



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

EL CAMBIO DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Autor: Sacha Rohán Fernández Cabrera
C.I.: 11.230.361
Tutor: Raúl Arrieta Cuevas

Caracas, mayo 2013



CENTRAL UNIVERSITY OF VENEZUELA
FACULTY OF LAW AND POLITICAL SCIENCES
CENTER FOR POSTGRADUATE STUDIES

THE CHANGE OF GENDER IN THE VENEZUELAN LEGAL SYSTEM

Author: Sacha Rohán Fernández Cabrera
C.I.: 11.230.361
Tutor: Raúl Arrieta Cuevas

Caracas, may 2013



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

EL CAMBIO DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Trabajo presentado como requisito para optar al grado Académico de
Doctor en Ciencias Mención Derecho

Autor: Sacha Rohán Fernández Cabrera
C.I.: 11.230.361
Tutor: Raúl Arrieta Cuevas

Caracas, mayo 2013

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de Tutor del Trabajo Especial elaborado por el ciudadano SACHA ROHÁN FERNÁNDEZ CABRERA, para optar al Título de Doctor en Ciencias Mención Derecho, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En Caracas a los _____ (____) días del mes de mayo de 2013.

Raúl Arrieta Cuevas
C.I. 13.339.524

CAMBIO DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Por: SACHA ROHÁN FERNÁNDEZ CABRERA

Trabajo Especial aprobado en nombre del Centro de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, por el siguiente jurado, a los _____ (____) días del mes de mayo de 2013.

ÍNDICE

	Pág(s).
Resumen	XIII
Abreviaturas utilizadas	XV
Introducción	XVII
I. EL PROBLEMA	XVIII
Planteamiento del Problema	XVIII
Objetivos	XIX
Objetivos Generales	XIX
Objetivos Específicos	XIX
Justificación del Problema	XX
III. HIPÓTESIS O PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	XXI
Capítulo II METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN, objetivos propuestos, tipo de trabajo y estudio	XXI
III. MARCO TEÓRICO	XXII
Capítulo I. Aspecto médico	1
1. Criterios para identificar el sexo	1
1.1 Las dificultades atinentes a los conceptos de sexo y género	4
1.2 El sexo, el género, la identidad de género, expresión de género, rol del género, orientación sexual transexualidad, travestismo, reasignación de sexo e intersexualidad	8
2. Etimología de la palabra hermafrodita	12
3. Concepto de hermafrodita	12
4. Concepto de hermafroditismo o intersexualismo	13
4.1 Hermafroditismo femenino	14
4.2 Pseudohermafroditismo femenino	15
4.3 Hermafroditismo masculino	15
4.4 Pseudohermafroditismo masculino	16
4.5 Pseudohermafroditismo masculino con mosaicismo XO/XY	16
4.6 Síndrome testicular feminizante	17
4.7 Hermafroditismo verdadero	17
4.8 Lactantes con genitales ambiguos	18
5. El transexualismo	19
6. Concepto de transexualismo	21
7. El trastorno de identidad de género como categoría médica reconocida	25
7.1 La caracterización inicial en el DSM III	26
7.2 La reformulación en el DSM IV	27
7.3 La consagración o reconocimiento en la CIE	30

7.4 La reformulación en el DSM V	32
8. La etiología del trastorno de la identidad de género	33
8.1 La teoría psicológica	33
8.2 La teoría biológica	35
9. Protocolo de tratamiento del trastorno de identidad de género	39
10. Posturas desde el punto de vista médico	44
10.1 Postura negativa	44
10.2 Postura positiva	45
11. La confidencialidad y el deber médico de guardar el secreto	47
Conclusiones del aspecto médico	50
Capítulo II. Consideraciones necesarias en el ámbito jurídico	54
1. Aspecto jurídico	54
1.1 Persona jurídica	54
A. Persona jurídica	55
B. Persona natural	55
C. Persona colectiva	55
1.2 Estado civil. Estado personal	57
1.3 Persona física. Su identificación	64
A. El derecho a la identidad	64
B. El <i>status</i> de persona como identidad. La identidad del sujeto. Las contraseñas de identidad. Derecho a las rectificaciones del acta de nacimiento	65
C. Los medios de prueba de la identidad (la identificación) de la persona y los aspectos publicísticos de la identificación. La continuidad de la personalidad	68
1.4 Derechos de la personalidad	75
A. Derecho a la individualidad o identidad	81
B. Derechos sobre el cuerpo o derecho sobre la integridad física o corporal y a disponer del propio cuerpo (vivo)	83
1.5 Nombre civil de las personas naturales. Derecho sobre el nombre	88
1.6 El nombre civil y el sexo en el derecho internacional privado	102
1.7 Derecho registral	104
A. Rectificación	110
Conclusiones del Aspecto jurídico	112
Capítulo III. Derecho de familia y sucesiones	115
1. Derecho de familia	115
1.1 Matrimonio	117
A. Viabilidad de matrimonio de transexuales e intersexuales, la diversidad de sexo, expresión libre e informada de voluntad como requisitos, y la falta de impotencia para la celebración y validez del matrimonio	118
B. Posición que niega la posibilidad de matrimonio	120
C. Posición que acepta la posibilidad de matrimonio	127

1.2 Las uniones estables de hecho	138
1.3 La filiación	143
A. La filiación por naturaleza o natural	144
B. La filiación mediante técnicas de reproducción asistida	145
C La filiación por adopción	148
1.4 Las relaciones paterno-filiales	157
2. Derecho sucesorio	161
Conclusiones sobre el derecho de familia y sucesiones	165
 Capítulo IV. Derecho laboral	 171
1. Generalidades	171
2. El derecho laboral y el derecho a la igualdad y no discriminación	173
3. El contrato de trabajo y la relación de trabajo	181
4. El salario	189
5. Participación en los beneficios (las utilidades)	191
6. Jornada de trabajo y descanso	192
7. Estabilidad, suspensión y terminación del contrato de trabajo	194
8. Derechos colectivos	208
9. Convención colectiva	214
10. Conflicto colectivo	216
11. Accidentes de trabajo	217
12. Consideraciones finales	221
Conclusiones sobre el derecho laboral	223
 Capítulo V. Derecho penal	 227
1. ¿Conductas sexuales disfuncionales y/o patológicas desde el punto jurídico?	227
1.1 Violación	228
1.2 Actos lascivos	234
1.3 Acto carnal	235
1.4 Seducción con promesa matrimonial	237
1.5 Incesto	238
1.6 Ultraje al pudor	239
1.7 Rapto	240
1.8 Proxenetismo y corrupción	241
1.9 Adulterio	242
1.10 Bigamia	244
1.11 Esclavitud sexual	244
1.12 Acoso sexual	245
1.13 Trata de mujeres, niñas y adolescentes	246
2. De las lesiones personales	247
3. Derecho comparado	249
Conclusiones sobre el derecho penal	262
 Capítulo VI. Conscripción militar	 265
1. Servicio militar	265

Conclusiones sobre el servicio militar	271
Capítulo VII. Ámbito deportivo	272
1. El deporte y la Constitución	272
2. El deporte y los intersexuales, transexuales y transgéneros	276
3. Los deportistas y el trabajo	286
Conclusiones sobre el ámbito deportivo	287
Capítulo VIII. Seguros	290
1. Consideraciones generales	290
2. El contrato de seguro	290
3. El seguro y los intersexuales, transexuales y transgéneros	292
3.1 En relación a los elementos del contrato de seguro	293
3.2 En cuanto a los sujetos del seguro	298
3.3 Clases de seguros	300
3.4 La póliza de seguro	303
3.5 Clasificación de las pólizas	307
3.6 El coaseguro	309
3.7 El infraseguro o subseguro	311
3.8 El sobreseguro	311
3.9 Obligaciones del asegurador	312
3.10 Obligaciones del asegurado-tomador	316
3.11 Causas de terminación y disolución del contrato de seguros	319
3.12 La buena fe en los contratos de seguros	320
3.13 El sistema mutual de seguros y las cooperativas	321
Conclusiones sobre el seguro	324
Capítulo IX. El ordenamiento jurídico en relación a los derecho humanos	326
1. Los derechos humanos	326
2. Relación entre el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad	330
3. Dignidad de la persona humana	332
4. Derecho a la libertad	337
5. Derecho a la identidad	339
5.1 Derecho a la identidad sexual	343
A. Argumentos en contra del reconocimiento del derecho a la identidad sexual	352
B. Argumentos a favor del reconocimiento al derecho a la identidad sexual	354
C. El derecho a la identidad sexual en el derecho positivo. Su construcción jurídica (<i>lege ferenda</i>)	356
6. Derecho a la identificación	356
7. Derecho a la libertad sexual	360
8. El derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo	362
9. El derecho a la salud	365

10. El derecho a la intimidad, a la vida privada y a la propia imagen	371
11. El derecho a la integridad psicofísica y moral	378
12. Derecho al honor y a la reputación	379
13. Protección de los derechos de la personalidad a través de la indemnización por daño moral	382
14. Algunas Constituciones y justicia constitucional comparada	383
15. Tratados Internacionales	386
16. El Comité de Derechos Humanos de la ONU	392
17. El Consejo de los Derechos Humanos	396
17.1 L.9 Rev1 (14/06/2011)	396
18. Sesión relativa a la violación de Derechos Humanos por Orientación Sexual e Identidad de Género e Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos	397
19. Comentarios Generales de los Órganos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos	398
19.1 Comité de los Derechos del Niño	398
19.2 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	399
19.3 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)	400
20. Algunas Resoluciones de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género	402
21. La Convención Americana Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes	402
22. Los Principios de Yogyakarta	402
23. La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos	408
24. Algunas Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), sobre la orientación sexual e identidad de género	409
24.1 Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)	409
24.2 Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)	410
24.3 Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10)	411
24.4 Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11)	411
24.5 Resolución AG/RES 2721 (XLII-O/12)	412
25. Normativa Nacional que regula el tema	413
25.1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	413
25.2 Otros instrumentos legales en el ordenamiento jurídico venezolano	414
25.3 Posición adoptada por los órganos del Estado venezolano	415
Conclusiones sobre el ordenamiento jurídico en relación a los derechos humanos	417
Capítulo X. Posibles soluciones jurídicas	421
1. Consideraciones de tipo procesal	421

Primera solución posible (procedimiento de rectificación de partidas)	424
Segunda solución posible (procedimiento de rectificación de partidas por control difuso de la Constitución)	436
Tercera solución posible (modificación del estado civil)	446
Cuarta solución posible (acción mero declarativa de estado civil)	457
Quinta solución posible (habeas data)	464
Sexta solución posible (cambio de sexo propiamente dicho)	474
Séptima solución posible (acción de amparo)	481
Octava solución posible (procedimiento ordinario)	482
Novena solución posible (procedimiento administrativo)	483
Nuestra propuesta (acción autónoma indeterminada)	485
Conclusiones sobre las posibles soluciones jurídicas	496
Conclusiones generales	504
Bibliografía empleada y consultada	514
Páginas de internet consultadas	538



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIO DE POSTGRADO

EL CAMBIO DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Autor: Sacha Rohán Fernández Cabrera
C.I.: 11.230.361
Tutor: Raúl Arrieta Cuevas

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho

El Cambio de Género en el Ordenamiento Jurídico Venezolano

Autor: Sacha Rohán Fernández Cabreara

Tutor: Dr. Raúl Arrieta Cuevas

Fecha: mayo 2013

RESUMEN

El propósito de este trabajo es establecer cómo con la normativa legal vigente en el ordenamiento jurídico venezolano se puede dar una solución coherente y adecuada a la situación de los intersexuales, transexuales y transgéneros que proceden o no a una reasignación quirúrgica de sexo, a los fines de regularizar su identidad e identificación. Para ello se establecieron los siguientes objetivos específicos: a) entender los aspectos médicos del hermafroditismo, intersexualismo, transexualismo y transgéneros; b) observar el impacto que tiene esta situación en el ordenamiento jurídico y las distintas instituciones como la del matrimonio, la adopción, los negocios jurídicos, los contratos, la documentación de identificación, los documentos públicos, entre otros; c) establecer una cotejo con el derecho comparado y las soluciones que se le han dado a estas situaciones; d) buscar dar una solución adecuada a estos hechos con las herramientas que nos permita el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los efectos e impacto en el derecho y en la sociedad, y que se adapte a las nuevas realidades jurídicas mundiales, en la que prepondera la protección de los derechos humanos; e) proponer las soluciones jurídicas más adecuadas que se han de tomar para realizar las correspondientes modificaciones legislativas; y, f) dar las herramientas necesarias a los operadores de justicia. Las interrogantes que la investigación se planteó fueron las siguientes: ¿el sexo es invariable?, ¿el ordenamiento jurídico venezolano puede dar respuestas adecuadas?, ¿hay solución legal a las situaciones familiares, laborales y de otras áreas del derecho?, ¿existen vías procesales adecuadas para tratar integralmente estos casos?. La metodología empleada fue descriptiva, utilizando el método inductivo principalmente, además de los métodos de análisis y síntesis y el método histórico-diacrónico. La primera fase se efectuó tomando en consideración la lectura de textos y leyes nacionales y extranjeros y de la jurisprudencia nacional. La segunda fase, estaba conformada por técnicas de investigación documental que se fundamentaron en el análisis de las principales fuentes bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales nacionales y extranjeras que regulan la materia. Finalmente, se generaron las siguientes conclusiones: a) No existe una legislación que regule de manera general el tema; b) La jurisprudencia ha sido variante en cuanto a mecanismo procesal adecuado para dar solución a estos casos; y, c) Se requiere que se legisle de manera integral sobre este tema y se establezca un mecanismo procesal que permita abarcar todos los aspectos involucrados.

Descriptores: Sexo, cambio de sexo, transexual, intersexual, transgénero, derechos humanos, derechos de la personalidad, identidad, identificación, registro, derecho de familia, derecho laboral, seguros, deportes, derecho penal, procesos judiciales.

**Central University of Venezuela
Faculty of Law and Political Sciences
Center for Postgraduate Studies
Mention PhD in Law**

The Change of Gender in the Venezuelan Legal System

Author: Sacha Rohán Fernández Cabreara

Tutor: Dr. Raúl Arrieta Cuevas

Date: May 2013

ABSTRACT

The purpose of this work is to establish how the current legislation in the Venezuelan legal system can provide a consistent and appropriate solution to the situation of intersex, transsexual and transgender that merit or not a surgical sex reassignment, in order to regularize their identity and identification. This will set out the following objectives: a) understand the medical aspects of hermaphroditism, intersexualism, transsexualism and transgenderism b) observe the impact of this situation in the legal system and the various institutions as marriage, adoption, legal transactions, contracts, identification documents, public documents, etc.; c) establish a revision with comparative law and the solutions that have been given to these situations, d) search for an appropriate solution to these facts with the tools that allow the legal system, taking into account the effects and impact on law and society, and to adapt to new global legal realities in which predominates the protection of human rights, e) propose the most appropriate remedies to be taken to make the necessary legislative changes and, f) give the necessary tools to justice operators. The research questions that were raised were as follows: Is sex invariable?, Can the Venezuelan legal system provide appropriate responses, and is there a legal solution to family situations, work and other areas of law?, Are there appropriate processes to comprehensively address these cases?. The methodology used was descriptive, using the primarily inductive method, in addition to methods of analysis and synthesis and the historical-diachronic. The first phase was carried out taking into consideration the reading of texts and national laws and international and national jurisprudence. The second phase consisted of documentary research techniques, that were based on the analysis of the main bibliographical sources, legislation and case laws governing domestic and foreign matter. Finally, we generated the following conclusions: a) There is no legislation governing the subject in general, b) The jurisprudence has not been consistent in terms of proper procedural mechanism to resolve these cases, and c) It is required to be legislate comprehensively on this issue and establish a procedural mechanism, that can encompass all the aspects involved.

Descriptors: Sex, sex change, transgender, intersex, transgender, human rights, rights of personality, identity, identification, registration, family law, employment law, insurance, sports, criminal law, litigation.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	=	Artículo.
Art. (s)	=	Artículo(s).
CADH	=	Convención Americana de Derechos Humanos.
CC	=	Código Civil.
CDN	=	Convención de Derechos del Niño.
CEC	=	Código de Enjuiciamiento Criminal
CEDH	=	Comisión Europea de Derechos Humanos.
CICPC	=	Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.
CIE	=	Clasificación Internacional de Enfermedades.
CIJ	=	Corte Internacional de Justicia.
COI	=	Comité Olímpico Internacional.
CP	=	Código Penal
CPC	=	Código de Procedimiento Civil.
CRBV	=	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
DDHH	=	Derechos Humanos.
DSM	=	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders.
DIP	=	Derecho Internacional Público.
ed.	=	Edición.
Edit.	=	Editorial.
Edic.	=	Ediciones.
etc.	=	Etcétera.
exp.	=	Expediente.
G.O.	=	Gaceta Oficial.
G.O. Ext.	=	Gaceta Oficial Extraordinaria.
LAA	=	Ley de la Actividad Aseguradora.
LCS	=	Ley del Contrato de Seguro.
LEDTTR	=	Ley Especial para la Dignificación de Trabajadoras y Trabajadores Residenciales.
LESRA	=	Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros
LGBT(TI)	=	Lesbianas, Gay, Bisexuales, Transexuales, Transgéneros e Intersexuales.
LODMVLV	=	Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia.
LODO	=	Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada.
LOI	=	Ley Orgánica de Identificación.
LOPCYMAT	=	Ley Orgánica de Prevención de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.
LOPNNA	=	Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

LORC	= Ley Orgánica de Registro Civil.
LOTTT	= Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras.
Nº	= Número.
OEA	= Organización de Estados Americanos.
OIT	= Organización Internacional del trabajo.
OMC	= Organización Mundial del Comercio.
OMPI	= Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
OMS	= Organización Mundial de la Salud.
ONG	= Organizaciones no Gubernamentales.
ONU	= Organización de Naciones Unidas.
Op. Cit.	= Opus Citae (obra citada).
ord.	= Ordinal.
p.	= Página.
PIDCP	= Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
pp.	= Páginas.
SC	= Sala Constitucional.
ss.	= Siguietes.
T.	= Tomo.
TEDH	= Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TSJ	= Tribunal Supremo de Justicia.
UE	= Unión Europea.
UNESCO	= Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
Vol.	= Volumen.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos hemos planteado realizar un análisis del tema del intersexualismo o hemafroditismo, el transexualismo y los transgéneros en cuanto al impacto que tiene en el ámbito jurídico su situación particular, específicamente en los puntos referentes a la modificación del estado civil y de la partida de nacimiento en cuanto nombre y sexo, los efectos que produce en la institución del matrimonio y la adopción, así como otras áreas del derecho.

La idea de esta investigación es tratar de dar una orientación y fundamentos jurídicos a todos los estudiosos del derecho, junto con una solución que sea viable para los jueces en el momento de sentenciar sobre la materia sin tener que estar improvisando sobre este tema para poder encontrar una solución y no dejar de impartir justicia al ciudadano que hace la solicitud de la misma y que desea encontrar una respuesta a su requerimiento.

Las limitaciones con que se ha de encontrar cualquier persona que toque este aspecto jurídico del derecho venezolano es que no se encuentra nada escrito al respecto en nuestro país de una manera profunda y completa, así como que la jurisprudencia existente es contradictoria y no da fundamentaciones realmente sólidas para explicar el por qué dan esa solución al conflicto que se les presenta a ser tratado y sentenciado por ellos, donde incluso varias de esas sentencias sólo se limitan a la parte narrativa de la misma, dejando poco desarrollada la parte motiva, con lo cual deja casi nula o nula por completo la parte dispositiva en cuanto a su fundamentación.

En esta obra daremos primero los conceptos básicos en el aspecto médico para conocer su significado y luego pasaremos a realizar el análisis de lo que es el estado civil; los derechos de la personalidad; el nombre; y el registro de las partidas de nacimiento, de cuando procede su modificación y las diferentes soluciones que se puedan dar, junto con las consideraciones correspondiente de porque es procedente o no una solución; su vinculación con los derechos humanos como el libre desenvolvimiento de la personalidad, la determinación sexual, el proyecto de vida, la calidad de vida, entre otros; de igual modo se

procederá con respecto a sus efectos en la institución del matrimonio y la adopción, por lo que daremos la solución que a nuestro entender es la más viable, ideal o apta para cada caso, todo esto empleando la doctrina internacional, la jurisprudencia que al respecto existe en los tribunales patrios y haciendo referencia en algo de derecho comparado, su jurisprudencia y las soluciones que ellos dan a éstos dan a estos casos, culminando con las conclusiones que respecto del tema se ha llegado.

I. EL PROBLEMA

1. Identificación y justificación del objeto de estudio. Planteamiento del Problema

Lo que se pretende con el presente trabajo de tesis doctoral es realizar un estudio de los conflictos que aparecen en el ordenamiento jurídico venezolano ante ciertas realidades que se dan en cuanto a la ciencia médica y que permiten al ser humano realizar un cambio de género sexual en razón de los avances científicos, lo cual genera indudablemente un impacto en el mundo del derecho, que obliga a que se generen avances, cambios y transformaciones de conformidad con las épocas, autores, circunstancias, sistemas políticos, espacios geográficos y en particular, en cuanto a cómo se está transformando el ordenamiento jurídico actualmente ante este fenómeno que fuerza a que las instituciones del derecho se adapten ante esta nueva realidad.

Se verá y estudiará el concepto de hermafroditismo, intersexualismo, transexualismo y transgénero, a los fines de entender mejor y poder determinar cómo han de darse las soluciones jurídicas ante estos hechos, al igual de cómo ha de adaptarse el ordenamiento jurídico a las circunstancias que le rodean y que le afectan en cuanto a su contenido. Por ello, trataremos de ver si es posible dar dentro de nuestra legislación actual una solución apta y armónica a estas situaciones o si ello no es posible, cómo han de modificarse las normas para dar una solución óptima al mismo.

Se observará de manera genérica la evolución de las soluciones que se han dado en nuestro país a estas situaciones y cómo se han solucionado en el derecho comparado, así como la importancia de encontrar una solución adecuada que sirva en nuestra actualidad, ante estos hechos que tienen incidencias en distintas áreas del derecho.

La importancia de esto es poder encontrar con nuestro ordenamiento jurídico actual una solución correcta, justa y adecuada a estos casos que se presentan, que permita al juzgador, abogados y demás usuarios del sistema de justicia, poder determinar cuáles son los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las causas y dar las soluciones adecuadas, así como el señalar las modificaciones necesarias que se han de dar en el ámbito legislativo para responder de la manera más correcta ante estas realidades que sirvan de orientación a la rama legislativa del Poder Público Nacional.

2. Objetivos

2.1 Objetivos Generales

Tratar de determinar las soluciones jurídicas aptas y adecuadas ante las transformaciones de género en las diferentes áreas del derecho adaptados a la actual realidad mundial, observando y tomando en cuenta el derecho comparado y teniendo en gran consideración la protección de los derechos humanos, así como las influencias de las circunstancias externas que le rodean, aunado a las sugerencias de cambios legislativos que se han de dar en Venezuela por parte de la Asamblea Nacional.

2.2 Objetivos Específicos

Entender los aspectos médicos del hermafroditismo, intersexualismo, transexualismo y transgéneros.

Observar el impacto que tienen en el ordenamiento jurídico en las distintas instituciones como la del matrimonio, la adopción, los negocios jurídicos, los

contratos, la documentación de identificación, los documentos públicos, entre otros.

Establecer una comparación con el derecho comparado y las soluciones que se le han dado a estas situaciones.

Buscar dar una solución adecuada a estos hechos con las herramientas que nos permitan usar el ordenamiento jurídico venezolano vigente, teniendo en cuenta los efectos e impacto que tienen tanto en el derecho como en la sociedad, y que se adapte a las nuevas realidades jurídicas y mundiales, en la que posee gran preponderancia la protección de los derechos humanos.

Proponer las soluciones jurídicas más adecuadas que se han de tomar para realizar las correspondientes modificaciones legislativas.

Dar las herramientas necesarias a los operadores de justicia para que den las soluciones aptas a estos casos con el ordenamiento jurídico vigente y tratar de hacer que eviten cometer los errores efectuados hasta la presente fecha.

3. Justificación del Problema.

La investigación se realiza en vista de las diferentes soluciones que se han dado a estos hechos por parte de los tribunales de la República y considerando la realidad actual de un mundo cambiante en los aspectos científicos, en el que surge ahora la posibilidad de cambiar el género sexual de la persona a voluntad de ésta, lo cual tiene un impacto e incidencia en el mundo jurídico. Razón por la cual se pretende adoptar una respuesta ante lo que actualmente debe ser considerado como las respuestas jurídicas adecuadas para estos hechos, observando si se puede llegar a una armonización de estas soluciones que se deben dar en las distintas áreas jurídicas (derecho de familia, derecho civil, derecho mercantil, derecho público, etc.), todo dentro del respeto de los derechos humanos y una adecuada administración de justicia, así como señalar las sugerencias de los cambios legislativos que se han de realizar, ya que pretendemos demostrar, el ordenamiento jurídico venezolano actual se encuentra anacrónico frente a estos casos, debiendo acudir a elaborados razonamientos

jurídicos para poder dar las soluciones correctas a estos casos, debiéndose llegar a la conclusión de que es necesaria una adaptación del ordenamiento jurídico, así como producir un cambio en la manera que hasta ahora los tribunales han resuelto estos hechos.

