o psicosocial (faceta dinámica del sexo), siendo que esa disociación se encuentra relacionada con la identidad sexual.
3. La solución médica para el drama del transexual pasa por el sometimiento a dos tipos de tratamiento para la readecuación sexual: i) la intervención quirúrgica de reasignación de genitales externos, de consecuencias irreversibles, que permite el mayor acercamiento a la apariencia morfológica propia del sexo sentido y vivido, atendiendo a la inmutabilidad del sexo biológico, y, ii) la terapia hormonal, que es un buen complemento de la cirugía.
4. El Derecho se involucra directamente en el tema de la transexualidad a raíz de la necesaria realización de la reasignación de sexo y más todavía con las demandas judiciales de cambio de sexo legal y de pre-nombres, siendo el resultado esperado el reconocimiento jurídico pleno de la nueva identidad sexual del transexual, mediando el respeto hacia la dignidad y los “derechos de la personalidad” del último.
5. Dos de los derechos de la personalidad aludidos son el derecho a la integridad y el derecho a la salud. Por el primero, se tutela la indemnidad del ser, a través de la proscripción de la provocación de lesiones en los planos físico y moral de la persona. El segundo se refiere a la facultad de mantener la normalidad orgánico-funcional física y psicológica, y de restablecerla después de afectada por cierta perturbación.
6. En el Perú no existe regulación alguna de las implicancias jurídicas del transexualismo, lo cual no quiere decir que no se hayan interpuesto demandas con pretensiones de cambio de sexo registral, de pre-nombres y con pedidos análogos, puesto que la judicatura local viene conociendo un número de procesos cada vez mayor sobre estas cuestiones, apreciándose una tendencia progresiva hacia la estimación de las demandas respectivas.
7. La legislación que en el país rija, en algún momento, tendría que determinar como requisitos más relevantes para la estimación de las demandas de cambio de sexo registral los siguientes: i) comprobación de la transexualidad, ii) capacidad de discernimiento y mayoría de edad del demandante, iii) esterilidad del transexual, iv) estado civil de no casado del transexual, y, v) entrevista personal al transexual.
8. A nivel del Derecho Comparado, el caso español es ejemplificador, por motivo del dictado de la Ley 3/2007 del 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Por su parte, en Argentina se encuentra vigente la novísima Ley 26.743, Ley de Identidad de Género, que declara la procedencia de la modificación registral del sexo y pre-nombres por motivo de transexualidad.

9. La opinión casi unánime de especialistas médicos y psicólogos clínicos expertos en temas de transexualidad nos lleva a afirmar tajantemente que la práctica de los procedimientos médicos de reasignación de sexo (cirugía genital transexual y hormonoterapia) constituye un importantísimo aporte para la recuperación y rehabilitación del buen estado de salud del transexual, tanto en sus dimensiones física, mental y social.
10. La estrechísima interrelación e interdependencia entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad, sirve para deducir que el mismo rol que desarrollan las terapias clínicas de readecuación de sexo en favor de la salud de los transexuales, es también extensible en lo que respecta al derecho a la integridad de los últimos, es decir, que tales procedimientos fortalecen el disfrute del ejercicio del derecho a la integridad física y moral del transexual.
11. La dignidad, valor fundante del ordenamiento jurídico peruano incluyendo nuestro sistema de derechos y ampliamente reconocida en el transexual, ostenta una especialísima relación con el derecho a la integridad, en el sentido de que la corporeidad humana es expresión directa de la dignidad y uno de sus ámbitos más significativos, por lo que la invocación al valor dignidad es clave en la lectura jurídica de la problemática transexual.
12. La dignidad entonces obliga a dejar de lado la tradicional rigidez interpretativa de las instituciones jurídicas y, por ende, vincula a la realización de una lectura progresista, flexible y posmoderna del derecho a la integridad personal, basada principalmente en la concepción misma que los transexuales tienen acerca de su integridad, que en su plano moral presenta una relación peculiar con la esfera de autodeterminación de todo sujeto.
13. Si los transexuales “están atrapados en un cuerpo que no es suyo”, esa integridad física que exhiben es falsa y meramente aparente, por lo que la readecuación médica de sexo será bienvenida para lograr la exteriorización de la verdadera y real morfología e integridad física del transexual, y de esa misma manera será de sumo provecho para conseguir el pleno ejercicio del derecho a la integridad personal de los transexuales.
14. En ese sentido, la incidencia favorable de los mecanismos clínicos de reasignación sexual en la salud de los transexuales y la estrecha vinculación entre los derechos a la salud y a la integridad, lo mismo que la peculiar visión que hemos planteado acerca del derecho a la integridad personal y basada en el valor dignidad, comprueban la tesis sobre el rol favorable que juegan los tratamientos de readecuación de sexo en la maximización del disfrute y ejercicio del derecho a la integridad personal por los transexuales.
15. Como corolario, descartamos totalmente que el artículo 6° del Código Civil peruano pueda ser utilizado para sostener la ilicitud de la cirugía genital transexual y de la terapia hormonal con fines de reasignación de sexo, puesto que, acorde a lo demostrado, los procedimientos médicos indicados constituyen una herramienta de tutela del derecho a la integridad personal y, de ese modo, el sometimiento a los mismos no conlleva disminución permanente alguna de la integridad física del sujeto transexual.