Con este análisis, aguardamos que se vean beneficiados los jueces, los abogados, los operadores de la justicia y demás usuarios del sistema de judicial a nivel nacional e internacional, así como dar orientaciones jurídicas al legislador patrio.

III. HIPÓTESIS O PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

En este punto hemos de plantearnos y preguntarnos ¿el sexo es invariable?, ¿el ordenamiento jurídico venezolano puede dar respuestas adecuadas?, ¿hay solución legal a las situaciones familiares, laborales y de otras áreas del derecho?, ¿existen vías procesales adecuadas para tratar integralmente estos casos?

Ante las anteriores preguntas veremos si existen normas específicas que den una solución o si existen mecanismos adecuados para que los operadores del derecho puedan llenar los vacíos y lagunas, realizando un proceso integrador del sistema jurídico a los fines de dar una respuesta y solución justa y adecuada a estas personas.

III. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.

Esta investigación será desarrollada en forma descriptiva, utilizando el método inductivo principalmente ya que se analizarán las diferentes soluciones que se han dado y que consideramos correcto jurídicamente para responder a los casos de cambio de género en cuanto a las diferentes áreas del derecho para poder llegar dar una solución jurídica, justa y acorde con los derechos humanos.

También se utilizará los métodos de análisis y síntesis para encontrar las posibles soluciones y establecer cuáles son los cambios legislativos necesarios ante las realidades de nuestro tiempo y tratar de obtener un ordenamiento jurídico

que este acorde con las realidades actuales y si es posible con las realidades futuras.

El método histórico-diacrónico será utilizado para estudiar hechos relevantes en el desarrollo del derecho comparado de estos casos, así del cómo se ha efectuado en Venezuela, a los fines de encontrar los elementos o características comunes en esos intentos de creación de derecho, adecuándolo a las nuevas realidades mundiales y para el establecimiento de unas soluciones actualizadas.

No se descarta la utilización de otros métodos que sirvan de acuerdo a las necesidades a lo largo de la investigación.

IV. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

ASPECTO MÉDICO

Homo sum humani nihil a me alienum puto
(Soy hombre, y nada de cuanto es humano me es extraño).

Para tener un mayor entendimiento de lo que se va a analizar más adelante en el aspecto jurídico, es importante primero aclarar algunos conceptos fundamentales en el ámbito de estudio de los galenos que se refieren a la indeterminación del sexo y a su cambio, de esta forma podremos entender mejor el porqué se decide tomar determinada posición en vez de otra y a su vez para tener un conocimiento más amplio sobre el tema. Con ello, no se pretende hacer un análisis exhaustivo o médico profundo de los diferentes conceptos a tratar, sino que se trata de dar una visión general de cada uno de ellos para la mejor comprensión del presente trabajo. Por lo tanto, debemos tener claro lo siguiente:

1. Criterios para identificar el sexo.

El sexo distingue a hombres y mujeres, aunque este no se configure hoy en día como un estado civil, ya que no limita la capacidad de obrar ni implica un trato jurídico desfavorable como ocurría en épocas pasadas. Pero esto no significa que se niegue la influencia del sexo en los comportamientos sociales y en las valoraciones jurídicas, así como el tráfico jurídico.

La identificación del sexo puede describirse en términos de siete características cuando menos. Las primeras cinco son orgánicas y las otras psicológicas, además de poder incluir el perfil jurídico-social. Así tenemos:¹

A) *Cromatina sexual y cromosomas sexuales*: constituido por el patrimonio celular heredado en el instante de la concepción y que, como es sabido, consiste en 23 pares de cromosomas, 22 de los cuales son comunes a ambos sexos.

Se dispone de procedimientos simples para el estudio de la cromatina sexual mediante la fijación y tinción de las células fáciles de obtener, tales como

· De la comedia "El enemigo de sí mismo (*Heauton Timoroumenos*)" de Publio Terencio Africano (*Publius Terentius Afer*).

¹ Tomado de **PAREDES, Carina Claudia R.** *Transexualidad, la cirugía de adecuación del sexo físico al sexo psíquico.*
<http://www.cenesex.sld.cu/webs/diversidad/transexualidad%20cirugia%20adecuacion%20fisica%20psiquica.htm>, consultado el 20/05/2009.

las de la mucosa bucal o los leucocitos polimorfonucleares circulantes. Estas técnicas han hecho posible el diagnóstico del hermafroditismo y de otras anomalías de los cromosomas sexuales en los primeros meses de la vida.

B) *Estructura gonadal o glándulas sexuales*: condicionados por los cromosómicos, cromosomas o cromatina sexual, que están representados por los ovarios y las trompas de Falopio, y los testículos dentro del escroto, según el sexo, y que contribuyen a determinar los caracteres sexuales hormonales y genitales.

C) *Forma de los genitales externos*: representados por los caracteres externos que permiten una primera diferenciación sexual que hace posible determinar el sexo del recién nacido para los efectos registrales. Igualmente, acá se encontrarían los elementos anatómicos, definidos secundarios, individualizables exteriormente como es el caso, entre otros, del desarrollo pélvico y la distribución de la velloidad, los mismos que pueden ser modificados a través de específicos productos hormonales.

D) *Morfología de los genitales internos*: se referiría a la estructura y formación de los órganos sexuales internos como ovarios, próstata, etc.

E) *Estado hormonal*: condicionados por la actividad endocrina de específicos órganos anatómicos (como la hipófisis, las glándulas corticosubrenales y gonádicas) que presentan efectos prevalementemente femeninos (estrógenos) o masculinos (testosterona).

F) *Sexo de crianza o elemento psicológico*: cuya importancia ha sido puesta de manifiesto en tiempos recientes. Este factor, aunque condicionado por factores hormonales y genitales, puede dissociarse de los anteriores elementos, en tanto es el resultado de vivencias, de sentimientos profundos que determinan manifestaciones típicas atribuibles tanto a uno como a otro género, como es el caso del instinto maternal, el instinto de agresividad, el interés por los hijos, inclinaciones, gustos y preferencias, dirección de la libido, comportamientos, maneras, modales y hábitos de vida.

G) *Género sexual*: la definición de todas estas es obvia con excepción de la categoría sexual, que se refiere al sexo que el individuo considera tener.²

² Más adelante se desarrollará este concepto y la identidad de género.

La importancia muy decisiva de la orientación psíquica se muestra en el hecho de que la psiquiatría, el psicoanálisis, la psicología y la psicoterapia, son impotentes para mudar la inclinación mental de una persona y adecuarla a los atributos físicos que posee, por eso se observa que el tratamiento psiquiátrico falla sistemáticamente, lo que ha originado a que se acuda a la solución inversa, que es adaptar el cuerpo a la mente, instalación psíquica que se avizora como irreversible. Por ello, es que se dice que en los casos de cambio de género, más que una transformación lo que ocurre es una estabilización y definición necesaria, para volver a asociar el conjunto con sus componentes elementales, devolviendo la armonía a todos los caracteres físicos y psíquicos.³

Dentro de esta multiplicidad de variables, tal como se ha indicado, el único elemento de certeza para determinar desde un punto de vista biológico el sexo del sujeto, es el dato cromosómico, el que es inmutable desde el momento de la concepción y no es posible de modificar por la acción de los otros elementos o por intervenciones naturales o externas.

La sexualidad humana está integrada por elementos biológicos, psicológicos y sociales, siendo que el sexo es el conjunto de características anatómicas y fisiológicas del hombre y la mujer. Su determinación se produce durante la fecundación de un óvulo por un espermatozoide con cromosoma X o Y, que produce el sexo genético XX o XY, siendo que en la séptima semana de fecundación se inicia la diferenciación de gónadas (ovarios y testículos), para luego en la octava semana iniciar la formación de los órganos de la reproducción tanto en hombres como en mujeres. Por otra parte la conducta sexual, se determina por lo aprendido a lo largo de la vida en sociedad y la forma como se interrelaciona con ella, lo cual configura el aspecto psicológico en relación con el comportamiento sexual. De allí que se diga que no se puede separar los aspectos biológicos, psicológicos y sociales. Aunque desde el momento del nacimiento se va marcando la sexualidad del recién nacido, se le asigna un nombre, se le da una educación y se le viste de determinada manera, el niño es indiferente hasta el año

³ Tomado de **CASAS, Mariana**. *El derecho personalísimo a la identidad sexual*. <http://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Casas.htm>, consultado el 19/05/2009.

y medio, en donde toma conciencia del sexo al que es orientado por sus criadores, siendo que en ese momento puede haber o no coincidencia del sexo biológico con el sexo al que es orientado, lo cual implica la forma de sentir, actuar, pensar y relacionarse con las personas del sexo biológico opuesto.⁴

1.1. Las dificultades atinentes a los conceptos de sexo y género.

La diversidad humana incluye a grupos sociales cuyas experiencias y valores no coinciden con los mayoritarios o dominantes. Para comprender plenamente los alcances y consecuencias de esta diversidad es indispensable definir algunos conceptos fundamentales.

Aunque algunos de estos criterios del sexo pueden construir la base para una diferenciación de los individuos con ambigüedad sexual, la clasificación bien establecida se basa en las características microscópicas de las gónadas. El problema del transexualismo consiste, precisamente, en una definitiva disociación que se presenta en el sujeto entre el elemento cromosómico y su perfil psico-social, lo cual es lo que genera el tormento mental del transexual y su ansia de reasignación sexual o cirugía.

La sexualidad se divide en dos facetas de un mismo fenómeno: sexo-cuerpo y sexo-psiquis. Del grupo de personas que no son heterosexuales, el transexual es el único que desea adaptar su sexo-cuerpo a su sexo-psiquis y no a la inversa, asumiendo que debe priorizarse este último, ya que considera que posee el cuerpo inadecuado y que su sexo-psiquis no es acorde con su sexo-cuerpo, por lo que quiere modificarlo.⁵

La idea de cambio de sexo implica que el cuerpo pueda ser modificado para dejar las características sexuales que poseía y adoptar las del otro sexo, que en un elemento teleológico o finalista es adecuarse al sexo-psiquis. Esto es lo que diferencia al transexual de las amputaciones realizadas con otras motivaciones, y las terapias que requieren, para otro tipo de situaciones, la inoculación de hormonas del sexo opuesto, o la ablación de órganos sexuales, siendo que esas técnicas a veces tienen efectos semejantes a los de las usadas en casos de

⁴ **ANGULO GONZÁLEZ, Rubén Darío.** *Medicina Forense y Criminalística*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Segunda edición. Bogotá-Colombia, 2004, p. 315.

⁵ Tomado de **PAREDES, Carina Claudia R.** *Op. Cit.*

transexualidad, pero el paciente no tiene intención de sufrirlos, sino que por el contrario generalmente los aborrecerá y serán un mal necesario que deba soportar.⁶

Se destaca que la cirugía del transexual no debe denominarse “cambio de sexo”, ya que el cambio existe previamente en el psiquismo del paciente, la cirugía corresponde a una adaptación de genitales externos al sexo psíquico irrenunciable del paciente, por lo que el transexualismo, se puede considerar como un síndrome caracterizado por el hecho de que una persona que, desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto o de vivir a la manera que lo hacen los sujetos del sexo contrario, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. Por lo que guarda intensamente un anhelo de modificar quirúrgicamente su propio sexo somático, para el efecto de obtener el otro sexo y el subsecuente reconocimiento jurídico de tal transformación.⁷

En definitiva, podemos observar que todavía no se tienen totalmente claros los elementos que influyen en la determinación del sexo de los seres humanos, creándose para ello diferentes hipótesis y teorías como la cromosómica, la plasmática y la mixta. *La teoría cromosómica*, indica que el sexo depende de la intervención de ciertos cromosomas especiales llamados heterocromosomas o cromosomas sexuales, que se encuentran tanto en el óvulo, como en el espermatozoide; considera que en las células madres que dan origen a los óvulos existe un par de cromosomas llamados X, de mayor tamaño de los demás, y las que dan origen a los espermatozoides están los heterocromosomas X y Y, por lo que al dividirse la célula madre,⁸ para constituir dos células hijas, los cromosomas se distribuyen entre ambas por parte iguales, resultando que cada óvulo toma un cromosoma X, por lo que todos son iguales, mientras que los espermatozoides,

⁶ Tomado de **PAREDES, Carina Claudia R.** *Op. Cit.*

⁷ **PATTI-WILL.** *Mutamento di sesso e tutela della persona*, pág. 129, citado por **CASAS, Mariana.** *Op. Cit.*

⁸ Es una célula que tiene la capacidad de autorrenovarse mediante divisiones mitóticas o bien de continuar la vía de diferenciación para la que está programada y, por lo tanto, producir células de uno o más tejidos maduros, funcionales y plenamente diferenciados en función de su grado de multipotencialidad. Por ende estas células tienen la capacidad de dividirse sin perder sus propiedades y pueden diferenciarse en otras células. **CUNNINGHAM, James G.** *Fisiología Veterinaria*. Página 49. Tomado de <http://www.books.google.es>, consultado el 04/06/2011.

uno recibe un cromosoma X y el otro uno Y, siendo diferentes, por lo que el sexo queda determinado en el momento de la fecundación, en la base a la calidad de las células que intervengan en ella. *La teoría plasmática, humoral u hormonal*, el sexo se forma luego de la fecundación, debido a ciertas influencias del medio ambiente como la temperatura, estado de nutrición, secreciones sexuales u hormonal, entre otras, basándose en las experiencias realizadas en animales, que bajo la influencia del calor se obtienen individuos de un sexo determinado, lo cual se confirma con la bisexualidad del embrión, por lo que el sexo se determinaría posteriormente a la fecundación bajo ciertas influencias del medio ambiente. Finalmente, *la teoría mixta*, es la que concilia las dos teorías anteriores, indicando que el sexo se determina en la fecundación, por la calidad de los cromosomas, pero que puede ser modificado posteriormente a causa de influencias del medio ambiente, lo que justificaría que el embrión humano atraviesa por un período bisexual.⁹

En cuanto al género, existe la tesis elaborada por John Money, relativa a *la teoría de que la identidad del género está determinada socialmente*, en la que se considera que la sexualidad es asumida sobre la base de la crianza en un sexo u otro y los genitales que se poseen, con lo cual se efectuaron múltiples asignaciones de sexo a niños intersexo o hermafroditas, sin embargo, posteriormente se descubrió al realizarse el seguimiento de los niños operados, que esa asignación aleatoria, a pesar de la crianza que se les haya dado en un sexo determinado, no logró hacer que los individuos se sintieran de ese sexo, por lo que no siempre correspondía su actitud y sentir con el sexo asignado quirúrgicamente en la niñez de la persona, a pesar de su desconocimiento de haber sido sometido a una operación, tal como lo demostró el profesor Milton Diamond. Posteriormente, surge *la teoría de la autopercepción innata determinada por el cerebro y por el sistema nervioso prenatal*, en el que se establece que no son los genes los que determinan la identidad de género, ni son tampoco los genitales y la educación los que la determinan, sino que ciertas estructuras

⁹ GAJARDO, Samuel. *Medicina Legal*. Editorial Nascimento. Segunda edición revisada. Santiago de Chile, Chile, 1952, pp. 444-446.

cerebrales en el hipotálamo (en la regiones BSTc o APO)¹⁰ determinan en cada persona el núcleo de los sentimientos de género y una identidad de género innata, siendo que estas estructuras se "instalan" prenatalmente en los centros de la parte baja del cerebro y el sistema nervioso central durante las etapas tempranas del embarazo, y durante un proceso de impronta, en el mismo sistema nervioso central, modulado hormonalmente. Parece ser que si tales estructuras en el cerebro y el sistema nervioso central del feto son masculinizadas por las hormonas durante el temprano embarazo, el niño tendrá una autopercepción e identidad de género masculino, independientemente de si los genes o los genitales son de un varón; pero si no son feminizadas en ese periodo, el niño entonces tendrá una autopercepción e identidad de género femeninas, independientemente de sus genes o genitales. Las investigaciones más recientes revelan que el cerebro comienza a diferenciarse en los embriones hembras y varones aun más tempranamente, posiblemente antes de que hagan efecto las hormonas sexuales embriónicas, y por mecanismos todavía desconocidos, así que se puede considerar la identidad de género un resultado complejo de la interacción entre la diferenciación anterior del cerebro y las hormonas embriónicas posteriores.¹¹

¹⁰ El BSTc (*bed nucleus of the stria terminalis*, núcleo basal de la estría terminal) es un área del hipotálamo que contiene receptores de estrógeno y andrógeno y desempeña una importante función en la conducta sexual de los animales. Estudios posteriores demostraron que una subdivisión del BSTc es un 44 por ciento más grande en los hombres que en las mujeres, aunque ya los doctores Allen y Gorski habían encontrado que la parte caudal o posterior del BSTc es 2,5 por ciento más grande en los hombres que en las mujeres; en ambos estudios estas diferencias eran independientes de la orientación sexual de los individuos estudiados.

En el APO (o *área preóptica*), ubicado en la región anterior del hipotálamo, muchos investigadores han reportado también diferencias sexuales. Dos estudios descubrieron una región específica dentro de esta área, denominada *núcleo sexual dimórfico del área preóptica* o NSD-APO por sus siglas en inglés. Esta área es significativamente más grande en los hombres que en las mujeres adultos y no sobra anotar que la orientación sexual de los individuos estudiados no tuvo incidencia real en los resultados obtenidos.

Estos teóricos especulan que las diferencias en el tamaño adulto del BSTc y el APO se determinan durante el desarrollo prenatal en función de la acción organizadora de las hormonas sexuales, y que estos hallazgos proponen que esa región del hipotálamo puede influir en las diferencias de sexo, además de regular el funcionamiento sexual humano. Tomado de <http://www.transsexualia.org/SANIDAD/transsexualidad.html> consultado el 04/06/2011.

¹¹ **CONWAY, Lynn.** *Transgénero, transexualidad e intersexualidad. Información básica.* <http://ai.eecs.umich.edu/people/conway/TS/ES/TSES.html>, consultado el 26/05/2009.

1.2. El sexo, el género, la identidad de género, expresión de género, rol de género, orientación sexual, transexualidad, travestismo, reasignación de sexo e intersexualidad.

Por sexo (biológico) se entiende el conjunto de características sexuales primarias y secundarias,¹² es decir, se refiere a la fisiología anatomía, biología y psicología de un individuo, incluyendo los genitales, la estructura cromosómica y los órganos sexuales internos; son las características físicas, genéticamente heredadas que nos hacen tener un cuerpo femenino o masculino. *El género*, en cambio, es una construcción sociocultural e histórica que clasifica a los seres humanos en masculinos y femeninos, se conecta con la imagen que el individuo tiene de sí mismo, la manera en que otros lo perciben, y los estereotipos subyacentes en torno al sexo.

La *identidad de género* es la sensación interna, convicción personal y subjetiva de pertenecer al género masculino o femenino, se establece antes de los 12 meses de edad, es inmodificable y no siempre concuerda con el sexo. *Expresión de género* es la exteriorización de la identidad de género, es la percepción íntima personal y subjetiva de sentirnos hombres o mujeres. Por otra parte, el *rol de género*, se refiere a los comportamientos y aspectos generales que una sociedad determinada nos demanda en función de ser varones o mujeres. La *orientación sexual* se refiere a la atracción sexual y sentimental que siente un individuo por otros del sexo contrario o de su mismo sexo. Finalmente *conducta sexual* hace referencia a los episodios de carácter sexual en el historial de un individuo.

Transexualidad es la condición humana significada por la discordancia entre la identidad de género y el sexo. *La transgeneridad* se caracteriza por vivir permanentemente en un rol de género que puede o no presentar una discordancia

¹² Los caracteres sexuales (signos corporales, fisiológicos y psicológicos), fueron divididos por Unter en: primarios, que son las glándulas reproductoras (testículos y ovarios) y los órganos accesorios a ellas, que constituyen el conjunto del aparato genital; los secundarios serían los extragenitales que permiten la diferenciación a simple vista (bigote, barba, forma corporal, etc.). Explicación tomada de **GAJARDO, Samuel**. *Op. Cit.*, pp. 446-463.

con el sexo asignado.¹³ *El travestismo* es una expresión humana caracterizada por el uso de vestimenta, lenguaje, etc. que se consideran propios del otro género. En un principio el término “transgénero” (aquel que transforma su género) era empleado para describir a las personas para quienes la transformación de su género era algo más que un cambio de ropas pero algo menos que un cambio de sexo, pero al reconocerse la naturaleza extrabiológica del género, el “transgenerismo” se convirtió en un concepto más amplio que abarca a los transexuales, cuyo sentido de sí mismos choca con su sexo biológico, a los travestis y a todas aquellas personas que experimentan que su apariencia colide con las expectativas tradicionales sobre el género.

La reasignación para la concordancia sexo-genérica es el proceso de intervención profesional para lograr concordancia entre las características corporales de la persona y su identidad de género.

La orientación o preferencia sexual, como ya dijimos, establece si la persona se siente atraída por personas del mismo sexo/género, del otro o de ambos, o sea que comprende la heterosexualidad, la homosexualidad y la bisexualidad. La identidad de género de las personas transexuales, transgénicas y travestistas es por completo independiente de su orientación o preferencia sexual y viceversa.

Actualmente, no hay una teoría unívoca en cuanto a los criterios científicos en la cual todos estén de acuerdo y confíen plenamente para determinar el sexo. Por ello, se plantean las varias alternativas mencionadas previamente como: sexo cromosómico, gonadal, genitales internos, genitales externos, criterios nerviosos superiores de comportamiento, patrones de hormonas sexuales, asignación ambiental del género; y determinación psicosocial.¹⁴

¹³ También se dice que una persona transexual es la que se somete a una cirugía de reconstrucción genital, y una persona transgénero, es la que todavía no se ha sometido a esta cirugía o no desea una adaptación completa al sexo legal contrario.

¹⁴ **MEYERS, David W.** *The Human Body and The Law*, Edimburgo, University, 1990, pp 220-221. Según Catherine Millot, las operaciones de cambio de sexo constituyen “*la peor derrota de la psicoterapia*,” **MILLOT, Catherine.** *Exsexo. Ensayo sobre el transexualismo*, Buenos Aires, Argentina, Catálogos, 1984, pp. 130-131, citados por **LUNGUEIRA, Mariela; Mariela MONTES y SINIBALDI, Marina.** *Autoconstrucción sobre el cuerpo (alrededor del “cambio de sexo”)*. <http://www.revistapersona.com.ar/Persona14/14lungueira.htm>, consultado el 19/05/2009.

El sexo, como ha venido estableciendo la ciencia médica moderna, va más allá de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento, involucrando una serie de elementos y eventos cromosómicos, gonadales y hormonales, entre otros, que en su sucesión determinan lo que comúnmente conocemos como hombres y mujeres, lo que demuestra que es una realidad compleja; durante el acontecimiento de esta serie de eventos complejos puede darse en ocasiones rupturas y diferenciaciones que producen como resultado la existencia de personas con características cruzadas de uno y otro sexo. Así notamos que *la intersexualidad* está presente en aquellas personas que presentan características físicas de uno y otro sexo, en mayor o menor grado, lo que se contrasta por la medicina y la psicología con la transexualidad, entendida como la existencia de personas que buscan adaptar su apariencia física externa, al sexo que sienten como propio, adoptando socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, sin que exista una razón física aparente externa que parezca predisponer a esa decisión, y que es independiente de la intersexualidad.

Los caracteres sexuales señalados anteriormente no son inmutables durante la vida, sino que ofrecen un desarrollo evolutivo hasta adquirir su plenitud y luego después declinan hasta extinguirse las funciones en el climaterio. Igualmente, no siempre se desarrollan adecuadamente los órganos y funciones, ya que pueden ocurrir accidentes glandulares o anomalías naturales que condicionan el sexo, por lo que sufren una detención o atrofia que puede producir la atenuación o supresión de las funciones sexuales, como generar impotencia o esterilidad, eliminación de la libido, entre otras. Así surgen los estados intersexuales donde se reúnen uno o más caracteres de ambos sexos, y lo masculino y lo femenino no están absolutamente diferenciados.¹⁵

En cuanto a la identidad de género se puede observar que algunas personas aparentemente normales en cuanto al sexo que poseen, pero que en realidad tendrían que haber sido del otro sexo, a pesar de que poseer los genes XY o XX normales, con sus genitales masculinos o femeninos normales, y que han

¹⁵ GAJARDO, Samuel. *Op. Cit.*, pp. 463-465.

sido educados como niños o niñas, siendo que a pesar de todo esto, poseen los sentimientos genéricos, las sensaciones corporales y la identidad genérica del sexo opuesto. Esto no sucede muy seguido, pero sucede, siendo que se ha estimado que uno de cada 200 o 400 nacimientos ocurre algo en las etapas tempranas de la gestación de tal manera que las hormonas sexuales no tuvieron la acción usual en la integración del cerebro del feto. En estos casos, los niños nacen con un sexo neurológico y una identidad de género innata opuesta a la que indican sus genes y sus genitales, por lo que estos niños que se ven aparentemente normales, serán educados de acuerdo a un género contrario a su sexo neurológico, lo cual les va a causar una profunda “disforia de género” y angustia mental a medida que van creciendo, siendo estos los "transexuales" y los más intensamente afectados son los transgénero. También se considera que, quizás en uno de cada 50 niños, parece ser que el efecto transgenérico aun está presente en cierto grado pero es menos pronunciado; son sin embargo sólo una pequeña, fracción de este grupo, alrededor del 1% o 2% del total de la población. Este grupo de niños presenta una amplia variedad de sentimientos de cruce de géneros, así como los niños intersexuales presentan una amplia variedad de configuraciones genitales, encontrándonos con que la mayoría de estos niños transgénero tendrán severos problemas de adaptación si se les obliga a seguir un rol genérico muy estricto y no correspondiente con el por ellos sentido. Por ende, el transexualismo está fuertemente asociado con el neurodesarrollo del cerebro, siendo que no ha sido demostrado que se puede modificar esta condición por medio de socialización contraria ni por tratamientos psicológicos o psiquiátricos, y las personas pueden beneficiarse de un enfoque que incluye un régimen de hormonas y cirugía correctiva para que se encuadren el fenotipo y la identidad de género, junto con intervenciones psicosociales bien intencionadas para apoyar a la persona y para ayudarle a adaptarse al papel social apropiado, por lo que puede que varíen los tratamientos aconsejables y deben ser personalizados a las necesidades únicas y circunstancias de cada cual.¹⁶

La determinación del sexo es algo tan complicado que un británico, nacido

¹⁶ Tomado de **CONWAY, Lynn**. *Op. Cit.*

en Escocia, fue reconocido como persona de sexo neutro por las autoridades australianas donde reside actualmente desde que tenía siete años, debido a que no pueden establecer si su cuerpo es masculino o femenino. En 1990 se sometió a una operación de cambio de sexo, aunque no se sintió cómoda como una dama, por lo que considera que *“el concepto de hombre o mujer no me encaja. La solución más simple es no tener ninguna identificación sexual.”* Debido a esto la directora de una organización de transexuales, Tracie O’Keefe, señaló que esto sirve de ejemplo a los padres y doctores en relación con aquellos niños que están confusos acerca de su sexo al nacer y que incluso son operados, existiendo casos en los que rechazan al crecer el sexo que fuera escogido por estos.¹⁷

2. Etimología de la palabra hermafrodita.

La voz proviene de la fusión de dos palabras griegas: Hermes, o Mercurio, y Afrodita, o Venus, que tuvieron un descendiente convertido después en varón y hembra. Aún cuando los casos son raros, han motivado normas y reacciones jurídicas importantes. En la antigua Atenas eran arrojados al mar, y en Roma al Tiber. También se citan casos de haber sido quemados, ahorcados o enterrados vivos los seres humanos de órganos genitales irregulares.

3. Concepto de hermafrodita.

Es el ser humano que reúne en sí, real o aparentemente los dos sexos, siendo a la vez hombre y mujer, o no siendo lo uno ni lo otro plenamente. Es la persona con tejido testicular y ovárico en sus gónadas, lo cual origina anomalías somáticas que le dan la apariencia de reunir ambos sexos.¹⁸

Durante las primeras fases de desarrollo del embrión no posee sexo determinado, sino que posteriormente los órganos de uno u otro sexo derivan de una misma entidad biológica que es la glándula genital, del cual surgen los ovarios o los testículos; no obstante, diversas circunstancias, que aún no han sido determinadas, que pueden ser influenciadas por el medio ambiente, hacen que la evolución se efectúe en condiciones irregulares y se desarrollen características de

¹⁷ **Diario Primera Hora.** *Británico fue reconocido como persona de sexo neutro.* Sección de Ciencia y Salud. 17 de marzo de 2010. p. 6.

¹⁸ **Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.** Vigésima Primera Edición. Tomo II. Madrid, España, 1992.

ambos sexos. Por ello, se admite que la diferenciación sexual no se obtiene casi nunca en forma total, sino que quedan elementos masculinos en la mujer y femeninos en el hombre.¹⁹

Aunque casi siempre se puede determinar si un infante es niño o niña, variadas situaciones genéticas pueden conducir, en algunos casos, a que presenten genitales ambiguos, motivando que los doctores no estén seguros si se trata de un niño o de una niña. También, ocurre que los genitales aparecen bien definidos de un sexo, pero son incongruentes con los genes del niño; y en otros casos los genes del infante son más complejos que simplemente XX o XY, por lo que el desarrollo físico como el de identidad genérica será muy difícil de pronosticar. Los niños que poseen estas variantes genitales o genéticas son llamados también intersexuales. Los bebés intersexuales se presentan aproximadamente en uno de cada 1.000 nacimientos.²⁰

Un problema será la determinación del sexo, solíéndose determinar por las glándulas genitales, ovarios y testículos, pero esto trae como problema que se dificulta cuando el individuo posee testículos y ovarios y cuando por vicios de conformación no es posible constatar mediante un examen exterior la existencia de glándulas genitales; por ello en el primer caso se recurre al examen de los caracteres secundarios para decidir el sexo, pero si estos son neutros subsiste la dificultad; en el segundo caso también se acude a los caracteres secundarios, presentándose la misma problemática. Con esto se observa que no es fácil determinar el sexo del intersexual, por ello algunas legislaciones adoptan normas especiales para determinar el sexo de estos casos dudosos. Las causas son desconocidas aún.²¹

4. Concepto de hermafroditismo o intersexualismo.

El hermafroditismo en el hombre implica una discrepancia entre la morfología de las gónadas y los genitales externos. La ambigüedad de los genitales externos es frecuente, pero algunos hermafroditas tienen genitales externos normales de un sexo, mientras que las gónadas son del sexo opuesto. El

¹⁹ GAJARDO, Samuel. *Op. Cit.*, p. 444.

²⁰ Tomado de CONWAY, Lynn. *Op. Cit.*

²¹ GAJARDO, Samuel. *Op. Cit.*, pp. 467-471.

hermafroditismo puede ser producido por un desequilibrio de la constitución de los cromosomas sexuales, por la acción de factores hormonales sobre el feto y por otros factores hasta ahora indeterminados. En estos últimos años la capacidad para establecer el completo de los cromosomas sexuales del individuo ha revelado la existencia de muchas aberraciones no necesariamente acompañadas de hermafroditismo. De este modo los pacientes con disgenesia gonadal u ovárica (XO) conocido como síndrome de Turner, o el síndrome de Klinefelter (XX) no pueden, en sentido estricto, ser considerados hermafroditas, aunque con frecuencia se hace referencia a ellos como intersexos.²²

El fenotipo del individuo XO es femenino, las gónadas son indiferenciadas. El fenotipo XXY es masculino y las gónadas son testículos. Algunos individuos son completamente normales en todos los sentidos, incluyendo la fertilidad, pero presentan un desequilibrio del complemento de los cromosomas sexuales.

De este modo el hermafroditismo es la coexistencia en un mismo individuo de órganos genitales pertenecientes a los dos sexos, tanto en lo que se refiere a las vías sexuales internas como a las externas, no existe el hermafroditismo total sino lo que se conoce pseudohermafroditismo, en especial a los genitales externos.²³

La tendencia es hoy a considerar a los hermafroditas aparentes (se hace difícil la diferenciación sexual, por la combinación imperfecta de los órganos masculinos) como del sexo predominante y no existen obstáculos absolutos completos de los órganos característicos de uno y otro sexo. Así observamos que el hermafroditismo posee diferentes clasificaciones entre las que tenemos:

4.1. Hermafroditismo femenino.

El hermafroditismo femenino es una alteración en la que un individuo con constitución cromosómica 46 XX. Se diferencia en parte como fenotipo masculino, por lo general con masculinización de los genitales externos. La mayoría de los hermafroditas femeninos tienen los genitales externos masculinizados también pueden ser producidos por algún tumor materno virilizante debido a la exposición

²² MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Sexualidad y Derecho (elementos de sexología jurídica)*. Editorial Hispano-Europea. Colección De Iure et Vita. Barcelona, España, 1976, pp. 24 a 26.

²³ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 33.

a andrógenos exógenos.

4.2. Pseudohermafroditismo femenino.

En la hembra pseudohermafrodita las gónadas son ovarios, los genitales externos son ambiguos o completamente masculinizados. El feto hembra se masculiniza con facilidad cuando se le expone a la acción de los andrógenos durante la vida intrauterina, las principales anomalías son la hipertrofia del clítoris y la fusión de los labios. Ocasionalmente la fusión es completa y existe una uretra penil.

También hay lo que se conoce como *hipersuprarrenalismo congénito*, que se consideran extremadamente hermafroditas, que poseen sus órganos reproductores internos normales y tienen una dotación cromatínica sexual femenina, se conoce también como síndrome adrenogenital.²⁴

Igualmente esta el *hermafroditismo con genitales externos ambiguos o masculinizados*; pero con ovarios y estructura sexual interna normal y activa, poseyendo una dotación cromatínica sexual femenina.²⁵

4.3. Hermafroditismo masculino.

La diferenciación sexual normal se inicia al establecer el sexo genético, que se determina por la constitución de los cromosomas sexuales. El hermafroditismo masculino, en el que el varón genético con testículos bilaterales se diferencia parcial o totalmente como mujer desde el punto de vista fenotípico puede resultar de cualquier alteración en los pasos secuenciales de la diferenciación sexual masculina normal. El sexo genético se establece en el momento de la fecundación y los factores cromosómicos determinantes dirigen la diferenciación de las gónadas sexuales del individuo. Las anomalías cromosómicas pueden provocar alteraciones en la diferenciación testicular, impidiendo el desarrollo fenotípico masculino normal. Cualquier anomalía en la estructura o función de las gonadotropinas, en la respuesta gonadal fetal, en la producción de andrógenos en el efecto androgénico en la función del factor inhibidor de los conductos de Müller o en la respuesta de los genitales externos puede provocar una discrepancia entre

²⁴ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 34.

²⁵ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 33.

la expresión sexual genética y la fenotípica.

La mayoría de los hermafroditas masculinos presentan genitales más femeninos que masculinos, son incapaces de reproducirse como varones y por lo general son criados como mujeres. El tratamiento consta de a) reconstrucción quirúrgica de los genitales externos para convertirlos en mujeres desde el punto de vista estético y funcional. b) administrar estrógenos desde la pubertad o un poco antes para asegurar un desarrollo sexual secundario adecuado. La cirugía mayormente se efectúa en la lactancia, antes de los 18 meses de edad para completar el tratamiento antes de que haya un desarrollo total de la memoria. Las estructuras gonadales contrarias se extirpan para evitar la masculinización en la pubertad y prevenir la aparición de tumores en los testículos retenidos.

4.4. Pseudohermafroditismo masculino.

En el varón pseudohermafrodita las gónadas son los testículos, pero los genitales externos son ambiguos o completamente feminizados. Estas personas casi siempre tienen una cromatina sexual negativa y con solo dudosas excepciones tienen un cromosoma Y. Se acepta generalmente que el material genético del cromosoma Y dirige la diferenciación testicular. En el varón pseudohermafrodita los testículos fetales han fracasado en su cometido de llevar a cabo la completa diferenciación de los conductos genitales externos. Existe una amplia variedad de anomalías genitales, pero de esta heterogénea categoría han surgido varios trastornos clínicos diferentes.

En este espacio haremos referencia igualmente a los conocidos como *hermafroditas criptorquídicos con diferenciación mülleriana relativamente completa*, que poseen un pene hipospádico o normal, con posible virilización en la pubertad, y de cromatina sexual masculina.²⁶

4.5. Pseudohermafroditismo masculino con mosaicismo XO/XY.

En esta forma de pseudohermafroditismo masculino los genitales suelen ser ambiguos. La mayor parte de los pacientes han sido educados como hembras, aunque la virilización de algunos era tan notable que fueron educados como varones. Por lo general suele existir una vagina y un útero infantil. Puede haber

²⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 34.

una o dos trompas de falopio. Las gónadas contienen generalmente elementos testiculares que varían desde cordones de células escasamente diferenciados hasta unas estructuras tubulares bien definidas, o consta únicamente de tejido estromático. Persisten formaciones derivadas del conducto de Müller. La secreción de andrógenos puede apreciarse al llegar a la pubertad y las gónadas pueden sufrir alteraciones neoplásicas que originan gonadoblastomas.

Acá se podría colocar a los que se llaman *mujeres aparentes con testículos inguinales feminizantes y vestigios de diferenciación mülleriana*, que tienen saco vagina ciego, pero con una cromatina sexual de tipo masculino.²⁷

4.6. Síndrome testicular feminizante.

Consiste en una forma de pseudohermafroditismo masculino en la que el paciente afecto está completamente feminizado. Los genitales externos son los de una hembra normal, al llegar a la pubertad existe un normal desarrollo de las mamas y el hábito es femenino sin signos evidentes de virilización. No se produce menstruación, la vagina termina en fondo de saco y el útero está ausente. Las gónadas son testículos que constan principalmente de túbulos seminíferos, estas localizados intraabdominalmente o en el conducto inguinal.

En este punto se puede mencionar también a los conocidos como *hermafroditas criptorquídicos con diferenciación mülleriana relativamente incompleta*, que poseen un falo hipospádico o clitorídeo, con posible virilización en la pubertad, y de cromatina sexual masculina con senos urogenital o saco ciego vaginal.²⁸

4.7. Hermafroditismo verdadero.

En el hermafroditismo verdadero existe en la misma persona tejido ovárico y testicular. En este hermafroditismo verdadero, conocido también como genuino o clásico, además de la existencia del tejido testicular y ovárico, se observa un pene hipertrófico, así como un desarrollo variable de los conductos genitales, teniendo una dotación cromatínica masculina o femenina.²⁹

Las características clínicas pueden comprender cualquiera de los signos

²⁷ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 34.

²⁸ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 34.

²⁹ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 34.

físicos descritos en los otros tipos de hermafroditismo. El fenotipo puede ser varón o hembra, pero por lo general existe ambigüedad de los genitales externos. Se han observado casos de hermafroditismo verdadero en hermanos.

Las características clínicas del hermafroditismo verdadero son variables pero incluyen ambigüedad de los genitales externos en la mayor parte de los casos. En todos los pacientes de Van Niekerk el pene era muy delgado y la uretra se abría en el perineo en forma de seno urogenital. En 63% de 160 sujetos se hallaron pliegues labioscrotales y hubo escroto normal solo en 17%. Estos pliegues contienen gónadas palpables.³⁰

En 13% hay ausencia de útero y este se considera normal solo en 10%. Hacia la pubertad. 80% de los afectados desarrolla ginecomasia y cerca de 50% menstrual lo que pueda manifestarse en forma de hematuria cíclica. Todos los enfermos mayores de 15 años tenían mamas femeninas bien desarrolladas, las cuales son el principal signo.

4.8. Lactantes con genitales ambiguos.

El recién nacido con genitales externos ambiguos constituye una urgencia tanto social como médica. Es necesario elegir el sexo de crianza casi de inmediato, lo que significa que el diagnóstico se establecerá con precisión lo más rápido posible.

El médico explicara a los padres que el desarrollo genital antes del nacimiento fue incompleto lo que evita la necesidad de utilizar términos como intersexo o hermafroditismo. Este es un momento difícil desde el punto de vista emocional para los padres, ya que deben enfrentarse a sus propias angustias y temores así como a la curiosidad de otros miembros de la familia y amistades. Por lo tanto, lo mejor es retrasar el anuncio del nacimiento hasta haber esclarecido estos problemas.

Por lo tanto, se trata de un fenómeno sumamente complejo, ya que en la determinación del sexo intervienen las variables biológicas (cromosomas, gónadas, hormonas y morfología genitales), las sociológicas y las psicológicas, que se han de tener tomadas en cuenta desde un principio para determinar el

³⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Op. Cit.*, pág. 34.

sexo del infante, hacer su registro civil en tal sentido y, ser criado y educado de esa manera de forma inequívoca y clara.

5. El transexualismo.

Las investigaciones médicas y psicológicas de esta situación se dan a inicios del siglo XX, sin que exista aún pruebas científicas que determinen de manera concluyente qué determina este comportamiento ni hay aún una etiología clara, aunque prevalece la teoría biológica de su producción en la etapa fetal y perinatal del sujeto.³¹

El prefijo trans (o tras) da la idea de desplazamiento, pasaje de un lugar a otro, pero en la palabra transexual el contexto es diferente, debido a que no hay cambios entre sitios ni de personas, porque todo ocurre en el cuerpo de un sólo sujeto, quien se desplazaría, metafóricamente, entre dos sexos, dejando atrás el que lo caracterizara biológicamente desde su nacimiento y entrando en el otro.

Adriana Portas y Patricia Lang señalan que el término de "transexualismo" fue utilizado por primera vez por Caldwell en 1949, Wesphal dio la descripción de travestismo en 1876 al publicar el caso de un individuo arrestado por el robo de objetos femeninos y que iba vestido de mujer sin ser homosexual; y Hirschfeld en 1910 habla de afeminización con fetichismo. Actualmente, las clasificaciones más aceptadas son las de la Asociación de Psiquiatría Norteamericana a través del Manual de Diagnóstico (DSM-IV),³² la de la Organización Mundial de la Salud, y el CIE-10.³³

No obstante, el concepto no se encuentra consensuado, inclusive por la

³¹ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *la Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España, 2008, pp. 23-24.

³² El Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (en inglés *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, DSM) de la Asociación Psiquiátrica de los Estados Unidos, contiene una clasificación de los trastornos mentales y proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos y los investigadores de las ciencias de la salud puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos mentales. Tomado de <http://es.wikipedia.org/wiki/DSM-IV>, consultado el 04/06/2011.

³³ Tomado de **PORTAS, Adriana y Patricia LANG.** *Abordaje al travestismo y el transexualismo en la sociedad actual*. <http://www.aap.org.ar/publicaciones/forense/forense-5/tema-12.htm>, consultado el 26/05/2009. La CIE-10 es el acrónimo de la Clasificación internacional de enfermedades, décima versión correspondiente a la versión en español de la (en inglés) *ICD*, siglas de *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* y determina la clasificación y codificación de las enfermedades y una amplia variedad de signos, síntomas, hallazgos anormales, denuncias, circunstancias sociales y causas externas de daños y/o enfermedad. Tomado de <http://es.wikipedia.org/wiki/CIE-10>, consultado el 04/06/2011.

misma comunidad transexual, en algunas legislaciones para considerar a una persona transexual debe haberse sometido a una operación de reasignación de sexo, en otras no es necesario, bastando que exista una disconformidad entre el sexo psicológico y el poseído (Recomendación 1117/1989 del Consejo de Europa). Ante esta falta de consenso es que han surgido diferentes términos como transexualismo, persona transexualizada, síndrome de Harry Benjamin, disforia de género, trastorno de identidad sexual, trastorno de identidad de género, transgénero (teniendo la particularidad que se ha considerado como esta a la persona que no está conforme con su sexo pero no desea someterse una intervención quirúrgica de reasignación de sexo), transgenerismo o transgenericidad.³⁴

Diferente es el caso del homosexual y del travestido. El primero, se siente atraído por individuos de su mismo sexo, pero no desea modificar su cuerpo, se siente y vive como hombre, psíquica y físicamente, goza mediante el pene o la vagina, pero le gustan otros de su mismo género (no todos). El travestido o travesti, se viste y acicala como si fuese del otro sexo (suele ser un hombre disfrazado de mujer), pero se identifica como hombre. El transexual también se viste con las ropas del otro sexo, pero, mientras ese disfraz es para el travestido el fin para aquél es sólo un medio. Un travestido puede ser homosexual, pero no es transexual. Los transexuales están convencidos de que la naturaleza ha cometido un error en su caso e intentan rectificarlo.

Se indica que la primera intervención médico-quirúrgica de feminización de un transexual registrada en la historia, fue realizada el 3 de diciembre de 1952 por el centro médico Hamburger, Sturup e Iversen en Copenhague, a Christine Jorgensen, siendo que a partir de ese momento en el año 1953, Hamburger recibió a 357 hombres y 108 mujeres que pedían cambiar de sexo.³⁵

³⁴ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.*, pp. 26-29.

³⁵ **MUÑOZ SABATÉ, Luis.** *Op. Cit.*, pág. 35. Igualmente señala este autor que en la Gener Identity Clinic, de Baltimore en Estados Unidos de Norte América, el grupo clínico compuesto de médicos, endocrinólogos, ginecólogos, neurólogos, psiquiatras y cirujanos plásticos sólo aceptan para su transformación médico-quirúrgica a 8 candidatos de cada mil. Sin embargo, se dice que la primera operación fue Michael (Laura) Dillon, señalado por **VALDEÓN, Julio.** *El primer transexual de la historia.* <http://www.elmundo.es/suplementos/magazine/2007/416/1189606288.html>, consultado el 20/05/2009. También **MAIZTEGUI MARCÓ, Felicitas.** *Cambio de identidad sexual.*

El transexualismo fue incluido en 1996 en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-10), en el capítulo de los "trastornos de la identidad de género".³⁶ Sin embargo, fue excluido de esta clasificación en el año 2012 por la según la Asociación Americana de Psiquiatría (American Psychiatric Association (APA)), sobre lo cual hablaremos más adelante.

En cuanto al aspecto epidemiológico, demográfico y psiquiátrico de este trastorno, la incidencia del trastorno de identidad de género se considera que tiene una constante en hombres y mujeres que oscila entre 0,14 y 0,17 por cada 100.000 habitantes por año, mientras que los trastornos de la identidad sexual llega a uno de cada 11.900 hombres y una de cada 30.400 mujeres, con una prevalencia entre 2,5 a 6 veces mayor cantidad de hombres que cambian a mujer que a la inversa.³⁷

6. Concepto de transexualismo.

Condición o modo de ser de una persona que desea el paso del sexo que tiene al opuesto como consecuencia de sentirse de este modo y no de aquel. Aparte de eso cuando la persona adopta indumentaria del sexo contrario al suyo, se llama travesti, y el llamado transexual a quien no es solo que se ve atraído por los de su propio sexo, sino que desea con todas las fuerzas abandonar el que tiene y pertenecer al contrario, del que se siente y aspira a vivir con arreglo a este, lo que se puede describir con frases como "alma de mujer en cuerpo de hombre" o "alma de hombre en cuerpo de mujer".

<http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/03/el-cambio-de-sexo-en-el-extranjero.html>, consultado el 20/05/2009, dice que el primer cambio de sexo tuvo lugar en Berlín, efectuado a Elmar Wegener, quien pasó a ser Lily Elbe, transformándose de hombre a mujer y sucedió entre los años 1930 y 1932, donde al interesado le extrajeron los órganos masculinos, operación que llevó a cabo el Dr. Magnus Hirschfeld y se le realizó un trasplante uterino, pero el cuerpo rechazó el implante y el paciente falleció; también lo señala como la primera operación **PORTAS, Adriana y Patricia LANG. Op. Cit.**

³⁶ Esta decisión de la Organización Mundial de la Salud (OMS) provocó la consternación de las personas transexuales que denuncian una 'psiquiatrización' de su estado, según se indica en **Noticia de AFP Travesti, transexual y transgénero ¿quién es quién?**. <http://www.cadenaglobal.com/noticias/default.asp?Not=215039&Sec=75>, consultado el 19/05/2009.

³⁷ **GÓMEZ GIL, E.; J.M. PERI NOGUÉS; S. ANDRÉS PERPIÑA; y J. DE PABLO RABASSÓ. Trastorno de la identidad sexual: Aspectos epidemiológicos, sociodemográficos, psiquiátricos y evolutivos.** http://www.editorialmedica.com/cuader%2058_59_trabajo8.pdf, consultado el 10/06/2009.

También “*Al transexualismo se lo describe como una situación existencial que se despliega en la dimensión intersubjetiva y que, por lo tanto, no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica.*”³⁸

Señala Dogliotti que, se entiende por transexualismo, en general, el cambio de sexo, el pasaje de un sexo al otro, como consecuencia de una evolución natural o de intervenciones quirúrgicas o terapias hormonales. Considera, sin embargo, que más específicamente y más correctamente debería distinguirse entre “transexualismo” e “intersexualidad”. En el transexualismo se produce el cambio como consecuencia de intervenciones externas en casos de contraste insuperable entre sexo biológico y sexo psicosocial. Tratándose de la intersexualidad se advierte un cambio por evolución natural, actuado en cualquier caso por intervenciones quirúrgicas de leve entidad, frecuentemente relacionadas con situaciones originarias de incertidumbre en cuanto al sexo.³⁹

Esta disimilitud designada con el término disforia -proviene de su versión inglesa *dysphoria* y data del siglo IXX-, explicándose la misma como una conjunción de *dys* (mal/negación) y *pherein* (soportar), consiste en un desacuerdo profundo entre el sexo biológico y el sexo psicológico que se traduce en un disgusto persistente por algunas o todas las características físicas o papeles sociales que connotan el propio sexo biológico.