Bibliografía

BUSTOS MORENO, Yolanda B.

La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

En: <http://vlex.com/vid/54107677>, <http://vlex.com/vid/54110105>, y
<http://vlex.com/vid/54111003>.

CACERES, Carlos y Sandra VALLENAS (Coordinadores).

La salud como derecho ciudadano. Perspectivas y propuestas desde América Latina.

Fondo Editorial de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Lima, 2003.

CIEZA MORA, Jairo.

“El cambio de sexo y el Derecho a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Peruano”.

En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima.

CIFUENTES, Santos.

“El genoma humano y el derecho civil”.

En: *Artículos de Doctrina*. N° 4. Enero 2004. Editorial Astrea. <http://vlex.com/vid/26542377>.

CIFUENTES, Santos.

“Solución para el pseudohermafroditismo y la transexualidad”.

En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año II. N° 3. Julio 1996. Gaceta Jurídica. Lima.

DE LAS HERAS GARCIA, Manuel Angel.

“Singular referencia a la vida e integridad física”.

En: *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Enero 2005. <http://vlex.com/vid/297081>.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan.

Derecho de las Personas.

Quinta Edición. Rhodas. Lima, 2006.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.

Derecho a la identidad personal.

Astrea. Buenos Aires, 1992.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.

“Sexualidad y Bioética: la problemática del transexualismo”.

En: *Foro Jurídico*. Año III. N° 5. Abril 2006. Editora Jurídica Grijley. Lima.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.

“Una justa solución jurisprudencial al drama humano de la transexualidad”.

En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima.

GARAY, Oscar Ernesto.

Código de Ética de los Médicos.

Ad Hoc. Buenos Aires, 2000.

GARCIA TOMA, Víctor.

Los derechos fundamentales.

Segunda Edición. Editorial Adrus. Lima, 2013.

GAVIDIA SANCHEZ, Julio V.

“El matrimonio del transexual: planteamiento y análisis jurisprudencial”.

En: *Revista de Derecho Privado*. N° 07. Julio 2002. <http://vlex.com/vid/194607>.

GAVIDIA SANCHEZ, Julio V.

“El matrimonio del transexual y el marco constitucional”.

En: *Revista de Derecho Privado*. N° 2002-09. Setiembre 2002. <http://vlex.com/vid/194363>

GOMEZ GIL, Esther y Josep-María PERI NOGUES.

Transexualidad: un reto para el sistema sanitario español.

En: <http://www.transexualia.org/DOCUMENTACION/retosistemasanitario.pdf>.

GONZALEZ MAGAÑA, Ignacio.

“Derecho a la identidad sexual y conformación de la identidad de género”.

En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV. N° 8. Setiembre 2012. La Ley. Buenos Aires.

GRANDEZ CASTRO, Pedro.

El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos.

Palestra Editores. Lima, 2011.

LOPEZ BOLADO, Jorge.

Los médicos y el Código Penal.

Segunda Edición. Universidad. Buenos Aires, 1987.

MEDINA, Graciela.

“Transexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre”.

En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año 6. N° 16. Enero 2000. Gaceta Jurídica. Lima.

MESIA RAMIREZ, Carlos Fernando.

Derechos de la persona: dogmática constitucional.

Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2004.

MESSINEO, Francesco.

Manual de Derecho Civil y Comercial.

Volumen I. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1971.

MOSQUERA VASQUEZ, Clara Celinda.

“Los derechos de las minorías transexuales”.

En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Año 12. Enero 2007. Gaceta Jurídica. Lima.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando.

El derecho a la integridad personal en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.

Editorial San Marcos. Lima, 2004.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David.

Transexualidad y Cirugía. Propuesta de un texto alternativo para el artículo 110 del Proyecto de Código Civil argentino y el artículo 13 del nuevo Código Civil brasileño.

RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo David.

Vida, cuerpo y Derecho: los derechos personalísimos sobre la integridad física, hoy.

Ediciones Dunken. Buenos Aires, 1998.

SCHIPANI, Sandro.

La persona en el sistema jurídico latinoamericano: contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas.

Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995.

SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús.

“El derecho a la identidad y el cambio de nombre por cambio de sexo”.

En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 80. Octubre 2007. Gaceta Jurídica. Lima.

SHIBLEY HYDE, Janet y John D. DELAMATER.

Sexualidad Humana.

Novena Edición. Mc Graw Hill Interamericana. México, 2006.

SIVERINO BAVIO, Paula.

“A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo: un análisis desde el ordenamiento jurídico-peruano”.

En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año III. N° 5. Junio 2011. La Ley. Buenos Aires.

SIVERINO BAVIO, Paula.

“El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina”.

En: *Ius et Veritas*. N° 41. Diciembre 2010. Lima.

SOLEY-BELTRAN, Patricia.

Transexualidad y la matriz heterosexual.

Edicions Bellaterra. Barcelona, 2009.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.

Derecho Deportivo en el Perú.

Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, 2008.

VIDIELLA, Graciela.

El derecho a la salud.

Eudeba. Buenos Aires, 2000.

VILLANUEVA FLORES, Rocío.

Derecho a la salud., perspectiva de género y multiculturalismo.

Palestra Editores. Lima, 2009.

VILLANUEVA FLORES, Rocío.

Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Director).

Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil.

Dykinson. Madrid, 2008.