Como ya indicáramos, la identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales; cuando dicha identidad no corresponde con el sexo asignado al momento del nacimiento, la cual ésta generalmente acompañada del deseo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, con la consecuencia habitual del deseo, de modificar mediante métodos hormonales, quirúrgicos o de otra índole, el propio cuerpo, para hacerlo lo más congruente posible con el sexo sentido como propio. De allí, surge el

³⁸ **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho a la Identidad Personal.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992, p. 315, citado por **CASAS, Mariana.** *Op. Cit.*

³⁹ **DOGLIOTTI, Masimo.** *Voz "Transexualismo", en Novísimo Digesto Italiano.* Apéndice VII, p. 786, citado por **CASAS, Mariana.** *Op. Cit.*

conflicto con su corporalidad y con su entorno personal y familiar, que a falta de signos físicos evidentes *per se* que justifiquen su comportamiento, puede no entender los motivos de su proceder, lo que refleja la idiosincrasia de cada persona, el comportamiento y la evolución del transexual en su lucha por reconocerse y aceptar su propia identidad, así como por desarrollarse socialmente en el sexo al que realmente, en su fuero interno, siente que pertenece, lo cual le genera sufrimiento.

Por ello, se debe dar una atención integral a la salud de las personas transexuales que incluya todo un conjunto de procedimientos definidos desde la psicología y la medicina para que la persona transexual pueda adecuar los caracteres sexuales secundarios y primarios, según cada caso, a su identidad de género, partiendo de la base obvia de que existe una diversidad de comportamientos y respuestas entre las propias personas transexuales, ya que no todas las personas viven su transexualidad de la misma forma homogénea, por lo que su atención no se centra ni consiste únicamente en una cirugía de reasignación de sexo (vaginoplastia y clitoroplastia para mujeres transexuales; metaidoioplastia o faloplastia para hombres transexuales) que en una gran parte de los casos, ni siquiera constituye la parte esencial de un proceso de reasignación de sexo que abarca procedimientos tan diversos como la prestación psicoterapéutica (que debe también incidir en la construcción de mecanismos de autoapoyo para confrontar el rechazo del entorno social y familiar o la discriminación socio-laboral); las terapias hormonales sustitutivas para adecuar el sexo morfológico a la propia identidad de género; las intervenciones plástico-quirúrgicas necesarias en algunos casos sobre caracteres morfológicos de relevancia en la identificación de la persona como el torso o la nuez, por citar algunos; o prestaciones complementarias referidas a factores como el tono y la modulación de la voz, o el vello facial, entre otros; lo que evidencia la necesidad que el proceso de reasignación de sexo sea de carácter multidisciplinario ante las dificultades intrínsecas.⁴⁰

⁴⁰ Las intervenciones de los hombres transexuales afectan a la genitalidad, por lo que son las menos frecuentes en la práctica médico quirúrgica, por el riesgo que conllevan y la incertidumbre sobre la posterior funcionalidad urológica y sexual.

Por lo tanto existen diferentes teorías que tratan de explicar el fenómeno transexual como la *teoría genética*, que se basa en que existe una alteración en el sexo genético; pero es difícil de admitir, ya que el individuo tiene el cariotipo de su verdadero sexo y en él no se da ninguna alteración genética demostrable. Está la *teoría neurohormonal*, que se fundamenta en las alteraciones en las estructuras neuroendocrinas. También está la *teoría psicosocial*, relacionada con frecuencia a la presencia de una madre hiperprotectora y autoritaria, en contraste con un padre pasivo y débil que está ausente del hogar. Por último está la *teoría multifactorial*, en la que se ponen de relieve los factores constitucionales y lo adquirido; este último aspecto puede desencadenarse por influencias externas en los momentos más vulnerables del individuo. Adriana Portas y Patricia Lang indican que también Harry Benjamin, clasificó el transexualismo como el caso más extremo de trastorno sexual que se inicia con el travestismo; para este autor sería un continuo que va pasando de un tipo al otro en la medida en que la identidad sexual se va consolidando, siguiendo las siguientes etapas: 1) *pseudotravestista*: donde se adopta la identidad del otro sexo sólo ocasionalmente; 2) *travestismo fetichista*: adopta el hábito del otro sexo en forma frecuente y su conflicto es pequeño; 3) *travestismo verdadero*: viste la indumentaria del otro sexo tan frecuentemente como le es posible, su identidad sexual es aún la de su propio sexo, pero con una menor convicción que los anteriores; 4) *transexual verdadero de escasa identidad*: se viste frecuentemente con ropas del otro sexo, pero no se halla dispuesto a cambiar su identidad porque ésta es incierta; 5) *transexual verdadero de intensidad moderada*: vive como el sexo opuesto siempre que le es posible y su identidad sexual es la de éste; 6) *transexual verdadero de gran intensidad*: es el que vive habitualmente como el sexo contrario; su identidad sexual es la de ese sexo y trata por todos los medios de adecuarse a lo social.⁴¹

La determinación de una persona como transexual no es algo sencillo, porque existe también el transexualismo transitorio o situacional, que se ve en personas que tienen un tumor cerebral, una intoxicación por cocaína o en

⁴¹ Tomado de **PORTAS, Adriana y Patricia LANG**. *Op. Cit.*

personas epilépticas.⁴²

7. El trastorno de identidad de género como categoría médica reconocida.

El término transexual apareció por primera vez en la literatura médica en los trabajos de Hirschfeld en 1923, pero hablaba sin hacer distinciones entre travestismo, homosexualidad afeminada y transexualismo. Cauldwell en 1949, fue el primero en usar el término transexualismo en un sentido más actual, es decir, para denominar a los individuos que desean vivir de forma permanente como miembros del sexo opuesto y que quieren someterse a la cirugía de reasignación de sexo. La primera definición del término transexualidad data de 1953 y fue acuñada por Harry Benjamin,⁴³ endocrinólogo alemán afincado en Nueva York. Lo define como el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido y asumir el correspondiente rol y de recurrir, si es necesario, a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo. El sentimiento de pertenecer a un determinado sexo, biológica y psicológicamente, se llama identidad de sexo o de género, definido así por Money en 1955. En 1973, Fisk propone el término de síndrome de disforia de género que incluye al transexualismo pero también a otros trastornos de identidad de género. Tiene el sentido de que el trastorno produce ansiedad asociada al conflicto entre la identidad de género o sexual y el sexo asignado. En 1980 el transexualismo como diagnóstico es recogido por la Asociación Americana de Psiquiatría en el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 3ª edición (DSM-III) de 1968, revisado en 1973 (DSM-III-R). En la revisión de este manual (DSM-IV), se abandona la denominación transexualismo, y en su lugar se utiliza el término Trastorno de Identidad de Género (TIG)⁴⁴ [categoría 302.85], para

⁴² **BIANCO COLMENARES, Fernando.** *La teoría de la variante fisiológica aplicada al sexo ya la función sexual.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 37-39

⁴³ Se considera al Dr. Harry Benjamin (12/01/1885 a 24/08/1986) como padre del transexualismo, ya que la documentó científicamente, ayudó y apoyó a muchas personas y escribió el primer libro sobre transexualidad.

⁴⁴ El trastorno de identidad de género es un término técnico con el que se designa a las personas que tienen una contradicción entre su "sexualidad psicológica" y su "sexualidad genital". La enorme mayoría de las personas se identifica y siente como propio el sexo genital o biológico de

designar a aquellos sujetos que muestran una fuerte identificación con el género contrario e insatisfacción constante con su sexo anatómico, siendo su última versión de 2001 (DSM-IV-R). La CIE-10 o ICD-10 (International Classification of Diseases, décima edición), también incluye al trastorno de identidad de género.⁴⁵

De este modo, observamos cómo a partir de esta fecha el trastorno de identidad de género, la disforia aguda de género o transexualismo, se trataba de una categoría médica reconocida que poseía un protocolo médico de diagnóstico y tratamiento, lo cual cambiará con respecto al DSM posteriormente, tal como señalaremos más adelante.

7.1 La caracterización inicial en el DSM III.

En 1980 el transexualismo como diagnóstico es recogido por la Asociación Americana de Psiquiatría en el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 3ª edición (DSM-III), revisado en 1973 (DSM-III-R). Aquí se recogían cuatro categorías de diagnóstico caracterizadas por la aparición de un malestar intenso y persistente sobre el sexo poseído, estableciéndose diferenciaciones en función del momento de aparición del trastorno en la vida del individuo y de la presencia o no de transexualismo.

Por ello, se distinguía en: 1) trastorno de identidad sexual en la niñez: lo que ocurre antes de la pubertad con un persistente y profundo malestar en relación con el sexo anatómico y el deseo de pertenecer al otro sexo; 2) el transexualismo: que también tiene un malestar profundo y persistente, así como un sentimiento de inadecuación de su sexo anatómico, una vez que se ha alcanzado la pubertad y acompañado de una preocupación persistente acerca del cómo deshacerse de las características sexuales primarias y secundarias de su sexo y adquirir las del opuesto; 3) trastorno de identidad sexual en la adolescencia o adultez, de tipo no transexual: que son aquellos en los que el sentimiento de adecuación del propio sexo no se acompaña de una preocupación por deshacerse de sus propios caracteres sexuales, cambiando usualmente de ropa conociéndose

asignación, pero debido a la diversidad humana (y también a trastornos físico-fisiológicos como el pseudohermafroditismo) hay un grupo minoritario que sufre esta disfunción, también es conocido como disforia de género. Tomado de http://es.wikipedia.org/wiki/Trastorno_de_identidad_de_g%C3%A9nero, consultado el 04/06/2011.

⁴⁵ Así lo indica **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.*

como transvestismo; y 4) trastorno de la identidad sexual no especificado: en el que se reúne a todos los casos que se señalaron anteriormente como la intersexualidad y el pseudohermafroditismo.

7.2 La reformulación en el DSM IV.

En razón de las críticas efectuadas al término transexualismo, se abandona este término en el DSM-IV que se revisó en 2001, para referir a partir de ese momento como trastorno de identidad de género (categoría 302.85), para hablar de la disforia de género.

En el capítulo de los trastornos sexuales y de la identidad sexual se encuentran las descripciones de las disfunciones sexuales, los trastornos de la identidad y las parafilias, por lo que el DSM-IV define las parafilias como la presencia de repetidas e intensas fantasías de tipo excitatorio de los impulsos o del comportamiento sexual, incluyendo dentro de éste al fetichismo travestido con el código 302.3, utilizando como criterios para el diagnóstico que: A) Durante un período al menos de seis meses, fantasías sexuales recurrentes y altamente excitantes, impulsos sexuales o comportamientos que implican el acto de travestirse en un varón heterosexual; B) Las fantasías, los impulsos sexuales o los comportamientos provocan malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo. Debiéndose especificar si existe una disforia sexual en la que el individuo presenta malestar persistente con su papel o identidad sexual.⁴⁶

En este manual de la OMS no se utiliza el término transexualismo, sino que se describe como "trastorno de la identidad sexual", en donde se destacan dos componentes en los cuales debe haber pruebas de que el individuo se identifica de forma intensa y persistente con el otro sexo, que constituye un deseo de ser o la insistencia en que uno es del otro sexo. Igualmente está la clasificación 302.XX, con código CIE-9-MC, así los criterios de clasificación son:⁴⁷

⁴⁶ Tomado de **PORTAS, Adriana y Patricia LANG.** *Op. Cit.*

⁴⁷ Tomado de **PORTAS, Adriana; Silvina GUERRA; ZAPATA, Beatriz y Graciela FORNARI.** *Transexualismo: Aspecto éticos legales y religiosos.* <http://www.aap.org.ar/publicaciones/forense/forense-10/tema-4.htm>, consultado el 20/05/2009.

A) Identificación acusada y persistente con el otro sexo (no sólo el deseo de obtener las supuestas ventajas relacionadas con las costumbres culturales). En los niños el trastorno se manifiesta por cuatro o más de los siguientes rasgos: 1) deseo repetido de ser, o insistencia en que uno es del otro sexo; 2) en los niños, preferencia por el travestismo o por simular vestimenta femenina; 3) en las niñas, insistencia en llevar puesta solamente ropa masculina; 4) preferencias marcadas y persistentes por el papel del otro sexo o fantasías referentes a pertenecer al otro sexo; 5) deseo intenso de participar en los juegos y en los pasatiempos propios del otro sexo; y 6) preferencia marcada por compañeros del otro sexo.

En los adolescentes y adultos la alteración se manifiesta por síntomas tales como el deseo firme de pertenecer al otro sexo, ser considerado como del otro sexo, un deseo de vivir o ser tratado como del otro sexo o la convicción de experimentar las reacciones y sensaciones típicas del otro sexo.

B) Malestar persistente con el propio sexo o sentimiento inadecuado con su rol. En los niños la alteración se manifiesta por cualquiera de los siguientes rasgos: sentimiento de que el pene y los testículos son horribles o van a desaparecer, de que sería mejor no tener pene o aversión hacia los juegos violentos y rechazo a los juguetes, juegos y actividades propias de los niños; en las niñas, rechazo a orinar en posición sentada, sentimiento de tener o de presentar en el futuro un pene, de no querer poseer pechos ni tener menstruación o aversión acentuada hacia la ropa femenina. En los adolescentes y en los adultos se manifiesta por síntomas como: preocupación por eliminar las características sexuales primarias y secundarias (por ejemplo pedir tratamientos hormonales, quirúrgicos u otros procedimientos para modificar físicamente los rasgos sexuales y de esta manera parecerse al otro sexo) o creer que se ha nacido con el sexo equivocado.

C) La alteración no coexiste con una enfermedad intersexual.

D) La alteración provoca malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.

El Manual Psiquiátrico de Diagnóstico Estadounidense DSM IV Diagnostical and Statistical Manual of Mental Disorders de la American Psychiatric Association

(APA)⁴⁸ describe al transexual como toda persona que siente una identificación interna y persistente con el otro sexo, resultando una sensación de incomodidad en relación con su sexo, todo lo cual desemboca en una inadaptación social.

La incongruencia entre la identidad morfológica y la sexualidad psicológica del individuo supone un costo emocional, limitando sus posibilidades de integración psicosocial. En la transexualidad se configura una dicotomía entre su identidad cotidiana y la jurídica.

Así la DSM IV contiene las categorías, criterios y definiciones que se emplean en medicina para efectuar un diagnóstico clínico de los trastornos mentales, y en el tema que nos interesa vemos que se encuentra el diagnóstico F64.x de trastorno de identidad sexual 302.xx; F64.2 trastorno de la identidad sexual en niños 302.6; F64.0 trastorno de la identidad sexual en adolescentes o adultos 302.85.⁴⁹

La Asociación Americana de Psicología (APA), el 1 de mayo de 2008, según Lynn Conway, nombró a los miembros de los grupos de trabajo designados para revisar el Manual para el Diagnóstico de Desordenes Mentales (el DSM) en preparación para el DSM-V, en donde se incluye la sección de la disforia de género.⁵⁰

⁴⁸ Manual Diagnóstico y Estadístico de Desordenes Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría.

⁴⁹ **GIRALDO G., César Augusto.** *Medicina Forense.* Señal Editora. Undécima Edición. Medellín-Colombia, 2003, pp. 589-591.

⁵⁰ En estos grupos de trabajo está como Presidente de los Desordenes Sexuales y de Identidad de Género, el Dr. Kenneth J. Zucker, del Centro de Adicciones y Salud Mental (CAMH, anteriormente conocido como el Instituto Clarke), que es conocido por utilizar terapia reparativa (la terapia que se usaba antes para "curar" a la gente homosexual) para "curar" niños de género variante (transgénero). Igualmente, esta su mentor el Dr. Ray Blanchard, quien encabeza los Servicios Clínicos de Sexología en CAMH y es el creador de la teoría de autogynefilia, categorizada como parafilia y definida como 'la tendencia parafilica de un hombre a ser sexualmente excitado por el pensamiento o imagen de sí mismo como mujer'. El trabajo de estos investigadores llega incluso a tocar temas de eugenesia, siendo que propone dividir los transexuales por orientación sexual ('transexuales homosexuales' vs. 'autogynefilicos'), en repetidas ocasiones han estado en contra de la Asociación Mundial Profesional para Salud Transgénera (WPATH, anteriormente conocida como HBIGDA) y han desafiado abiertamente los Estándares de Cuidado que WPATH mantiene (modelado en los Estándares de Cuidado originales desarrollados por el Dr. Harry Benjamin) a favor de técnicas de conversión. También se encuentra la Dr. Alice Dreger, quien re-estigmatizó el tratamiento de personas intersexo, la sexóloga Dra. Anne Lawrence, y el Dr. Paul McHugh, quien en al principio de su carrera se puso como objetivo cerrar la Clínica de Genero en la Universidad John Hopkins. Información tomada de **TRANSBITACORA.BLOGSPOT.COM** http://www.transbitacora.blogspot.com/2008_06_01_archive.html, consultada el 21/05/2009.

7.3 La consagración o reconocimiento en la CIE.

Para este manual de la OMS de 1992, en su CIE-10, dentro del código F.64 se describen los trastornos de la identidad sexual, reconociéndola como una condición médicamente aceptada. Aquí se hace mención directa con la nomenclatura F.64.0 al transexualismo, incorporando a la definición el criterio de someterse a tratamiento quirúrgico.⁵¹

Se debe considerar que la CIE divide la clasificación de travestismo en "fetichista" y "no fetichista", indicando que el no fetichista como trastorno de la identidad sexual con el código F.64.1. y el fetichista como trastorno de la inclinación sexual F.65.1, donde se incluyen las parafilias. *Travestismo no fetichista*: consiste en llevar las ropas del sexo opuesto durante una parte de la propia existencia a fin de disfrutar de la experiencia transitoria de pertenecer al otro sexo, por lo tanto no tiene deseos de llevar a cabo un cambio de sexo permanente, menos aun una intervención quirúrgica. *Travestismo fetichista*: consiste en llevar ropas del sexo opuesto con el objeto principal de obtener excitación sexual. Pero el *transexualismo* consiste en la identificación con el otro sexo, no es únicamente el deseo de obtener las ventajas relacionadas con las costumbres culturales, sino que existe también un malestar, pues en cuanto a su anatomía se considera "una mujer atrapada en el cuerpo de un hombre o viceversa", por lo que suelen tomar una actitud querulante y reivindicatoria ante los obstáculos sociales o la no satisfacción de sus deseos (cambio de identidad, matrimonio, hijos) pudiendo desarrollar en muchos casos cuadros depresivos con riesgos suicidas; así la actividad sexual con el propio sexo por lo general se encuentra restringida, no queriendo que les vean o toquen los genitales; y cuando se establece una relación de un hombre transexual con un hombre será físicamente de tipo homosexual y psíquicamente heterosexual, igualmente como ocurriría con una mujer transexual que tiene relación con otra mujer, ya que para ellos el significado de la relación homosexual se establece con la mujer o con el

⁵¹ Tomado de PORTAS, Adriana; Silvina GUERRA; ZAPATA, Beatriz y Graciela FORNARI. *Op. Cit.*

hombre si es el caso debido a que, si soy mujer es lógico que me sienta atraída por un hombre, y si soy hombre atraído por una mujer.⁵²

El trastorno comienza en la infancia y en la adolescencia, por lo que el CIE-10 distingue el trastorno de la identidad sexual de la infancia con el código F 64.2; donde el niño se identifica con el otro sexo existe una atracción fuerte hacia los juegos o pasatiempos del otro sexo. Pueden negarse a ir a la escuela o a las reuniones sociales en donde sea necesario que lleven ropa acorde a su sexo biológico. En el adolescente las características clínicas pueden parecer tanto las del niño como el adulto y esto dependerá del desarrollo individual. El inicio de estas actividades comenzaría generalmente entre los 2 y 4 años; sólo un pequeño grupo de niños desarrollará en la edad adulta trastornos de la identidad sexual. Otros en etapas avanzadas de la adolescencia y de la vida adulta, sobre todo cuando han tenido el antecedente de trastornos de la identidad sexual en la infancia, teniendo orientación homo o bisexual, el resto se afirma como heterosexual.⁵³

En los varones adultos existen dos evoluciones diferentes, una en la cual continúan con este trastorno que se inició en la niñez o primeras etapas de la adolescencia; en la otra la identificación con el otro sexo aparece más tarde, donde se asocia frecuentemente o es posterior a un fetichismo travestismo (DSM-IV) y fetichismo no travestismo (CIE-10). En el *Tratado de Psiquiatría* de Kaplan también se hace referencia a la secuencia histórica y el comienzo temprano de ambos, diferenciando transexualismo primario y transexualismo secundario. El transexualismo primario comienza durante los primeros años de la vida y sigue en forma constante a través de toda la vida; el secundario comienza en etapas posteriores a la aparición de una conducta ligada al sexo, es decir, hay una historia de episodios o períodos en los cuales aparecen rasgos notablemente masculinos y asumen eficazmente el rol viviendo en su cultura como varones.⁵⁴

⁵² Tomado de **PORTAS, Adriana y Patricia LANG.** *Op. Cit.*

⁵³ Tomado de **PORTAS, Adriana y Patricia LANG.** *Op. Cit.*

⁵⁴ Tomado de **PORTAS, Adriana y Patricia LANG.** *Op. Cit.*

7.4 La reformulación en el DSM V.⁵⁵

La sociedad estadounidense de psiquiatría aprobó entre el 1 y 2 de diciembre de 2012, una revisión en la clasificación de algunas patologías mentales, entre las que ubica al autismo y sus variantes en una sola categoría y fuertes enfados de los niños como una verdadera enfermedad, con lo cual se pretende definir de manera más exacta las enfermedades mentales que tienen un verdadero impacto en la vida de los enfermos, pero no a ampliar el campo de la psiquiatría, según la Asociación Americana de Psiquiatría (American Psychiatric Association (APA)).

Esta fue la primera revisión desde 1994 del manual de referencia para el diagnóstico de enfermedades mentales o Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) en Estados Unidos, y la quinta desde su creación, lo cual es el desenlace de un largo debate entre los psiquiatras, las fundaciones y organizaciones de pacientes. Sin embargo, los nuevos criterios, serán dados a conocer cuando el nuevo manual de diagnóstico psiquiátrico se publique en mayo de 2013.

Entre una de las modificaciones importantes que se produjeron, está que los transexuales ya no son considerados enfermos mentales; el DSM-5, solo conserva la “disforia de género”, que no es más que la angustia que sufre la persona que no está identificada con su sexo masculino o femenino.

Así se refleja lo que los transexuales de todo el mundo llevan años pidiendo de ser excluidos de los manuales psiquiátricos, a pesar de poder cambiar su nombre u operarse los genitales para cambiar de sexo, ya que seguían padeciendo una enfermedad sobre el papel, sólo por el hecho de ser transexual. De esta manera, ha desaparecido el término “Transtorno de la Identidad de Género”, según ha explicado este martes una portavoz de la asociación.

No obstante, la clasificación general de la OMS sigue considerándolo una dolencia, aunque el DSM es la herramienta de referencia para el mundo de la

⁵⁵ Tomado de *Biblia de la psiquiatría certifica que los transexuales no son enfermos mentales*. <http://www.noticias24.com/gente/noticia/92944/biblia-de-la-psiquiatria-certifica-que-los-transexuales-no-son-enfermos-mentales/> y de *Revisan categorías de disturbios mentales*. <http://www.lapatilla.com/site/2012/12/03/revisan-categorias-de-disturbios-mentales/>, ambas consultadas el 05/12/2012.

clínica, pero no tanto en el ámbito académico, que sigue la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el ICD-10, que es un compendio de enfermedades de todo tipo, no solo psiquiátricas, sí que conserva el trastorno de identidad sexual, aunque se encuentra en proceso de revisión, como ha ocurrido con el DSM a la cual suele seguir.

8. La etiología del trastorno de la identidad de género.

Prácticamente todas las investigaciones coinciden en que la transexualidad no es una elección. Siendo que el género es uno de los elementos esenciales e inmutables de la persona, en donde los tratamientos médicos, psicológicos y psiquiátricos no hasta ahora pueden modificarlo. De allí que se busque que exista coherencia para hacer que compaginen o sea congruente el género con el sexo biológico, con lo cual han surgido la teoría psicológica (en proceso de abandono) y la teoría biológica que habla de un problema biológico con derivaciones psicológicas.

8.1 La teoría psicológica.

En la actualidad, los trastornos de identidad de género y la transexualidad - en cuanto problemas de salud mental graves- figuran perfectamente definidos y descritos en el protocolo establecido por la Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's (HBIGDA)⁵⁶ y en las clasificaciones internacionales de enfermedades. Pese a ello, no se indican tratamientos para eliminarla sino, por el contrario, la hormonación y la cirugía de reasignación sexual, que tienen como finalidad lograr la verdadera identidad de género de los afectados. Sin embargo, no fue así en un inicio, y existen dudas sobre su conceptualización futura, en línea con la idea expuesta de que los transexuales no son enfermos mentales.

Las teorías psicológicas, plantean que, en algún momento de la vida del transexual (especialmente en los primeros años) se produce un trauma, y por tanto cree que la afloración de este trauma se debería “curar” en algún momento.⁵⁷ Esta cura, sería por medios de tratamientos psicológicos y psicoanalíticos, sobre todo si este trastorno deriva de factores como el estrés prenatal, la relación

⁵⁶ Asociación Internacional de la Disforia de Género Harry Benjamin.

⁵⁷ Tomado de **LUNGUEIRA, Mariela; Mariela Montes y SINIBALDI, Marina. Op. Cit.**

materno filial de las primera etapas de la vida, influencias familiares patógenas o abusos sexuales durante la infancia o la pubertad, estos tratamientos podrían incluir lobotomía⁵⁸ y electroshock.⁵⁹

Incluso en la sentencia española del Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Valladolid de 13 de diciembre de 2004, en el expediente N° 898/04.8, se indicó que el transexualismo es entendido como la situación en el que se encuentra una persona que no se identifica, no está de acuerdo, con su sexo físico, morfológico e intenta cambiarlo, siendo definido por la Recomendación 117/1989 del Consejo de Europa como *“síndrome que se caracteriza por la existencia de una doble personalidad, una física y otra psíquica, estando la persona transexual profundamente convencida de que pertenece al sexo opuesto, lo que incita a pedir la correspondiente corrección de su cuerpo”*. Por su parte el Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas se refiere a transexualismo como *“identificación con sexo opuesto, con convicción de pertenecer a él y deseos de cambio de sexo morfológico”*. En definitiva, la transexualidad médicamente se viene a definir como una tendencia a la identificación sexual subjetiva de signo opuesto a sus características sexuales morfológicas, manteniendo la convicción fija de que su sexo anatómico es erróneo, si bien el error está en la mente del transexual no en su anatomía. Se trata, por tanto, de un trastorno mental en el que no hay ninguna patología anatómica o genética, y se diferencia de la intersexualidad o hermafroditismo, en que esta última es una patología con bases fisiológicas, genéticas, es decir, biológicas y que se define por la existencia de contradicción de uno o más de los criterios morfológicos que definen el sexo (estructura cromosómica gónadas, genitales internos y externos, caracteres sexuales secundarios).⁶⁰

Sin embargo, se debe destacar que en Francia se tomó la decisión de ordenar a las autoridades sanitarias que dejen de considerar la transexualidad

⁵⁸ La lobotomía es la destrucción total o parcial de los lóbulos frontales del cerebro sin ablación, en cuyo caso hablaríamos de lobectomía. Tomado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Lobotom%C3%ADa>, consultado el 04/06/2011.

⁵⁹ Véase también <http://www.elmundo.es/salud/2004/572/1084572003.html>.

⁶⁰ Tomado de **BOLETÍN DE ACTUALIDAD DE DERECHO CIVIL** <http://www.codigo-civil.org/archivado/?p=484>, consultado el 19/05/2009.

como una enfermedad mental, siendo que algunas organizaciones no gubernamentales esperan que la OMS asuma esa posición también.⁶¹

8.2 La teoría biológica.

Las teorías biológicas se basan en la existencia de diferencias somáticas entre los transexuales y los demás individuos, prestando mucha atención a los baños de hormonas durante el desarrollo prenatal y su posterior influencia en el desarrollo de la identidad del individuo.

Algunas asociaciones y médicos insisten en que una identidad de género (sentirse hombre o mujer) existe y es independiente de la identidad sexual de ser biológicamente macho o hembra, y de la orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual). Consideran que son víctimas de una alteración genético-hormonal que se produce durante el desarrollo fetal y que les fuerza desde la infancia a buscar su auténtica identidad sexual.⁶²

Aunque las causas de la transexualidad no son todavía bien conocidas, se admite que el proceso de diferenciación sexual se desarrolla durante la fase gestacional. Según Carla Antonelli, un reciente estudio de científicos californianos dice que la identidad sexual está enraizada en la biología de cada persona antes del nacimiento y brota de una variación en nuestros cromosomas individuales. Este equipo identificó 54 genes en ratones que podrían explicar por qué los cerebros de machos y hembras se presentan y funcionan de forma diferente. Desde la década de los 70, los científicos han creído que el estrógeno y la testosterona eran completamente responsables de organizar sexualmente el cerebro. Sin embargo, recientes evidencias indican que las hormonas no pueden explicar todo acerca de las diferencias sexuales entre los cerebros masculinos y femeninos. Carla Antonelli indica que una persona de este equipo de California dijo que sus hallazgos podrían explicar por qué nos sentimos hombres o mujeres, sin importar nuestra anatomía real y que estos descubrimientos daban crédito a la idea de que ser transexual, o sentir que uno ha nacido en el cuerpo del sexo

⁶¹ Tomado de **BACIGALUPO, Andrés**. *Francia deja de considerar la transexualidad como una enfermedad*. http://noticias.universogay.com/francia-deja-de-considerar-la-transexualidad-como-una-enfermedad1__18052009.html, consultado el 20/05/2009.

⁶² Tomado de **SÁNCHEZ, Mayka**. *Transexuales: la lucha por la identidad de género*. <http://www.convencion.org.uy/menu4-525.htm>, consultado el 21/05/2009.

equivocado, era un estado mental.⁶³

El neurobiólogo holandés Richard F. Swaab publicó un artículo en noviembre de 1995 en la revista "*Nature*", que según sus estudios demostraba que la región cerebral asociada al comportamiento sexual es menor en los transexuales con genitales masculinos que se sienten mujeres que en los humanos en general. No obstante, estas conclusiones son objeto de debate científico, aunque los expertos admiten que el transexualismo o transexualidad aparece como consecuencia de una alteración genético-hormonal que se produce en el periodo de desarrollo fetal. Así, para el endocrinólogo Antonio Becerra Fernández, del hospital Ramón y Cajal de Madrid, que participó en la redacción de una guía clínica, indica que la diferenciación sexual en los humanos, como en el resto de los mamíferos, es un proceso que nace con la unión de los gametos masculino y femenino, que determinará el sexo cromosómico (XX, niña; XY, niño), señalando en específico que "*los cromosomas (...) contienen la información necesaria para decidir el sexo gonadal, responsable de las secreciones hormonales de estrógenos o andrógenos, que actúan sobre diversas estructuras fetales y que van produciendo la diferenciación de los genitales externos e internos y del cerebro, que configurará finalmente el fenotipo, la identidad sexual y los comportamientos y habilidades femeninos o masculinos*". Sin embargo, considera que pueden aparecer alteraciones en alguna de las fases, que podrían ser genéticas o intrínsecas al proceso y causadas por factores exógenos, como la administración de hormonas a la gestante. Destaca Mayka Sánchez que en investigaciones recientes se demuestra que el gen SRY,⁶⁴ es responsable de la determinación sexual y fue localizado en el cromosoma Y, que en los humanos se expresa hacia la sexta semana de gestación, es el iniciador de una cascada de expresión de diversos genes, en la que "*una desigual recombinación en las*

⁶³ Tomado de **ANTONELLI, CARLA**. *Situación legal del colectivo transexual y Ley de Identidad de Género*. <http://www.trasversales.net/t01carla.htm>, consultado el 21/05/2009.

⁶⁴ El gen SRY (del inglés **Sex-determining Region Y**) es el que determina que las aproximadamente 4000 células germinales de los órganos genitales del embrión empiecen a formar los testículos, y así poder comenzar la producción de espermatozoides. No obstante, esta producción no comenzará hasta la pubertad. Se localiza en una porción proximal en 35 kb a la región pseudoautosómica (brazo corto) del cromosoma Y. tomado de <http://es.wikipedia.org/wiki/SRY>, consultado el 04/06/2011.

diferentes fases de la división celular entre los cromosomas X e Y podría dar lugar a gametos X con gen SRY, que generaría embriones XX con testículos, y gametos Y sin SRY, que originaría individuos XY con ovarios. También puede producirse una mutación espontánea en el gen SRY, que diera lugar a una mujer con una dotación cromosómica XY. Las alteraciones en algunas de estas secuencias podrían explicar los trastornos de identidad de género", afirma Becerra.⁶⁵

Así este elemento celular o cromosómico, de acuerdo a las investigaciones en curso, revelan que esa fuerte tendencia que surge en las personas entre los dos y cuatro años deriva de las células cerebrales, ubicadas en el hipotálamo y que se refieren a la relación sexual. La afición, conducta o comportamiento sexual, estarían determinados por células provenientes de una placa, sin que ello tenga efectos en una variante de los cromosomas. Por ello, la alteración de los núcleos copa su conformación abarcando el espacio del citoplasma, lo que incidiría en la preferencia erótica del sujeto. Por su parte, los cromosomas no alterados estarían, condicionados por las células con núcleos agigantados que llevan a la inclinación distinta en lo erótico. De allí, que las opiniones llevan a pensar en un hecho biológico congénito, que madura con los años, por lo que existiría en el transexual un proceso biológico, además del psicosocial, por lo que esta comprobación, llevada a cabo por científicos australianos, plantearía la posible mutación del gen SRY.⁶⁶

Lo anteriormente expuesto confirmaría que no hay un cambio voluntario y caprichoso, sino una verdadera terapia para lograr la identidad sexual, pasando de su dislocación a la unidad psicosomática, con provecho de la personalidad humana y sus caracteres. Es cuestión, entonces, propia del derecho a la salud, como destacada prolongación del derecho al cuerpo, de la plenitud del desarrollo del ser humano en una vertiente principalísima que atañe a la identidad personal y a la privacidad o intimidad de la vida.⁶⁷

⁶⁵ Tomado de **SÁNCHEZ, Mayka**. *Op. Cit.*

⁶⁶ **RUBIN-SO**. *Sex reassignment surgery male to female. Review own results and report of a new technique*. En *Scand J Urol Nephrol Suppl*. 1993. p. 154; pp. 1-28, citado por **CASAS, Mariana**. *Op. Cit.*

⁶⁷ **CIFUENTES, Santos**. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1995, p. 311, citado por **CASAS, Mariana**. *Op. Cit.*

Por otro lado Gregorio Marañón, hace más de 60 años, decía que el cerebro es el órgano sexual más importante y que entre el cuarto y el octavo mes del embarazo se configura la diferenciación sexual cerebral, que, en condiciones normales, irá asumiendo su condición de hembra si es XX y de varón si es XY.⁶⁸

También Joan Soler, decía que en los transexuales el cerebro experimenta una diferenciación sexual contraria a la dotación cromosómica del feto, que no sólo está genéticamente determinada, sino también hormonalmente: *"En la transexualidad puede haber alteraciones en alguno de los cuatro protagonistas del sistema neuroendocrino: las hormonas, los receptores hormonales, las neuronas y los neurotransmisores"*, por lo que en su opinión, los transexuales llegan a sentir tal rechazo por sus genitales, llegando a mutilarse el pene o intentar suicidarse por el sufrimiento que genera la disparidad entre el sexo cerebral y el anatómico, por lo que *"es frecuente que se automediquen (...) sin consultar con ningún especialista, y que caigan en la sobredosificación, según las pautas de otros compañeros. Llegan a multiplicar por 10 y hasta por 100 las dosis correctas, en la creencia de que la velocidad del cambio físico aumenta proporcionalmente a la dosis. Sin embargo, esto potencia los riesgos de cualquier terapia hormonal y les expone a tromboembolismo, varices, cáncer de mama, alteraciones hepáticas y otros problemas"*.⁶⁹

Se considera que existe alteraciones en el núcleo basal de la estría termina (BST-c), que en los hombres transexuales es del tamaño de las mujeres biológicas y no más grande como el de los hombres, y en el caso de las mujeres transexuales era del tamaño del hombre biológico, siendo que esos resultados no se alteran por razones hormonales, ya que se estudiaron a personas que por muchos años estaban desprovista de hormonas correspondientes a su sexo gonadal, por lo que se propone la hipótesis científica de que existe una reversión cerebral debida a factores hormonales presentes en las etapas tempranas de formación del embrión, en la etapa fetal temprana, como una alteración que hace que el cerebro se impregne hormonalmente de una sexualidad distinta a la genital,

⁶⁸ Tomado de **SÁNCHEZ, Mayka**. *Op. Cit.*

⁶⁹ Tomado de **SÁNCHEZ, Mayka**. *Op. Cit.*

produciéndose una interacción alterada entre factores genéticos, desarrollo cerebral y acción de las hormonas sexuales.⁷⁰

Gran parte de la profesión médica, reconoce la existencia de causas neurológicas para el transexualismo, donde ciertos estudios apuntan al tamaño del cerebro y al rol de la diferenciación sexual durante el desarrollo embrionario.⁷¹

9. Protocolo de tratamiento del trastorno de identidad de género.

Existe la intervención quirúrgica, como una manera de buscar solución a la situación de los transexuales, pero la agresividad de las operaciones de “cambio de sexo”, su costo, su alto riesgo y las posibles complicaciones del postoperatorio, llevan a muchos transexuales a las terapias hormonales -anteriormente nombradas-; o sólo a un cambio de conducta y vestimentas.⁷²

La reasignación quirúrgica del sexo, de femenino a masculino o viceversa, se entiende como el proceso final del tratamiento médico-quirúrgico del trastorno de la identidad sexual ya que previamente a la intervención quirúrgica en que se pretenda amputar órganos sexuales y reconstruir otros se efectúan varios pasos como: 1) valoración psicológica en profundidad; 2) tratamiento y control del

⁷⁰ **ZHOU, J.N.; M. HOFMAN; L.J. GOOREN y D.F. SWAAB.** *Diferencia sexual en el Cerebro Humano y su relación con la Transexualidad.* <http://www.geocities.com/WestHollywood/Village/7618/Index09.htm>, consultado el 24/07/2008.

⁷¹ En **MEDINA, Graciela y Carolina WINOGRAD.** *El transexual condenado y la condena de ser transexual.* Revista de Derecho Penal. Editorial Rubinzal Culzoni. 2001. p. 2, de allí también se observa cómo los tribunales norteamericanos, a partir de los distintos grados de transformación, han podido hablar de un crisol de desórdenes físico-psíco-emocionales y elaborar categorías diferenciales: 1. El transgénero post-operado: Aquellas personas que encuadran dentro de esta primer categoría suelen embarcarse en un largo proceso para convertir su “sexo inicial” en su “otro sexo”. Primero deben estar médicamente asesoradas, a los efectos de saber si su disforia podría reducirse a través de una cirugía de reasignación de género. Esta etapa incluye un período de adaptación mediante la utilización de la vestimenta del género deseado por períodos mayores a un año. Es también aquí cuando comienzan las terapias hormonales y las cirugías estéticas. La operación de reasignación de sexo más común es la vaginoplastia, mediante la cual se invierte el pene para crear una vagina artificial. Cuando el género deseado es el masculino, los transexuales se someten a la llamada faloplastia, la cual importa la creación de un pene por la prolongación del clítoris o de algún otro tejido del cuerpo. 2. El transgénero en transformación: Esta categoría puede a su vez ser dividida en subcategorías según el nivel de transformación: aquellos que se preparan para la cirugía de reasignación de sexo y aquellos que se están transformando a través de cirugías estéticas o terapias hormonales. 3. El transgénero no tratado: No se someten a ningún tratamiento para lograr la transformación del género. Este grupo incluye a aquellos que utilizan ropas del sexo del otro sexo (travestis) regular o esporádicamente. 4. El transgénero gay o lesbiana: Muchos activistas transexuales estiman que aproximadamente un 40% de los transexuales son lesbianas, homosexuales o bisexuales.

⁷² **RABINOVICH-BERKMAN.** pp. 141-192. citado por **LUNGUEIRA, Mariela; Mariela Montes y SINIBALDI, Marina.** *Op. Cit.*

tratamiento hormonal; 3) completar un período mínimo de 18 meses viviendo con el nuevo rol; 4) revaloración psicológica y asesoramiento médico-legal; 5) intervención quirúrgica; y 6) seguimiento de la persona operada.⁷³

También se encuentra presente el *síndrome de dismorfia*, el cual se caracteriza por la inhabilidad del paciente para identificarse con su sexo anatómico y por un deseo no controlable del cambio de género. Con razón, Mason y McCall Smith hablan del “*sufrimiento casi insoportable*” que genera “*el síndrome en su total desarrollo*”.⁷⁴

De allí que se exija para efectuar un diagnóstico que el paciente cumpla con: 1) un sentimiento de disconformidad y repugnancia con el sexo anatómico, junto a un sentimiento de larga duración de pertenecer al sexo opuesto; 2) un deseo de cambio de sexo para poder vivir en un rol de sexo opuesto, junto a un comportamiento del sexo opuesto y una vestimenta del sexo opuesto, sin producción de excitación sexual; 3) ausencia de síntomas o comportamientos homosexuales; 4) presencia de síntomas durante un mínimo de dos años; 5) ausencia de anormalidades físicas de estado intersexos, o anomalías genéticas; y 6) ausencia de etiología esquizofrénica.

Por ello, creemos que se debe proceder al cambio de sexo únicamente cuando se haya realizado un diagnóstico, exista indicación clara de cambio de sexo, y cuando todas las condiciones y supuestos del diagnóstico se hayan cumplido.

Igualmente, ante el transexualismo en sus diferentes grados, existen otras preferencias catalogadas de patologías y que son completamente distintas, aunque alguna tenga como método de rehabilitación el mismo aplicando al transexual, entre estas tenemos a:

Tipo I, *pseudostravestismo*: quien en forma arbitraria accede a utilizar vestimenta femenina. Entre otros encontramos a los homosexuales tranvestistas.

Tipo II, *travestista fetichista*: quien encuentra excitación al utilizar vestimenta femenina, al menos utilizándolo bajo su vestimenta masculina.

⁷³ Tomado de LUNGUEIRA, Mariela; Mariela Montes y SINIBALDI, Marina. *Op. Cit.*

⁷⁴ MASON J. K. – MCCALL SMITH, R. A. *Law and Medical Ethics*, Londres, Butterworths, 1987, pp. 34-35, citado por LUNGUEIRA, Mariela; Mariela Montes y SINIBALDI, Marina. *Op. Cit.*

Tipo III, *verdadero travestista*: quien no puede obtener un equilibrio efectivo excepto cuando se exhibe con vestimenta de tipo femenino.

Tipo IV, *transexual* (primer grado): quien requiere de tratamiento a base de estrógeno para imitar la forma femenina y para quien el usar vestimenta femenina no es suficiente, pero sin contemplar la idea de cambiar sus genitales mediante una intervención quirúrgica.

Tipo V, *transexual* (segundo grado): Quien desea impulsivamente la conversión mediante operaciones y en caso de no poder llevarlas a cabo, obtiene un equilibrio psíquico precario mediante psicoterapia y tratamiento a base de estrógenos.

Tipo VI, *transexual*: quienes urgentemente solicitan la operación de conversión de sexo, al grado que, de no concederse, el sujeto llega a los extremos de automutilación y en algunos casos hasta el suicidio.

Finalmente existe el hermafroditismo o intersexualismo, como se le ha llamado para distinguirlo del transexualismo, que es otro tipo de anomalía física y que nos termina de dar el panorama completo.

Aunque ya lo mencionamos antes recordamos que el hermafroditismo o intersexo consiste en que el sujeto presenta al nacer rasgos y órganos sexuales de ambos sexos, por lo que se requiere su definición, según los elementos preponderantes, para lo cual es necesario el tratamiento y la intervención quirúrgica. En el caso de los pseudohermafroditas se refiere a los sujetos con clítoris hipertrofiado. Por ende, el intersexual se caracteriza por sus anomalías morfológicas de origen cromosómico que hacen difícil la identificación de su sexo, pues posee atributos tanto masculinos como femeninos.

Así para el transexual como para el hermafrodita o pseudohermafrodita el tratamiento a aplicar conlleva:

A. *Primera etapa tratamiento.*

1. La reasignación hormonal
2. La reasignación parcial o total quirúrgica
3. Ambas reasignaciones o reconstrucciones van acompañadas de una psicoterapia (que no busca cambiar a la persona) dirigida a encontrar en

forma conjunta el cómo enfrentar los conflictos y dificultades que tendrá el cambio de aspecto, en el ámbito, social, laboral y familiar y de pareja.

4. La duración del proceso cuando se empieza de cero se calcula en dos años.
5. En el primer año acompañado de la psicoterapia se inicia la reasignación hormonal y se le da tiempo a los cambios que pueden llegar en mayor o menor grado.
6. En la psicoterapia se va preparando lo que puede suceder con el cambio de imagen en el ámbito social, familiar, laboral y de pareja.
7. En el segundo año se entra a lo que se conoce como “la prueba de vida”. Es decir vivir en el rol todos los días por 24 horas al día durante un año.
8. Tanto el diagnóstico como el proceso y el tiempo es para proteger a la persona, no es algo que se efectúa por burocratismo.
9. Tampoco es rígido: hay variaciones
10. Siempre hay que realizar un diagnóstico que descarte problemas de intersexo (valoración genética y hormonal) o incluso un problema psiquiátrico subyacente a la demanda de la reasignación (examen del estado mental).
11. La reasignación hormonal en el varón biológico es la eliminación de la función testicular, son antiandrógenos. En la mujer biológica es la administración de testosterona, los ovarios y sus hormonas no contribuyen a la femineidad, sólo al ciclo menstrual.

B. Segunda etapa de tratamiento con la reasignación quirúrgica.

1. La eliminación de los testículos que reduce la necesidad de hormonas antiandrogénicas.
2. La mastectomía que elimina una de las partes más molestas y ostentosas para las personas de femenino a masculino.
3. La eliminación del útero y ovarios para preparar la fase final de la reasignación.

4. Finalmente, en las personas que lo desean, la reasignación de órganos sexuales pélvicos externos. Esto siempre debe ser realizado por cirujanos experimentados y éticos. Solo realizan la reasignación cuando está aprobada por el equipo psicoterapéutico. Por protección del paciente.

Por ello es que se efectúa una reunión con los peritos, principalmente con los de psiquiatría y psicología, ya que es de suma importancia el efectuar los estudios de personalidad para determinar la identidad de género (la cual se logra en los primeros 3 años de vida) y de allí determinar el tipo de trastorno que puede ser: I) psicótico; II) *border line*, en el que aparece la clasificación del homosexualismo con los siguientes variantes: a) trastorno de identidad de género o transexuales, que sí son aptos para la reasignación de sexo, b) preferencias sexuales o travestismo, los cuales no son aptos, y c) perversiones sexuales como fetichismo, voyerismo, etc., que tampoco son aptos; y III) neurótico.

La cirugía plástica es de dos tipos: I) en el hombre formación de vagina con la advertencia de que deberá someterse a tratamiento doloroso para evitar que se cierre la incisión, II) en la mujer un injerto de pene. La urología conlleva la reimplantación de uretra, en la endocrinología, se da un tratamiento hormonal de por vida y en la ginecología, donde a) de mujer a hombre se aplica testosterona, y b) de hombre a mujer se suministran estrógenos, se quita la próstata y aparece incontinencia urinaria, siendo que debido al tratamiento hormonal hay que advertir la posibilidad de riesgo de cáncer de mama. Desde el aspecto antropológico se debe determinar la edad cronológica y biológica. Igualmente se requiere del auxilio de la radiología, la odontología, determinación de los aspectos somáticos, la morfometría y las zonas geográficas. También se deben hacer estudios de genética. Finalmente, se debe de hacer saber al candidato la irreversibilidad del tratamiento y recabar la firma del consentimiento para evitar denuncias y demandas por responsabilidad.

Por otra parte, la página sobre medicina de internet (www.health.com), en el artículo denominado *Cuando el sexo es asignado en el nacimiento (When Sex is assigned at birth)*, se toca el tema de la transexualidad, explicando las recientes

investigaciones que se han hecho por médicos, abordando la problemática de los padres y su decisión de “elegir”, la identidad sexual bajo la cual criarán a sus hijos, cuando la misma no se encuentra totalmente definida por diversos factores que implican una anormalidad en sus genitales que no llega a configurarse como un caso de hermafroditismo. Del estudio surge que un porcentaje elevado de ellos fueron sometidos a cirugías y tratamientos hormonales, y cuando cumplieron la mayoría de edad pudo comprobarse, según los testimonios de los mismos, que existía conformidad en general con su designación sexual, aunque un pequeño porcentaje decidió cambiar su sexo en la adultez. Se evidencia así que existe la necesidad de adquirir un mayor conocimiento de su condición sexual. De allí que hay que tener una concientización acerca de la necesidad de prever los riesgos y beneficios de un tratamiento quirúrgico, especialmente poniendo una luz de alerta si la misma se efectúa a un recién nacido.⁷⁵

10. Posturas desde el punto de vista médico.

10.1. Postura negativa.

Esta posición, se fundamenta principalmente en que en este caso no se puede aplicar el concepto de intervención terapéutica, ya que el órgano en que se ejerce dicha intervención no está enfermo y no causa daño alguno al organismo; pero sobre todo porque el resultado de la intervención consistiría en una verdadera y auténtica “castración” del sujeto hombre, en la ablación de las gónadas y del aparato reproductivo interno, con la consiguiente pérdida de la capacidad de procrear que existe, al menos potencialmente, en gran parte de los sujetos, al igual que ocurre con las mujeres a las que se les hace una mastectomía y una histerectomía, con lo cual se les dejaría totalmente estériles.

10.2. Postura positiva.

Al contrario de la anterior que niega la posibilidad de intervención quirúrgica, ésta se apoya en una interpretación extensiva del concepto de terapia o terapéutica, aplicando el principio de totalidad, justificando en algunos casos la intervención, porque sería funcional al bien de la persona globalmente considerada, incluida su salud psíquica.

⁷⁵ Tomado de LUNGUEIRA, Mariela; Mariela Montes y SINIBALDI, Marina. *Op. Cit.*

Por eso juega un papel importante el consentimiento informado de manera autónoma, que según señalan Beauchamp y Childress⁷⁶ una acción es autónoma cuando se dan los siguientes requisitos: 1) intención, que no permite gradación; 2) conocimiento; y 3) ausencia de influencias externas que pretendan controlar y determinar el acto; las cuales si pueden estar presentes en mayor o en menor grado. Con esto se observa que no es necesario que el conocimiento y la independencia sean totales para que una acción sea autónoma, sino que basta cierto grado de ambas, por lo que la toma de decisiones por los pacientes debe cumplir con el ideal de autonomía. La ética biomédica de respeto a la autonomía de las personas, implica respeto al derecho de la persona a elegir y a realizar acciones basadas tanto en sus valores como en sus creencias personales, respeto que debe ser activo y no simplemente una actitud, lo cual implica no sólo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas, sino también en asegurar las condiciones necesarias para que la elección sea autónoma, mitigando los miedos y todas aquellas circunstancias que puedan dificultar o impedir la autonomía. De allí la obligación de los profesionales de informar, buscar y asegurar la comprensión y la voluntariedad y de fomentar la toma de decisiones adecuada, que dentro de la asistencia sanitaria es el consentimiento expreso e informado, lo que le da validez al consentimiento. El paciente es competente para tomar una decisión si es capaz de entender la información material sobre un determinado tratamiento o intervención, de hacer un juicio sobre dicha información tomando como base sus valores personales, de pretender alcanzar un determinado objetivo y de exponer sus deseos ante su médico.

Con respecto a la operación de adecuación del sexo, es necesario que haya un consentimiento informado (información suficiente y necesaria sobre el tratamiento u operación) debido a las consecuencias que acarrea dicha operación (siendo necesaria la comprensión de dicha información y la voluntariedad al decidir someterse a la misma). Consentimiento informado, que será una declaración de voluntad efectuada por el paciente, luego de brindársele una

⁷⁶ **BEAUCHAMP, T.L. y J.F. CHILDRESS.** *Principios de ética biomédica.* Editorial Masson. Barcelona, España, 1999.

suficiente información del procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse al procedimiento o intervención.

Por ello, el médico que efectuará la intervención quirúrgica de reasignación de género debe, contar primero con un diagnóstico, acreditado por parte de un psiquiatra especializado, de la transexualidad de la persona solicitante; y posteriormente evaluar si su paciente tiene o no capacidad para comprender la información más importante relacionada con la cirugía. Luego si el médico considera que el paciente es competente a estos efectos, tiene, entonces, el deber de suministrarle toda la información necesaria y suficiente relacionada con el proceso transexualizador, como lo relativo a la previa terapia hormonal, lo que ella va implicar, sus riesgos y beneficios; que la modificación es muy parcial ya que sólo podrá parecer o asemejarse a un individuo del otro sexo y no que será efectivamente en todo sentido biológico del otro sexo. Además, es un deber del médico informar al paciente sobre los riesgos y beneficios de la intervención, por lo que es conveniente la creación de un protocolo médico que informe los resultados de las intervenciones, con detalle de las técnicas empleadas y complicaciones que pueden surgir, así como de informar sobre los tratamientos alternativos (menos cruentos), como el psicológico y el hormonal. También debe estar dispuesto de responder cualquier pregunta del paciente, ya que, una vez que el paciente ha comprendido toda esta información, ha evaluado los riesgos y beneficios y decide voluntariamente someterse a esta intervención quirúrgica existirá un consentimiento informado.

Si el médico incentiva al paciente a someterse a la cirugía mediante la falacia de que podrá convertirlos en un verdadero sujeto del sexo opuesto, o que en un futuro existirán trasplantes que permitirán convertirlo completamente en el sexo deseado, podría impedir que exista un consentimiento informado. El consentimiento informado será conveniente que sea dado en forma escrita, para evitar ulteriores conflictos respecto de la prueba del mismo, sobre todo al tomar en cuenta al principio de no maleficencia del deber de no causar daño, el cual da

lugar a una serie de reglas morales específicas como la de “no incapacitar a otros”.

La adecuación del sexo se produce mediante la extirpación de los órganos genitales, lo cual ocasiona esterilidad e incapacidad de procrear, tanto en el varón como en la mujer transexual. Por lo que, de conformidad con el principio mencionado, si no existen expectativas razonables de obtener beneficios de la intervención quirúrgica, cualquier gasto, dolor o inconveniente resultará excesivo, de manera que en estos casos existe para el médico la obligación de no tratar, ya que si el médico trata, hay maleficencia. Pero cuando hay expectativas razonables de obtener beneficios mayores a los perjuicios, es el paciente quien tiene derecho a decidir si se someterá o no al tratamiento u operación evaluando dichos beneficios y perjuicios. En la llamada operación de “cambio de sexo”, existen expectativas razonables de obtener importantes beneficios de tipo psicológico, que justifican los perjuicios derivados de la ablación de los genitales, de manera tal que no es posible sostener que esta operación no debería ser realizada. De todos modos es el paciente transexual quien en definitiva debe evaluar los beneficios y perjuicios de la operación y en virtud de dicha valoración tomar una decisión informada.

11. La confidencialidad y el deber médico de guardar el secreto.

Durante el proceso médico uno de los aspectos más importantes para el paciente, es el que se mantenga la privacidad, sobre todo en estos casos en el que intervienen varios especialistas, por lo que debe garantizarse la intimidad y la confidencialidad de las historias clínicas y datos personales, y la consistencia en la utilización de la nueva identidad del paciente durante el proceso de reasignación, ello no solo durante los ingresos clínicos sino en todos los servicios asistenciales, así que existe un deber del médico en guardar el secreto.

La confidencialidad implica el no revelar voluntariamente alguna cuestión médica, así como la obligación de mantener el secreto de éste. De allí, que el secreto profesional es consecuencia o derivación del derecho a la intimidad y que, como deber de protección se encuentra implícito en la relación contractual entre el

médico y el paciente o de la relación extracontractual que por razón de la profesión se deriva, por lo que su inobservancia genera responsabilidad.

Estas obligaciones del médico y demás personales involucrado en el servicio de salud, se encuentran reguladas en la Ley de Ejercicio de la Medicina⁷⁷, en el Código de Deontología Médica⁷⁸ y así como del Reglamento de la Ley del Seguro Social⁷⁹ (Art. 185), en los cuales se establece que no pueden dar o conocer y mantener el secreto de los conocimientos que obtiene en ejercicio de su profesión, siendo éste inherente al servicio de la medicina en protección del paciente, en amparo y salvaguarda del honor del médico y de la dignidad de la ciencia, motivo por el cual es inviolable y genera la obligación del profesional de guardarlo, así como a los estudiantes de medicina y a los miembros de profesiones y oficios paramédicos y auxiliares de la medicina, manteniéndose esto incluso después de la muerte del paciente, todo ello en respeto de la dignidad de la persona humana, debiendo prevalecer los deberes médicos sobre sus pacientes sobre sus derechos tanto individuales como en función gremial, por lo que todos aquellos que están ligados a la profesión médica y comparten alguno o algunos de los deberes que incumben a la profesión, se hallan obligados a guardar el secreto profesional, teniendo el médico que velar porque sus colaboradores guarden el secreto profesional, el cual se refiere no sólo a los hechos de carácter médico, sino a todo aquello que llegare a conocimiento del médico con motivo o en razón de su ejercicio profesional. Sobre este punto llama la atención que también se debe rechazar cualquier intento destinado a imponer una legislación sobre el procesamiento electrónico de datos que pueda poner en peligro el carácter confidencial de la información recogida, para lo que debe lograrse una protección

⁷⁷ Publicada en la G.O. N° 39.823 de 19/12/2011.

⁷⁸ Aprobado originariamente durante la CXXXIX reunión extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana, realizada en Barquisimeto, el 18 y 19 de Octubre de 2003, y aprobada finalmente durante la CXL reunión extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana, realizada en Cumana, entre el 24 y 26 de Octubre de 2004.

⁷⁹ Publicado en la G.O. N° 39.912 de 30/04/2012. Este artículo establece que: *“Los empleados del Seguro Social están obligados a guardar el secreto profesional; y los hechos y datos de carácter estrictamente confidencial que lleguen a su conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, deberán mantenerlos en tal carácter y no podrán revelarlos sino a las autoridades competentes del Instituto. La violación de esta norma será causal de destitución, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.”*

efectiva contra el uso de retransmisiones de los registros de cualquier información personal antes de que entre a la computadora, siendo que esa base de datos sólo debe ser disponible para la profesión médica y no debe vincularse a otras bases de datos, además de existir en el sistema computarizado una clave secreta especial para acceder al banco de datos y a cada una de las unidades terminales, la cual tendrán únicamente y exclusivamente a los médicos y personal auxiliar debidamente adiestrado y autorizado, siendo esto extensivo al manejo de la información conservada en el sistema computarizado de historias clínicas.⁸⁰

El Código Penal tiene una disposición general sobre el secreto profesional, cuya divulgación configura un delito que está clasificado entre los que el legislador establece contra la inviolabilidad del secreto (Art. 189), de esta norma se desprende que no es absoluto, ya que puede ser revelado si no causa perjuicio su revelación, y aunque lo causa, si se revela por justo motivo, que en el caso del médico podría ser la denuncia de los delitos de acción pública (COPP), así como el Código de Deontología Médica (Art.(s) 7, 96, 116, 127, 136, 137, 187, 189 y 191), tampoco responde cuando realice experticias médico-legales en materia civil, porque como médico-experto está cumpliendo una función judicial y se asimila en esos casos a un funcionario público desde el punto de vista del (Art. 235 del CP); tampoco hay violación en los supuestos establecidos en la Ley de Ejercicio de la Medicina como cuando hay autorización o lo ordena la ley, entre otros (Art.(s) 47 y 48), lo cual se ve también en el Código de Deontología Médica (Art.(s) 130 a 132 y 134 a 137).⁸¹ El incumplimiento de mantener el secreto médico, además de la sanción penal, también acarrea sanciones disciplinarias, según la Ley de Ejercicio de la Medicina (Art. 117) y del Código de Deontología Médica (Art. 241).

Además se debe tener en cuenta que la intimidad del transexual es especialmente vulnerable ya que debe someterse a un largo proceso de un

⁸⁰ En este sentido se pueden ver los Art.(s) 46 a 53 de la Ley de Ejercicio de la Medicina, así como de el punto 5 de la Declaración de Principios, el punto 6 del Juramento y los Art.(s) 6, 11, 19 y 126 a 145, del Código de Deontología Médica.

⁸¹ **CHIOSSONE, Tulio.** *Temas Procesales y Penales.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, Venezuela, 1977, pp. 291-312.

tratamiento médico en el que intervienen distintos profesionales dependiendo de la etapa en la que se encuentre, ya sea de adaptación física o de atención psicológica. Esto implica además que existe un secreto médico compartido, lo cual lo hace más delicado, sobre todo si consideramos que podría ocurrir que el tratamiento completo no se pudiera realizar en un solo centro médico sino que pudiese realizar en varios ante los distintos profesionales requeridos.

Igualmente de importante es el secreto de los profesionales de la medicina, el guardar el secreto e intimidad en los casos de los intersexuales, así como con los transexuales o transgéneros, ya que estos poseen derechos reconocidos tanto en la Ley de Ejercicio de la Medicina (Art. 46) como en el Código de Deontología Médica (Art. 72).

De acá que el secreto médico compartido se refiere al conjunto de conocimientos e información que, acerca de un determinado paciente, tienen todos los miembros del equipo que le asisten y que se halla justificado por conseguir una atención médica integrada, eficaz, obligando a todos aquellos que, por su actividad o profesión, intervienen en la asistencia del paciente, lo cual incluye no solamente a los médicos, sino a los demás intervinientes en el proceso como terapeutas, enfermeras, personal administrativo, etc., que nos conlleva al secreto médico derivado cuando se solicitan informes y certificados.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.

Se debe tomar en cuenta que la sexualidad ha sido vista siempre como íntimamente engranada con la moral, ética y costumbres sociales de determinada sociedad en cierta época, siendo que apenas en la segunda mitad del siglo XIX se le dio una comprensión distinta, y medicalizó a tal punto que a principios del siglo XX se introdujo el término "sexología" para la especialidad médica que se ocupa de las patologías sexuales. Este proceso de medicalización consistió en reemplazar la opinión moral sobre conductas sexuales, por un diagnóstico de normalidad o alteración, con las consiguientes consecuencias terapéuticas.

Por ello, desde hace algún tiempo se presta atención al tema de la transexualidad, sobre todo a partir de que algunos centros médico-científicos han realizado estudios y han practicado intervenciones médico-quirúrgicas para

“corregir anomalías sexuales”, con lo cual se produjo cada vez más interés sobre el tema, planteándose complejos problemas de orden moral. En lo referido a lo ético se involucra la visión de la antropología filosófica teológica, lo cual escapa de lo netamente médico y de lo jurídico. También se envuelven temas generales como la naturaleza de la sexualidad en relación con sus componentes biológicos, psicológicos y culturales; la relación entre naturaleza y cultura en materia de sexualidad; la concepción de la "ley natural" en relación con los aspectos biológicos y psicológicos de la persona; y la fundamentación objetiva de la norma ética.⁸²

Ante el fracaso de los tratamientos médicos, psiquiátricos, u hormonales, de tratar de establecer una identidad, conducta y deseo sexual determinado, la única solución coherente que actualmente se ha dado es la quirúrgica, olvidando cualquier tipo de discriminación que implique su exterminación, concentración o marginación, sino que por el contrario se les debe dar la oportunidad de realizarse, de insertarse en la sociedad tal como son, y no mantenerlos en la prisión de una apariencia, de una mentira, de una falsa moral. Lo correcto, según nuestro entender es el permitirles vivir honestamente su propia situación, ya sea como hombre o como mujer y no llevar una vida de frustración en la cual se es “aparentemente y formalmente” de un sexo mientras que el comportamiento social, visible y elocuente, corresponde al sexo opuesto. Debiendo los médicos, estudiantes de medicina, los miembros de profesiones y oficios para médicos y auxiliares de la medicina, así como los demás colaboradores, guardar el respectivo secreto profesional cuando intervienen en este tipo de operaciones.

Es el orden heteronormativo el que ha impuesto como natural su lectura de la división en hombre/mujer a partir de características de órganos reproductores, pero también de cualidades fenotípicas y genotípicas, hormonales y endocrinológicas, pero también homonormatividad reproduce en muchas

⁸² **PORTAS, Adriana; Silvina GUERRA; ZAPATA, Beatriz y Graciela FORNARI.** *Transexualismo: Aspecto éticos legales y religioso*, en *Psiquiatría Forense - Sexología - Praxis* 10, en **ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PSIQUIATRAS**, *Psiquiatría Forense -Sexología – Praxis, Revista de Psiquiatría Dinámica y Psicología Clínica*, Buenos Aires, tomado de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Casas.htm>, consultado el 20/05/2009.

instancias similares sin levantar, tampoco, la diferencia sexual, que se usa para clasificar los cuerpos.

Ante esta situación debemos preguntarnos ¿qué características nos hacen pensar que alguien nace hombre o nace mujer?, ¿sus órganos reproductores?, ¿y qué le ocurre a la biomedicina y al derecho con los intersex?, ¿y con aquellos que plantean una disconformidad con el “género” que les ha sido asignado como lo más natural, cuando en realidad tales cualidades no son sino atribuciones de orden arbitrarios?, sobre todo cuando tomamos en cuenta que estas divisiones binarias del sexo parten de una naturalización que ha sido producida por lo social y obedece a un prolongado trabajo colectivo de socialización de lo biológico y de biologización de lo social, que se puede ver como una cuestión sociomédica, para que el derecho tome los elementos necesarios para clasificar a sus sujetos, ya que la sociedad no hace otra cosa que reproducir lo que las instituciones respaldan, y de allí que los géneros no sean fácilmente clasificables, sobre todo porque en razón del sexo suelen los intersexuales, transexuales y transgéneros, sufrir la agresión, la injuria y la discriminación, que son traumatismos más o menos violentos que se experimentan en el instante pero que se inscriben en la memoria y en el cuerpo ante la timidez, el malestar y la vergüenza que sienten y que son actitudes corporales producidas por la hostilidad del mundo exterior.

Además, en el caso especial de los transgénero, entendiendo por estos a aquellos que no buscan la alteración quirúrgica de su cuerpo, pero cuya expresión pública del género es diversa a la que le fue asignada al nacer, se tendría que ver si tales personas no pueden ser reconocidas por la ley, a menos que se realicen una operación, previa autorización *médica* (reconocimiento de un síndrome, de un padecimiento, de una *enfermedad*) y *judicial* (que asiente los dispositivos de la biomedicina y basa la fundación de su autoridad decisoria sobre la legitimidad de ésta).

De exigirse ese sometimiento quirúrgico, se observaría cómo en requerimientos de ese tipo, se reduce la autonomía y se sigue pensando en términos de un binarismo sexual que se impone sobre los cuerpos, en última

instancia y obligatoriamente a estar completamente circunscrito en uno u otro sexo de la manera más cercana posible desde el punto de vista biológico.

Por lo tanto, de lo que se ha mencionado hasta ahora en el aspecto médico, se puede observar la complejidad del tema, en donde no es fácil la determinación del sexo de la persona y tampoco lo es el tratamiento que se le ha de dar a los intersexuales, transexuales y transgéneros ante su situación, siendo que alguno consideran apropiado una reasignación quirúrgica de sexo y otros no, así como durante un tiempo el transexualismo se consideró por las DSM como una enfermedad y en la última revisión se excluyó, aunque se mantiene en la CIE de la OMS.

Toda esta complejidad se refleja también en el ámbito jurídico, lo cual es el objeto de desarrollo del presente trabajo y el cual se tratará en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES NECESARIAS EN EL AMBITO JURÍDICO

*“El hombre es el único que no solo es tal como él se concibe, sino tal como él se quiere y como se concibe después de la existencia, como se quiere después de este impulso hacia la existencia; el hombre no es otra cosa que lo que él se hace”
(Jean-Paul Sartre)*

1. Aspecto jurídico.

Se dice que la persona es la noción más valiosa del derecho, siendo el concepto jurídico más trascendente y relevante, ya que el derecho existe por esta y para esta.⁸³

1.1 Persona Jurídica.

“En la lengua del derecho, la persona es un sujeto de derechos y de obligaciones; es la que vive la vida jurídica. La personalidad es la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y de obligaciones.”⁸⁴

El primer punto que debemos tratar en este tema o por lo menos por el que debemos comenzar, es aclarar el concepto legal de lo que es persona jurídica, persona natural y persona colectiva.

Las personas jurídicas, en sentido amplio, son las únicas que pueden ser sujetos de derecho, por ello es que se observa esa identidad entre ambos conceptos. También hay que notar que el concepto de persona jurídica no ha coincidido siempre con el de persona natural, como el caso de los esclavos que no eran considerados personas.⁸⁵

La noción de persona jurídica es una noción eminentemente normativa o reglada, creada y regulada por el ordenamiento jurídico de cada país. No se puede decir que se es sujeto de derecho por la simple razón de la existencia, esto

⁸³ **DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *La persona: ideas sobre su noción jurídica.* Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° 4. Caracas, Venezuela 2002, pp. 317-318.

⁸⁴ **MAZEAUD, Henri y León y Jean MAEZAUD.** *Lecciones de Derecho Civil.* Parte Primera. Volumen II. Ediciones Jurídicas. Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 5.

⁸⁵ **TOSTA, María Luisa.** *Introducción al Derecho.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Caracas, 1996, pp. 249-268.

solamente sería posible de ser reconocido por una norma de la ley,⁸⁶ como lo hace el ordenamiento jurídico venezolano en el Art. 16 del CC, que dice:

Artículo 16: “*Todos los individuos de la especie humana son personas naturales.*”

Hay que observar que aquí nuestro ordenamiento jurídico vigente reconoce personalidad jurídica a todos los individuos de la especie humana, en independencia de su edad, sexo, salud, situación familiar, orientación sexual y otras circunstancias, ya que con la simple existencia posee el reconocimiento legal.

Por lo tanto, hombre o persona natural es un concepto ético y biológico. Debido a esto debemos aclarar los diferentes conceptos de persona jurídica y entender lo siguiente:

A. Persona jurídica.

Persona jurídica: es todo ente o sujeto capaz de ser centro de recepción de la imputación normativa, es decir, receptor de obligaciones o deberes jurídicos y derechos subjetivos.

B. Persona natural.

Persona natural, individual, física, simple o concreta: Son individuos de la especie humana y sólo ellos, sobre los cuales recae la unidad de un conjunto de normas que regula la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Todo esto sin importar su condición, raza, color, clase social, sexo, etc., por lo que los intersexuales y transexuales son personas naturales, sin lugar a dudas.

C. Persona colectiva.

Persona colectiva, moral, compleja, abstracta o jurídica: Son todos aquellos entes aptos de ser titulares de derechos y deberes y que no son individuos de la especie humana, sobre los cuales recae la unidad de un conjunto

⁸⁶ Hoy en día se dice que por el simple hecho de ser un ser humano se es persona, pero ello sólo es así gracias a los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito mundial o regional de los que forman parte todos los estados, que reconocen esta situación, ya que de lo contrario ello no sería de esa forma. Incluso en Venezuela no fue sino hasta la Ley de 24 de Marzo de 1854, durante la presidencia de José Gregorio Monagas que se abolió la esclavitud y se establece que todos los seres humanos están dotados de personalidad jurídica.

de normas u orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos sin designarlos.

En los anteriores Códigos Civiles venezolanos de 1862 en su Art. 19, el de 1867 en su Art. 19, el de 1873 en su Art. 13, el de 1880 en su Art. 13, el de 1896 en su Art. 13, el de 1904 en su Art. 13, el de 1916 en su Art. 15 y el de 1922 en su Art. 15; que tienen su fuente probable en el Art. 54 del Libro I, Título I del Proyecto de Código Civil para Chile, de don Andrés Bello, se establece que toda persona natural (de la especie humana) tiene personalidad jurídica, manteniendo una redacción bastante similar entre ellos. Todos mencionaban en su articulado como elementos de la persona física la edad, el sexo y cualquier otra condición, mención que fue eliminada en el Código de 1942 por sugerencia propuesta por el Dr. Juan José Mendoza que propuso ante la Comisión Codificadora Nacional el 13 de noviembre de 1936 que se adoptara la redacción dada por la Comisión Revisora de 1931⁸⁷, de aquí se observa entonces que el sexo es uno de los elementos que forman parte de la persona natural. Por lo tanto, el sexo al formar parte del concepto jurídico de persona natural al cual el ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica, es un elemento que se encuentra desde el principio tomado en cuenta por la legislación. El sexo constituye uno de los elementos diferenciadores entre los hombres así como el nombre, la contextura, la fisonomía y las señas particulares; que sirven para pedir la tutela jurídica de todos sus actos y otras cosas, y permite a los terceros exigir la responsabilidad del individuo, y las obligaciones contraídas por él.⁸⁸ El sexo es indispensable para la correspondiente identidad, siendo que si los signos externos de aquel fueren dudosos, por alguna circunstancia, se designa el que parece más probable previa consulta de un experto, para otorgar el sexo que parezca más probable, siendo que si se produce algún error en su asignación lo procedente sería la rectificación.⁸⁹

⁸⁷ **Código Civil de Venezuela.** Artículos 1º al 18º. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, 1989.

⁸⁸ La importancia del sexo se ve reiterado en los Art. 8 de la Ley Orgánica de Identificación, Art.(s) 91, 93 y 131 de la Ley Orgánica de Registro Civil, en donde uno de los elementos identificatorios es ese.

⁸⁹ **Código Civil de Venezuela.** Artículos 464 al 473. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1978, pp. 90-92.

De este modo, observamos cómo el sexo forma parte de la identidad e identificación de las personas, motivo por el cual, si éste sufre algún tipo de modificación posterior al registro inicial, ya sea de manera voluntaria o accidental, quirúrgica o no, esto tendrá incidencia en los elementos esenciales mismos de la persona, motivo por el cual es relevante la precisión de este aspecto.

1.2 Estado civil. Estado personal.

El estado civil responde a las líneas fundamentales de la organización civil, como lo son el matrimonio, nacionalidad y en cada uno de sus tipos o relaciones de estado se distingue un número determinado de puntos en los que hay que incluir a las personas (casado, soltero, divorciado o viudo). Por ello, se puede entender como la cualidad de la persona por su especial situación y consiguiente condición de miembro en la organización civil de la comunidad, que determina su dependencia o independencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general o especial), es decir, el ámbito propio de poder y responsabilidad.

El estado civil en una concepción moderna, es entendido como un atributo de las personas naturales, como una cualidad que posee todo sujeto de derecho y que permite su individualización y diferenciación a nivel jurídico. Por ello, determinar el estado de una persona es precisar sus contornos jurídicos, su situación frente al derecho, calificarla precisando el punto de vista bajo que se le considera, su condición dentro del orden jurídico que influye en sus facultades, capacidades y obligaciones, que determinan su individualidad.⁹⁰

En nuestro derecho pueden considerarse como situaciones de estado las siguientes: a) respecto de la independencia personal las situaciones de mayoría y minoría (normal y con emancipación y habilitación de edad o vida independiente); aptitud plena y las que entrañan defecto de legitimación (incapacidad declarada); b) por consideración al sexo, y sin perjuicio de la igualdad proclamada en el Art. 21 de la CRBV, la condición de hombre o mujer es aún determinante, siquiera sea de

⁹⁰ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *El Estado Civil.* Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 359-371. Igualmente, esta autora nos indica que el concepto de estado civil se puede ver desde los siguientes puntos: amplísimo, amplio restringido o restringidísimo, siendo que como ella nosotros asumimos el amplio.

modo incidental (Art. 63.2.d de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, el Código Civil, etc.); c) respecto a la situación familiar, se señalan los estados de soltero, casado, jurídicamente separado, divorciado y viudo, así como los de hijo adoptivo; d) con referencia al grupo, la condición de vecino, y la de nacional o extranjero; e) respecto a la existencia de la persona, la situación de desaparecido, ausente legal, de declarado fallecido.

Son caracteres del estado civil: a) su personalidad, en el sentido de que toda persona tiene, al menos, un estado civil, como cualidad de la personalidad misma, razón por la cual se ampara de posibles ataques; b) su consideración de orden público, siendo, pues, materia sustraída a la autonomía privada y no puede ser objeto de transacción; c) tiene eficacia *erga omnes*, lo que explica la intervención del Ministerio Público en los juicios sobre estado civil y que las sentencias recaídas en cuestiones de estado producen el efecto de cosa juzgada, incluso respecto de quienes no han sido parte en el proceso.

El estado civil necesita adquirirse, lo que se produce al estar la persona en la situación o supuesto de hecho de la norma; a la que puede accederse por un acto de autonomía (matrimonio), o por derivación fáctica (nacional o extranjero). Por lo que disponer de un estado civil autoriza a su ejercicio y consecuencias, de donde se deduce que el estado civil es título de legitimación para el ejercicio de actos, acciones y facultades propios de ese estado. La legitimación del estado se consigue mediante el estado mismo en el Registro Civil, o por su posesión (posesión de estado).

La inscripción del estado civil permite al Registro expedir el acta correspondiente que es la prueba del estado que los asientos registrales declaran. Pero es dable que no exista registro o sea imposible certificar el asiento, en cuya hipótesis se admiten otros medios de prueba de dicho estado, siendo uno de los más relevantes la posesión de estado.

El estado civil está unido a la personalidad, es su situación jurídica, su estatuto jurídico. Tenemos que entender también el concepto de estado civil, que se define en su concepción amplia como “*el conjunto de condiciones o cualidades de una persona que la ley toma en consideración y que producen efectos o*

*consecuencias jurídicamente relevantes y que se refieren a una comunidad política, a su posición ante la familia y a la **persona en sí misma** independientemente de sus vínculos con los otros*⁹¹ (negritas propias). Así el estado civil no es simple y único, sino que es múltiple y comprende tres estados: a) Estado Político (*status civitatis*); b) Estado Familiar (*status familiae*); y c) Estado Personal o Individual (*status personae*).

A nosotros nos interesa en primer lugar el tercer tipo de estado, el estado personal, que es “*el conjunto de condiciones o cualidades jurídicamente relevantes de una persona **considerada en sí misma**, abstracción hecha de sus relaciones con los demás*”⁹² (negritas propias). Las principales de estas cualidades o condiciones son:

a) El hecho de ser individuo de la especie humana de lo cual derivan la personalidad (natural) y los derechos de la personalidad, según el Art. 16 del CC antes mencionado.

b) El hecho de ser persona ella misma y no otra, es decir, su identidad, lo que implica al nombre e identificación.

c) La localización de la persona, es decir, sus sedes jurídicas.

d) Una serie de condiciones donde sobresalen la edad, la salud, **el sexo**, la interdicción, la inhabilitación, la emancipación que son las condiciones de la capacidad.

Estas son las condiciones de la capacidad, porque la ley las toma en cuenta para regular la capacidad de las personas (esto en cuanto a las diferentes limitaciones que posee la mujer frente al hombre, hecho que se ha eliminado en gran parte con la reforma del CC en 1982); igualmente es relevante el sexo para otorgar ciertos beneficios o prerrogativas que establecen las leyes.⁹³

En cuanto al sexo, es un aspecto importante que nos diferencia de los demás, aunque hoy en día se han reducido las diferencias jurídicas entre hombres

⁹¹ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Derecho Civil I. Personas*. 20ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Fondo de Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela, 2007, p. 72.

⁹² **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Op. Cit.*, p. 75.

⁹³ En este sentido se encuentra lo establecido en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y Paternidad, etc.

y mujeres, siendo que en ocasiones la pertenencia al sexo es fundamental y la ley le concede relevantes efectos jurídicos, así como puede ser particularmente necesario ante la existencia de nombres de pila neutros. Así al ser parte del estado civil, Lacruz Berdejo considera que dicho cambio implica una acción relativa al estado civil. Igualmente, María Candelaria Domínguez considera que el sexo es un elemento involuntario y producto de la naturaleza, por ello, esto sería lo que justificaría en el fondo la posibilidad de admitir jurídicamente al cambio de estado del transexual, porque tal problemática se presentaría como algo que escapa de la voluntad del afectado.⁹⁴ Del mismo modo, señala que es uno de los elementos integrantes del estado civil, en su status personal, que nos distingue, despliega efectos jurídicos y resulta importante a los fines de la proyección de la personalidad.⁹⁵

Juvent Bas dice *“La identidad personal es un derecho personalísimo que implica por un lado, el derecho de todo ser humano a ser uno mismo y no otro. Por el otro lado, implica que la representación externa del yo se haga de acuerdo con la verdadera personalidad conforme a pautas objetivas de manifestación.”*⁹⁶

Como podemos observar en el estado personal nos interesa en cuanto a los derechos a la personalidad que poseen los intersexuales y transexuales, a los fines de ser identificados por como ellos son física y psicológicamente respecto al sexo al cual se identifican y al cual incluso llegan a someterse a intervenciones médico-quirúrgicas de reasignación de sexo.

Posteriormente, en el desarrollo de este trabajo, nos interesará también el estado familiar que se refiere al conjunto de condiciones o cualidades jurídicamente relevantes que posee un individuo frente a una familia determinada, en cuanto a los estados de parentesco, filiación y matrimonio.

Entre *las características* que tiene el estado civil esta: a) la alternabilidad, ya que se posee un estado primero como el de soltero y luego otro como el de

⁹⁴ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *El Estado Civil. Op. Cit.*, pp. 379-383.

⁹⁵ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. N° 130. Caracas, Venezuela, 2007, p. 54.

⁹⁶ **JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María.** *XIV Jornadas de Derecho Civil.* Buenos Aires, del 25 al 27 de septiembre de 1997.

casado; b) esas condiciones no pueden ser separadas de la persona sino de forma abstracta y no real; c) el estado civil es único y absoluto ya que se puede hacer valer *erga omnes*; d) no es una *facultas agendi*, por lo tanto, no es un derecho subjetivo; este interesa al orden público y es protegido por la ley por la importancia de sus consecuencias; e) en sí mismo interesa al orden público siempre y, por ello, es necesario, indisponible e imprescriptible (aunque la ley en ciertos casos establece plazos para el ejercicio de las acciones). Por todo esto, la legislación otorga acciones para reclamar el estado que corresponda e impugnar el estado ajeno.

Como interesa al orden público el estado civil, al Estado le interesa regularizar y adecuar la situación de los transexuales, transgéneros e intersexuales con la realidad física y psicológica que estos poseen con la que se encuentra establecida legalmente.

Con respecto a la *intervención de la voluntad en la constitución del estado civil*, aunque en principio la voluntad de los particulares no puede modificar el estado civil sino sólo en aquellos casos en que lo permite la ley, muchos de esos estados presuponen la voluntad de la persona (ej. El matrimonio), otras veces es consecuencia de un hecho no voluntario pero en consecuencia o presupuesto de un hecho voluntario; en otros casos depende de la voluntad de otro sujeto (inquisición de la paternidad o maternidad).

Sin embargo, no se considera un derecho subjetivo aunque genere derechos subjetivos a favor de la persona que se puede proteger en relación a su estado familiar con las acciones de estado.⁹⁷

En lo relativo a la *intervención de la voluntad en la modificación del estado civil*, cuando se adquiere un estado civil nuevo se pierde el anterior y esto crea una modificación voluntaria en unos casos y en otros no (ej.: caso del matrimonio, el divorcio, etc.).

En lo concerniente a la *intervención de la voluntad en la transmisión del estado civil*, estos son en principio intransferibles por la voluntad particular, sin embargo se puede dar en ciertos casos la comunicación donde una persona

⁹⁷ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *El Estado Civil. Op. Cit.*, p. 390.

adquiere el estado civil sin que la otra pierda su estado civil, este sería el caso de la facultad de la esposa de usar el apellido del esposo.

Lo que tiene que ver con la *intervención de la voluntad en la extinción del estado civil*, se debe tener en cuenta que estos son irrenunciables y en principio no se extinguen por la voluntad particular, sin embargo cuando adquiere un nuevo estado extingue el anterior y en el caso del divorcio se da un ejemplo al igual que el caso de la nulidad del matrimonio.

Al ver los *efectos y consecuencias del estado civil*, entre los aspectos importantes del estado civil es que trae como consecuencia innumerables efectos que influye en puntos como la determinación de la capacidad jurídica o de goce de las personas; en la capacidad de obrar y en la atribución de derechos, poderes y deberes, lo que está estrechamente relacionado con lo que es persona jurídica.

De este modo observamos cómo el estado civil, y en especial el estado personal o individual, tiene dentro de sus cualidades, condiciones o elementos, un aspecto importante como lo es el sexo, a los fines de determinar que la persona es esa y no otra, motivo por el cual, en caso de producirse una modificación del sexo, como sería el caso de los transexuales reasignados quirúrgicamente o de los intersexuales que fueron registrados bajo un sexo que posteriormente resultó no ser el correcto o que se sometieron a su vez a una operación de reasignación de sexo, se debe tener claro que todo lo cual interesa al orden público y es protegido por la ley como se mencionó previamente.

En el derecho comparado observamos que en Francia, se permitió el cambio de estado civil en relación a un intersexual que al nacer se le vinculó y registró con el sexo masculino, aunque también tenía elementos del sexo femenino de manera preponderante, no obstante, posteriormente mediante una intervención científica fue susceptible de establecerse la verdadera orientación sexual que tenía, por lo que debía establecerse una coherencia entre su sexo registral con el real ante la diferencia existente por su condición de intersexual, lo cual se logró a partir de observar su evolución y de los elementos psicológicos, los cuales evidenciaron que se orientaron hacia el sexo femenino, siendo que como persona lo único que tenía del sexo masculino era su nombre, por lo que se le

permitió el cambio de Enzo, Fernand, Edigio, de sexo masculino a Victoria, Anne, Maryse, de sexo femenino.⁹⁸

Igualmente en Francia, pero en relación a los transexuales que se someten a un tratamiento médico-quirúrgico, en donde luego del tratamiento terapéutico ya no posee los caracteres ni la apariencia psíquica de su sexo de origen, actuando socialmente con el nuevo sexo, de conformidad con el principio de respeto a la vida privada, se justifica que se produzca un cambio del estado civil que esté acorde con su apariencia y en donde el principio de la indisponibilidad del estado civil de las personas no puede utilizarse como obstáculo para impedir la modificación del mismo.⁹⁹ Igualmente, se estimó que para que sea procedente la rectificación de estado civil hace falta la conjunción de tres elementos: a) la desaparición de ciertos caracteres del sexo de origen por la del sexo adquirido médico-quirúrgicamente y la terapia psicológica correspondiente, b) la adopción de la apariencia psíquica del sexo adquirido, c) la adopción de un comportamiento social correspondiente al nuevo sexo.¹⁰⁰ También adquiere todos los derechos y obligaciones relativas a al matrimonio.

El transexual no considera adquirida su verdadera identidad sexual hasta que consiga rectificar la mención registral de su sexo y sus otros documentos, lo que se debe ordenar, por medio de una sentencia recaída en juicio, entendiéndose que el proceso judicial es el lugar idóneo para que quede demostrada, con todas las garantías necesarias, la autenticidad de la transexualidad alegada por el demandante. Aunque actualmente nuestra legislación para el cambio de estado civil establece que queda reservado exclusivamente para supuestos de error material en la inscripción de sexo, aquí podría darse sólo el caso de intersexualidad de la persona, ya que se puede considerar que hubo un error en éstos últimos casos.

⁹⁸ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Droit civil. Les personnes.* LexisNexis S.A. Litec. 9na edición. París, Francia, 2005, p. 183. Este autor señala que este criterio de permitir el cambio de estado civil, se estableció mediante la sentencia del tribunal de Versailles del 22 de junio de 2000.

⁹⁹ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Op. Cit.* Como apoyo a esta posición cita la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia en Asamblea Plena del 11 de diciembre de 1992, en la CEDH del 25 de marzo de 1992 y del 11 de julio de 2002, entre muchas otras decisiones de la Sala de Casación Civil francesa y la CEDH allí mencionadas.

¹⁰⁰ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Op. Cit.*, p. 184. Aquí indica el autor como sentencias que asumen esta posición la de TGI París del 23 de febrero de 1995 y TGI París del 24 de octubre de 1995.

No obstante lo anterior, el proceso se suele iniciar no mediante lo que entendemos es una acción de estado civil, ya que al haber cambiado el sexo se crean distinciones entre los derechos y obligaciones correspondientes a cada sexo (maternidad, inamovilidad, lactancia, etc.), sino que se suele interponer una acción personal de rectificación registral de nacimiento en cuanto al sexo.¹⁰¹ Esta acción suele ser ejecutada por el transexual mayor de edad, aunque también podría hacerlo el menor emancipado o de vida independiente, y el Ministerio Público, donde el juez competente sería el del domicilio del actor.

1.3 Persona física. Su identificación.

A. El derecho a la identidad.

El derecho a la identidad, se encuentra reconocido en el Art. 56 de la CRBV, entendido como aquel que posee todo ser humano a ser el mismo en su forma compleja y de múltiple diversidad de aspectos, por lo que es una noción compleja que posee dos aspectos: una interna, que implica tener en cuenta exclusivamente a la persona en cuanto tal, en sí misma y no otra a pesar de su vínculo con la sociedad, como un derecho personalísimo, caracterizado porque el sujeto tiene características propias que lo hace distinto de los otros; de otro lado está el aspecto externo que involucra la dimensión coexistencial del ser humano en relación a la sociedad, pero igualmente centrado en la persona. También se distingue entre: el aspecto estático, que tiene que ver con los signos distintivos y la condición legal o registral del sujeto, relativo a lo visible a la percepción de los demás (nombre, pseudónimo, imagen, características físicas); y el aspecto dinámico que son las características y rasgos de índole cultural, moral y psicológica de la persona, su patrimonio espiritual.¹⁰²

¹⁰¹ Como ejemplo de esto tenemos la sentencia del 26 de julio de 1974, dictada por el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, caso Carla Luzbel Cosentino Silva; la sentencia del 23 de febrero de 1981, dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, caso Carlos Alberto Díaz Mavarez; la sentencia del 2 de agosto de 1983, dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, caso Alicia Trinidad Crespo Muñoz; la sentencia del 31 de julio de 1996, dictada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Familia y menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, caso Abel Danilo Núñez, entre otras.

¹⁰² Consideraciones efectuadas por Fernandez Sesarego y Bavetta citados por **PEÑA SOLÍS, José. Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo I: Los Derechos Civiles.** Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela, 2012, p. 302

B. El *status* de persona como identidad. La identidad del sujeto. Las contraseñas de identidad. Derecho a las rectificaciones del acta de nacimiento.

Lo relativo al *status* de persona como identidad, la identidad del sujeto, las contraseñas de identidad y el derecho a las rectificaciones del acta de nacimiento, notamos que el individuo, la persona o sujeto tiene un interés que a su vez es un derecho en afirmarse a sí mismo, no solamente como persona, sino como “esta” persona, con “este” *status* y no otro, para diferenciarse y distinguirse de cualquier otra diferente a ella, puesto que la persona tiene el derecho a no ser confundida con las demás (derecho subjetivo a la identidad). Por eso, la importancia y relevancia del conjunto de las particularidades o datos individuales que se sirven para establecer la identidad de un sujeto determinado como tal y no otro, ya que de ellos depende su personalidad en concreto y el *status* correspondiente.¹⁰³

Así, cada persona es sujeto de derechos y obligaciones, tiene ciertas prerrogativas, y se encuentra obligada a realizar ciertas prestaciones, por lo que en su vida en sociedad se encuentra sometida a regulaciones jurídicas que son imposibles de cumplir sin la individualización de cada persona, por lo que cuando recibe la personalidad, sus rasgos y límites jurídicos deben ser fijados, determinados, y precisados. Por ello, la identidad es el ser sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona.¹⁰⁴ Es importante para determinar las relaciones entre los individuos y para con la sociedad, generando de esa manera una paz social.¹⁰⁵

Para la individualización de las personas se usan varios elementos y medios de identificación, para fijar y determinar la identidad de la persona, para lo que contribuyen el estado, el nombre, el domicilio, signos particulares, entre otros.¹⁰⁶

Identidad y persona no son una misma cosa, debido a que la personalidad

¹⁰³ **MESSINEO, Francesco.** *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo II Doctrinas Generales. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina 1954, pp. 92-94.

¹⁰⁴ **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I.* universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2006, p. 211.

¹⁰⁵ **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.,* p. 212.

¹⁰⁶ **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.,* p. 211.

es algo más complejo; la identidad es solamente uno de los elementos de ella, aunque sea tal vez el más importante. Por lo general, el dato de identidad de la persona está constituido por el apellido o nombre patronímico, acompañado del nombre o nombre de pila, es decir, por lo que la ley llama en su totalidad, comprensivamente, como el nombre. Así el nombre es el punto de referencia de un conjunto de datos (usualmente largo y de difícil recordación), por los que se describe y se individualiza a la persona, por lo que al referirse al nombre (apellido y nombre de pila) se entiende precisamente, de manera abreviada, a ese conjunto de datos.

Sin embargo, el nombre patronímico y el nombre de pila, aun con eventuales agregados, pueden no bastar para la individualización de la persona, ya que se puede producir una homonimia, por lo que para individualizar a la persona, es necesario, no solamente el nombre patronímico y el nombre (de pila), sino también otros aspectos como:

a) La ascendencia (paternidad y maternidad), o pertenencia a una determinada familia;

b) El sexo, de ahí el derecho de la persona a hacer o eventualmente establecer cuál es su efectivo sexo, en caso de error en la atribución del mismo, en que haya incurrido el acta de nacimiento o cualquier otro documento público y de identificación. Se debe tener presente que en cuanto al sexo de la persona, la ley ignora las anomalías orgánicas en virtud de las cuales se dan los casos del denominado anteriormente hermafroditismo ahora intersexualidad. Esto es debido a que para la ley, la persona no puede ser más que de sexo masculino o de sexo femenino, lo cual se determina sobre la base de la confrontación u observación de los órganos de la reproducción externos presentes en el bebé, por lo que el intersexualismo se resuelve por una vía de hecho, sobre la base del predominio del órgano de un sexo sobre el órgano de otro sexo; resultando indiferente que la persona no sea, en efecto orgánica, hormonal, cromosómica y gonadalmente perteneciente al sexo aparente sino al contrario, o en concreto que sea apta para la reproducción; y en el caso de los transexuales y transgéneros que se hayan sometido o no a un cambio quirúrgico de sexo la situación se torna más compleja

en cuanto a cuándo procede la rectificación del sexo que poseen asignado legalmente.

c) El lugar y la fecha (día, mes, año) del nacimiento; de ahí el derecho a las eventuales rectificaciones necesarias.

En suma, se necesitan las que se llaman circunstancias generales de la persona conocidas como “las generales”. Por esto, es que el sujeto tiene derecho a ver modificados todos los elementos de identidad que lo califican, cuando pueda probar que le fue atribuida una personalidad diversa de la que le compete, como, por ejemplo, en los casos de sustitución de recién nacidos (cambio de personas) intencional o causal: en este último caso, se tiene el error de la identidad de la persona e inscripción de la misma, en el registro de nacimiento, bajo falso nombre. Igual ocurriría si el sexo asignado en el caso del intersexualismo no era el correcto, lo cual no sería aplicable en el caso del transexualismo ya que allí no existiría equivocación, salvo que se considere que existe un error sobrevenido por modificación posterior del estado civil en uno de sus elementos (el sexo), para permitir que esta proceda, ya que interesa como dato de identidad.

El derecho a las rectificaciones del estado de las personas encuentra también su fundamento en el derecho de la persona a la propia y exacta identidad; de otra manera no se concebiría que actos solemnes, como los de estado civil (que son también actos públicos), puedan ser materia de rectificación. El derecho a las rectificaciones se encuentra fundado sobre las explícitas admisiones de la ley de que los actos de estado civil puedan no ser conforme a la verdad.

Por lo demás, los Art.(s) 50, 78, 81, 84 al 93 de la Ley orgánica de Registro Civil (los que equivalen a los Art.(s) 464 al 466 del CC), atribuyen valor solamente presuntivo a las declaraciones hechas por los comparecientes al oficial de estado civil; de donde se deduce que tales declaraciones pueden también ser o falsas o equivocadas y que, aunque incluidas en el registro de nacimiento y en el acta de nacimiento, puedan también resultar, después, desprovistas de veracidad y, por consiguiente, de eficacia probatoria.¹⁰⁷ En estos casos debemos reiterar que existiría diferenciación entre el intersexual y el transexual, ya que en el primer

¹⁰⁷ **MESSINEO, Francesco.** *Op. Cit.*, p. 94.

caso puede producirse un error por parte del médico, los familiares y del funcionario, al dejarse llevar por los órganos sexuales aparentes, en vez de realizar exámenes para determinar el sexo verdadero; distinto a lo que ocurre con el transexual en el que no existe error en la determinación del sexo, sino que posteriormente se produce un cambio.

C. Los medios de prueba de la identidad (la identificación) de la persona y los aspectos publicísticos de la identificación. La continuidad de la personalidad.¹⁰⁸

La demostración de la identidad se llama identificación, lo cual es distinto a la identidad, que es el resultado de ella. La identificación puede darse por diversos medios; los cuales sin embargo, tienen por distintas razones una situación de cuidado al momento de tomarlas en cuenta para identificar a la persona. Por ello, cuando un sujeto se vale de un pseudónimo, su identificación es menos fácil que cuando responde a su nombre verdadero.

De ahí la dificultad, de hecho y la delicadeza de las investigaciones para establecer la identidad, ya sea por parte del juez o de cualquier funcionario público que deba establecer la certeza de la identidad de una persona, por efecto de la intrínseca indeterminación o de la inconsistencia de los elementos sobre los cuales le es dado decidir, para establecer la identidad de la persona, en lo cual influye la determinación del sexo en el caso de los intersexuales y de los transexuales. Por ello, las pruebas o elementos que se suelen emplear para la identificación de la persona son:

a) Usualmente la prueba que el interesado ofrece o que se le pide, consiste en la exhibición de documentos de identidad, es decir, aquellas que avaloran la identidad, porque están provistas de fotografías, y que permiten la confrontación entre los rasgos fisonómicos de la persona y los que resultan de la fotografía.

Pero no se excluye que, en el documento, la fotografía haya sido sustituida, de manera que haga coincidir la fisionomía resultante de la fotografía con la de la persona que es otra, a la que el documento debe servir, para hacerse pasar por quien no es, siendo que el documento no pertenece a la persona que se vale de él

¹⁰⁸ MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, pp. 97-99.

y, por consiguiente, el mismo no tiene verdadera eficacia probatoria, una vez se descubra la falsedad del mismo. De la misma manera, es posible que la fotografía, por haber salido mal, o por ser de fecha no reciente, o por contener rasgos o detalles que después hayan desaparecido (barba, bigote, gafas, cicatrices nuevas, uniforme militar y similares), o por otra razón (los intersexuales o transexuales que adquieren su sexo sentido), dé lugar a dudas o excluya la identidad de la persona confrontada con las resultancias del documento.

Por tanto, pueden surgir incertidumbres al proceder a la identificación de la persona, aún sobre la base de la exhibición de documentos de identidad oficiales, las cuales dependen, especialmente, del hecho de que los documentos de identidad suelen librarse sobre el presupuesto de una identidad ya comprobada por otro medio; por lo regular, sobre la base de atestaciones (que pueden también ser no verdaderas) de otras personas, cuya identidad, a su vez, puede también ser incierta. Por ello, es que los documentos no son nunca constitutivos de la identidad de la persona y, por tanto, son siempre impugnables en cuanto a la procedencia y en cuanto al contenido (falsedad originaria y falsificaciones, esto es, alteraciones o modificaciones posteriores como el cambio médico-quirúrgico de sexo).

Finalmente, es también posible que el vínculo entre el acta de nacimiento y la persona a que en ella se hace referencia no resulte seguro, o deba ser probado a su vez.

b) También puede valer como medio de identificación el acto notorio, o de notoriedad, el cual es empleado a los fines de identificación a efectos civiles, en donde un funcionario público (notario, alcalde, cónsul, etc.) en un acto de fe que dan algunas personas que fungen como testigos, usualmente en número de dos Art.(s) 95 y 111 de la Ley Orgánica de Registro Civil¹⁰⁹ y que han prestado juramento, otorga veracidad a lo testimoniado, mediante un reconocimiento físico. Pero el acto notorio no tiene mayor fuerza probatoria al de una presunción, pero no se puede, sin embargo, excluirla por falsedad de las deposiciones de

¹⁰⁹ En esta ley hacen referencia a los testigos también los Art. (s) 83, 93, 95, 97, 104, 108, 111, 112, 120 y 130, por su parte el Código Civil lo menciona en los Art.(s) 82, 86, 96, 448, 459, 853, 862, 865, 867, 875 y 1.368.

testigos, ya que se presume la veracidad de lo declarado.

c) Puede servir el reconocimiento (agnición), a través del examen de la fisionomía, el hecho de que alguien ante un funcionario público atestigüe – haciéndose garante de ello– que el sujeto tenido por X es realmente X, esta es la típica atestación fehaciente. Pero puede ser que el funcionario se convenza o no.

d) Se puede usar la confrontación o comparación, entre dos personas, de las cuales se debe reconocer a una. Aquí se realiza una especie de examen somático.

e) Se pueden usar las improntas digitales o dactiloscopia, referidas al conjunto de dibujos formados por las crestas y surcos papilares de cada dedo y que son únicas e irrepitibles en cada ser humano desde el tercer mes de gestación hasta la muerte, la cual se coloca en la cédula de identidad y el pasaporte (Art. 3 de la Ley Orgánica de Identificación).¹¹⁰ Por ello, aunque la persona se someta a una operación de reasignación quirúrgica de sexo, nunca podrá cambiar sus huellas dactilares.

f) Se usa la lofoscopia, la cual se refiere al estudio de los relieves epidérmicos y sus calcos, esta posee varias ramas entre las que se encuentran la dactiloscopia, la quiroscopia, la pelmatoscopia, y labipelatoscopia.¹¹¹

g) Con los avances científicos de hoy en día se pueden hacer exámenes de antropometría,¹¹² tricología,¹¹³ odontología forense, antropología forense, biometría automatizada,¹¹⁴ y el ADN¹¹⁵ y cromosómicos, para determinar la

¹¹⁰ **RUÍZ, Wilmer.** *Criminalística*. Editorial Horizonte, C.A. Barquisimeto, Venezuela, 2008. pp. 79-108. **CASTRO, Máximo.** *Procedimientos Penales*. Biblioteca Jurídica Argentina. Tomo 2. Buenos Aires, Argentina, 1928, pp. 59-68.

¹¹¹ **LÓPEZ CALVO, Pedro.** *Investigación criminal y criminalística en el sistema penal acusatorio*. Editorial TEMIS. Tercera edición. Bogotá, Colombia, 2008, p. 335.

¹¹² Es el extracto de la filiación humano, mediante la descripción y anotación por medio de métodos precisos de la filiación humana. **CASTRO, Máximo.** *Op. Cit.*, pp. 55-58.

¹¹³ Estudio de los apéndices pilosos, siendo de tipo comparativo, por lo que requiere de muestras estándar o conocidas de cualquier región anatómica. **RUÍZ, Wilmer.** *Op. Cit.*, pp. 145-152.

¹¹⁴ Se encarga de la medición de una característica humana para lograr su identificación, como la huella digital del pulgar e índice, la medición y morfología de la mano, la lectura del iris, el reconocimiento del rostro, la oreja en su forma y tamaño y otras características humanas. **RUÍZ, Wilmer.** *Op. Cit.*, pp. 191-194.

¹¹⁵ Ácido desoxirribonucleico, es el material genético y único que posee cada ser viviente, y caracteriza cada especie e individuo, organizado en forma de cromosomas, situados en el núcleo

identidad de la persona y su verdadero sexo.

h) En la identidad de la persona es presupuesto tácito la “continuidad de la persona” y que se puede enunciar como “Luis sigue siendo Luis”, donde la persona sigue siendo centro de referencia y de responsabilidad de los actos por ella realizados, y éstos son siempre actos suyos, por más vicisitudes que ella haya pasado y por más tiempo que haya transcurrido desde el cumplimiento de los mismos actos. Incluso aunque se haya producido un cambio de sexo por reasignación quirúrgica o porque en el caso del intersexualismo en el momento del nacimiento se asignó el sexo equivocado y se rectificó posteriormente, la persona sigue siendo la misma y no cambia.

i) La identificación del sujeto tiene también aspectos publicísticos; hay un interés del Estado de que la persona sea, para los efectos penales, judiciales, administrativos, tributarios, etc., exactamente identificada, y se haga imposible o difícil el cambio entre dos personas, ya que hay un interés del Estado en conocer quién es el determinado sujeto de derechos y de deberes. Por ello, en el caso de producirse una reasignación de sexo, quirúrgica o no, al Estado le interesa determinar quién era y es esa persona que no desaparece sino que tiene continuidad.

j) La identificación de la persona no debe confundirse con la legitimación. La identidad de la persona (cuando es necesaria), es solamente uno de los elementos de la legitimación.¹¹⁶

De esta manera, la identificación como la prueba de la identidad, que es esa persona y no otra, posee un interés jurídico que puede ser:

1) Interés general. Le interesa al Estado, a los terceros y al derecho determinar quien es quien dentro de los seres humanos para atribuirles los derechos y obligaciones correspondientes.

de la célula, determinando a cada persona como ser único (salvo los gemelos univitelinos), teniendo una certeza de un 99,99%. **RUIZ, Wilmer.** *Op. Cit.*, pp. 169-178. El ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado como ADN (y también DNA, del inglés *deoxyribonucleic acid*), es un tipo de ácido nucleico, una macromolécula que forma parte de todas las células. Contiene la información genética usada en el desarrollo y el funcionamiento de los organismos vivos conocidos y de algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria. Tomado de <http://es.wikipedia.org/wiki/ADN>, consultado el 04/06/2011.

¹¹⁶ **MESSINEO, Francesco.** *Op. Cit.*, pp. 97-99.

2) Hipótesis especiales. El interés en identificar se nota especialmente en los siguientes casos:

- a) En la simulación de identidad.
- b) En la ocultación o disimulación de la identidad.
- c) Cuando los terceros, por error o mala fe, atribuyen al sujeto una identidad falsa.
- d) Cuando se produce una modificación médico-quirúrgica del sexo.

Así de todo lo ya señalado se observa el carácter problemático de la identidad, en cuanto a que cada quien se suele atribuir la identidad que conoce desde que tiene uso de razón y que le dicen los demás desde que nace o en un momento posterior, por lo que los terceros suelen no dudar de esta identidad atribuida.

Por ello se da la intervención del Estado que tiene la función de garantizar la debida identificación de sus habitantes (Art.(s) 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de Identificación y Art. 2 de la Ley Orgánica de Registro Civil), utilizando instituciones jurídicas como el Registro Civil y la identificación personal que son de carácter obligatorio. En el Registro Civil se determina el nacimiento y extinción de las personas y sus estados civiles; y, en la identificación se da un instrumento adecuado para demostrar su vínculo con determinada partida del estado civil.¹¹⁷

De esta manera, los medios de identificación personal que se usan y que deben ser tomados en cuenta a la hora de identificar a cualquier persona y también para solucionar la situación que se presente ante los intersexuales, transexuales y transgéneros son:

1) *Identificación legal*. Se cumple mediante la utilización de los siguientes documentos: a) cédula de identidad,¹¹⁸ b) pasaporte, d) carné del seguro social, e)

¹¹⁷ No olvidemos que las partidas al ser documentos o instrumentos públicos gozan de autenticidad y como tal el funcionario estaba facultado por la ley para darle fe *erga omnes* al haber cumplido las solemnidades legales.

¹¹⁸ La expedición de la cédula de identidad es un acto jurídico (de tipo administrativo) cuyo efecto principal es la seguridad o certidumbre respecto de la identidad de una persona, legitimando a los ciudadanos para cumplir actos de derecho público y privado. Es un acto administrativo declarativo que da una noción de certeza, verdad legal o fe pública, donde se hace conocido lo desconocido o se hace cierto lo incierto, mediante un documento. Esto lo señala **PÉREZ LUCIANI, Gonzalo**. *Vigencia Temporal de la "Cédula de Identidad"*. Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia N° 2. Caracas, Venezuela, 2000, pp. 169-176.

licencia de conducir, etc.

2) *Identificación médico-legal*. Mediante el análisis de: a) proceso de investigación de cadáveres, y b) esqueletos o restos humanos, cuya identidad se desconoce.

3) *Identificación judicial*. Por medio de archivos policiales que pueden ser: a) fotográficos, b) de impresión dactilar o monodactilar, c) de alias o apodos, e) de necrodactilias, etc.

1) *Sistema fundamental*. En nuestro país se basa principalmente en medios documentales (pasaporte, cédula de identidad, partida de nacimiento, etc.), aunque existen los no documentales.

2) *Sistemas de la Ley de Registro Público y del Notariado*. Para otorgar documentos en el Registro Público los sujetos se deben identificar para lo cual se usa la cédula de identidad; incluso la anterior ley permitía que por urgencia u otro motivo justificado el funcionario pudiera dar fe de que conoce al otorgante o podrá comprobar su identidad por otros medios previstos en la ley de la materia como: cédula de inscripción electoral, Tarjeta de Identidad Postal, pasaporte expedido por autoridades venezolanas, carnet de conscripción Militar, certificación expedida por la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio en que tenga su domicilio el otorgante, y mediante la declaración de dos testigos con la advertencia de que la admisión de estos medios de prueba queda siempre a juicio del respectivo Registrador (actualmente son los Art.(s) 49, 47 y 79 de la Ley de Registro Público y del Notariado).¹¹⁹

¹¹⁹ La derogada Ley de Registro Público de fecha 05/10/1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.391 extraordinario del 22/10/1999, que se encontraba vigente en esa época, cuyo Art. 102, señalaban todos estos documentos

“Artículo 102: En las Oficinas Subalternas de Registro se observarán las formalidades siguientes:

1. Los documentos se copiarán íntegramente en los correspondientes Protocolos Principales y Duplicado, bajo una sola serie numérica, que empezará y terminará en cada trimestre. No se registrará bajo un mismo número de un documento.

Cuando por autorización del Ejecutivo Nacional se lleven al mismo tiempo dos o más tomos de un mismo Protocolo, la serie numérica se mantendrá particularmente en cada tomo y se harán las inserciones en uno u otro tomo, conforme al orden en que aparezcan presentados los documentos en el libro respectivo.

2. Los Registradores advertirán a las partes los gravámenes, de los cuales tengan conocimiento, que existan sobre las propiedades de su jurisdicción y que afecten los bienes objeto del acto presentado para su registro. Si el documento fuere registrado, no obstante la advertencia, se hará

constar, tanto en la nota de registro del documento original como en la de los Protocolos, la circunstancia de haberse hecho oportunamente aquella.

No se registrará el documento si la parte a quien interese especialmente la advertencia no estuviere presente en el acto del registro, personalmente o por medio de apoderado.

3. Presente el Registrador, los otorgantes y dos testigos, o mayor número cuando la Ley así lo prescriba, se procederá a confrontar las copias hechas en los Protocolos con el documento original. A este efecto, el Registrador, o uno de los testigos, leerá el documento original u los otorgantes y los demás intervinientes verificarán la exactitud de las copias, se procederá á corregirlos y a salvarlos en la forma prescrita en el artículo 92. Si los errores cometidos fueren de aquéllos que conforme al citado artículo no pueden salvarse, se procederá de nuevo a copiar el documento íntegramente en los Protocolos y se anularán los asientos errados.

Los testigos instrumentales deben ser mayores de edad y saber leer y escribir el castellano. No pueden ser testigos las personas unidas al Registrador o a los otorgantes por parentesco segundo afinidad, ni los ciegos, ni los totalmente sordos o mudos, ni en fin, los que tuvieren algún impedimento general para declarar en todo juicio.

4. Terminada la confrontación, los otorgantes procederán a firmar el documento original, si no lo hubieren presentado ya firmado, y firmarán también las copias en los Protocolos Principal y Duplicado.

Las firmas deben ponerse en los Protocolos a continuación del último renglón de la copia, de manera que no quede espacio entre ésta y la firma del primer otorgante.

Cuando uno o varios de los otorgantes no sepan o puedan firmar, lo hará a su ruego la persona o personas que ellos designen en el documento, en presencia del Registrador y los testigos. Firmará una persona distinta por cada otorgante; pero si varios de los otorgantes no supieren o pueden firmar y tuvieren un interés idéntico en el contenido del acto presentado para su registro, una misma persona podrá firmar por ellos. El Registrador mencionará esta circunstancia en las notas de registro que debe poner en el documento original y en los Protocolos, con indicación del nombre, apellido, estado, profesión y domicilio de la persona o personas que hayan firmado a ruego de otras y el motivo de haber procedido así. Igualmente hará constar el nombre y apellido del otorgantes u otorgantes que no sepan leer.

5. Acto continuo se estampará en ambos ejemplares de Protocolo, a continuación de las firmas de los otorgantes, una nota con la fecha en letras, en la cual el Registrador y los testigos darán fe, específicamente de haberse cumplido en su presencia las formalidades de lectura, confrontación y firma a que se refieren los números anteriores, de la exactitud de las copias, de haberse verificado la identificación personal de los otorgantes, con expresión de los medios utilizados para ello; del estado civil y de la nacionalidad declarada por los otorgantes y de cualquiera otra circunstancia concerniente al acto, título o documento que se registra y que sea necesario o interese expresar. Esta nota será firmada en el mismo acto, por el Registrador y los testigos.

El otorgante u otorgantes acreditarán su identidad con la presentación de la respectiva Cédula de Identidad. Cuando por la urgencia del caso, o por otro motivo o circunstancia justificados, a juicio del Registrador, no sea posible la presentación de la Cédula de Identidad, el Registrador dará fe de que conoce al otorgante, y en caso de no conocerlo, la identidad del otorgante u otorgantes se comprobará así:

a. Con la Cédula de Inscripción Electoral. (las actuales Ley Orgánica del Poder Electoral y Ley Orgánica de Procesos Electorales no hacen mención a este documento).

b. Con la Tarjeta de Identidad Postal.

c. Con un Pasaporte expedido por autoridades venezolanas.

d. Con la Libreta Militar de la Conscripción.

e. Con una certificación ad hoc, expedido por la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio en que tenga su domicilio el otorgantes, debiendo aparecer estampada en dicha certificación, antes de la firma de autoridad competente, la del otorgante o la del firmante a ruego que haya de firmar los Protocolos. Estas certificaciones serán agregadas al Cuaderno de Comprobantes.

f. Cuándo tampoco sea posible verificar la identificación de los otorgantes por los medios indicados, el Registrador les exigirá que acrediten su identidad con dos testigos suplementarios que llenen los extremos requeridos en el ordinal 3° de este artículo y quienes, además, pueden ser identificados en la misma forma establecida para los otorgantes. Los testigos suplementarios darán

Otros medios de identificación. A los efectos de la Ley de Registro Público se pueden usar medios no documentales como las huellas digitales (Art. 82), el reconocimiento por testigos de una persona entre varios presos como aparece en el Art.(s) 3, 4 de la Ley Orgánica de Identificación, y en el Art. 128 del Código Orgánico Procesal Penal, así como utilizar señales fisionómicas, etc., para identificar a la persona (Art. 74 de la Ley Orgánica del Servicio de la Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forense).¹²⁰

1.4 Derechos de la personalidad.

Todo lo que hemos visto hasta ahora nos hace llegar a los derechos de la personalidad de la persona física, sobre los cuales trataremos algunos en el presente Capítulo, retomando varios de estos junto con otros en el Capítulo IX.

Cuando la Constitución declara reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales, en las que se desarrolla su personalidad, alude precisamente a la irrevocable conquista moderna, en virtud de la cual se presupone la personalidad, como tal, en el hombre.¹²¹ Se refiere, por lo tanto, a la protección civil de los derechos de la persona, en su esencia física y corporal, en razón de su dignidad humana (como principio constitucional)¹²² que conlleva ciertos derechos que le son inherentes

fe de la identidad personal del otorgante u otorgantes, y el Registrador dará fe de tal identidad o de la identificación personal de los testigos suplementarios, quienes deberán firmar la nota. En esta nota de Registro se indicará, explícitamente, por su número, fecha, lugar de expedición, y nombre de la Autoridad que lo otorgó, el documento presentado para acreditar la identidad personal.

6. Al pie del documento original estampará y firmará el Registrador una nota, encabezada con el nombre de la Oficina y la fecha en letras, en la cual dará fe de que el documento ha sido registrado, y de que en el acto del registro se cumplieron las formalidades de copia, lectura, confrontación y firma, así como también de la identificación personal de los otorgantes, con expresión de los medios utilizados para ello; de la nacionalidad y estado civil de los mismos. En esta nota se hará constar, además, los nombres de los testigos que presenciaron el acto, el número bajo el cual quede registrado el documento, el folio o folios del Protocolo donde se haga el registro, el número del protocolo, el trimestre a que este corresponda y si el Protocolo tuviese más de un tomo, también su número. Igualmente se hará constar cualquier otra circunstancia referente al documento que se registra y que sea necesario o interese expresar.

7 Terminadas esas formalidades, en el mismo acto se procederá a firmar las notas marginales y a practicar las anotaciones en el Libro de Gravámenes y Prohibiciones de Enajenar y Gravar Convencionales y en el Índice de Otorgantes...”

¹²⁰ AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 178.

¹²¹ MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, p. 89.

¹²² Art.(s) 3, 46.2, 47, 55, 80, 81, 91 y 332 de la CRBV.

sobre los cuales sirve de fundamento. Por ello, estos derechos personalísimos tienen la finalidad de salvaguardar la esencia física y psicológica de la persona, lo que los diferencian de los derechos humanos, en que se dirigen a la protección civil y los otros a la protección de los derechos de la persona frente al Estado, aunque puedan coincidir en ciertas ocasiones.¹²³

Estos suelen ser entendidos como derechos subjetivos privados, personalísimos, absolutos y extrapatrimoniales que tiene toda entidad humana por el simple hecho de ser humano y protege la esencia de la personalidad junto con sus más importantes elementos o atributos tales como la vida, el honor, el nombre, la imagen, la intimidad de la vida privada, identidad, pudiendo ser clasificados como los relativos al cuerpo (vida, integridad física y disposición del cuerpo), los relativos a la integridad moral (libertad, honor, vida privada, intimidad, autodeterminación informativa, imagen y voz), etc.¹²⁴ Al ser derechos personalísimos o estrictamente personales no pueden ser ejercidos por los representantes legales de sus titulares, sino por estos mismos. Se consideran inherentes al individuo o sujeto de derecho, los cuales son absolutamente necesarios para su desarrollo y existencia, ya que estos permiten el goce pleno de la condición de persona y constituyen valores necesarios para la misma, protegiendo civilmente la esencia física, psicológica y moral de la persona. Al ser personalidad son derechos personalísimo Estos derechos se tienen por su sola condición de persona al momento de nacer, sin depender de ninguna conducta o adquisición especial, lo que implica una protección de la esfera moral y corporal del ser, derivado de la dignidad humana y que le otorga esos derechos inherentes. Se busca garantizar a la persona no como sujeto de derecho, ni como objeto, sino simplemente como persona, en cuanto al goce y respeto de su propia entidad e

¹²³ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999.* El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo I. Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas / Venezuela, 2003, pp. 229-230.

¹²⁴ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.*, p. 145. **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999.* *Op. Cit.*, p. 232.

integridad en todas sus manifestaciones.¹²⁵

Por eso se dice que los derechos sobre la personalidad son poderes que el hombre ejerce sobre su propia persona, donde el objeto es ella misma (*potestas in se ipsum* o *ius in se ipsum*), pero esta posición ha sido abandonada así como la que produce la confusión con los derechos absolutos oponibles *erga omnes* y los relativos oponibles *inter partes*, por lo que se sostiene que los derechos de la personalidad son derechos propiamente sobre los atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad (cualidades físicas o morales) consideradas en virtud de su dignidad como sujeto de derecho.¹²⁶

Como dijimos, los derechos de la personalidad se suelen ver como derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical, aunque se garantiza al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad. Son facultades que el individuo tiene para gozar de sí mismo y de todos aquellos bienes que le pertenecen de una manera directa e inherente.¹²⁷

Con respecto a cuál es el objeto de la personalidad existen varias teorías, entre ellas se encuentra la teoría del derecho sobre la propia persona, que se refiere a que el individuo tiene plenas facultades o derechos sobre sí mismo en todos los aspectos y ámbitos. Pero se le critica a esta posición que confunde al sujeto y al objeto como la misma cosa, aunque existen varias posiciones que defienden esta teoría indicando que no existe tal confusión.¹²⁸

Otra teoría como la de Cupis estima que los derechos a la personalidad no tienen objeto en la propia persona, sino en los modos de ser (físicos o morales) de la persona. Por su parte Messineo, considera que estos derechos tienen por objeto atributos especiales cuyo uso y apropiación están asegurados al individuo,

¹²⁵ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* Revista de Derecho N° 7. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas / Venezuela, 2002. pp. 54-55.

¹²⁶ **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, pp. 435-436. **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999. Op. Cit.*, pp. 229-248

¹²⁷ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 57-59.

¹²⁸ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.*, pp. 147-148.

estimándola como un atributo.¹²⁹

Así en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, hay diferentes posiciones pero prevalece la idea de que son verdaderos derechos subjetivos, y de que confieren, por lo tanto, a su titular facultades en relación con los respectivos bienes jurídicamente tutelados.¹³⁰

En consecuencia se observa que los caracteres de los derechos de la personalidad son: 1) en principios son derechos a) originarios o innatos (hay excepciones como el derecho de autor), b) necesarios y vitalicios; 2) son derechos privados, aunque sean objeto de derechos subjetivos públicos, a) inherentes al ser humano y b) inseparables de la persona; 3) son absolutos y, por lo tanto, oponibles *erga omnes*; 4) son extrapatrimoniales, lo que no excluye una posible reparación en dinero; 5) son, en principio, indisponibles, lo que conlleva a que sean modificados en su contenido (salvo casos como el del apellido en el caso de adopción y otros), a) no son transmisibles aunque si comunicables (el apellido del padre al hijo), b) no son extinguidos por la voluntad propia, c) son irrenunciables, inalienables e indisponibles; y 6) son imprescriptibles; siendo todos de orden público, por lo que no es aplicable el principio de la autonomía de la voluntad¹³¹ y las normas no pueden ser relajadas por los particulares, porque es una materia esencial para el desarrollo del orden jurídico y social (Art. 6 CC).¹³²

En relación a la extensión y contenido de la categoría de los derechos de la personalidad, los autores no se ponen de acuerdo a cuáles son los derechos de la personalidad, en algunas es extensa y en otros es corta pero para nosotros y en función de lo que nos interesa para el presente trabajo a los fines de determinar hasta dónde llega este derecho por parte del ser humano a los fines de observar si permite cambiar los elementos esenciales del ser como lo sería el sexo, lo cual se da en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, de los distintos elementos que forman parte de las clasificaciones consideramos para su estudio a los siguientes: 1) derecho a la individualidad o identidad y 2) derechos sobre el

¹²⁹ AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 148.

¹³⁰ AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 148-149.

¹³¹ Esto no significa que no haya voluntad, pero la intervención de la voluntad es siempre relativa y en la medida que la propia naturaleza del derecho lo permita.

¹³² AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 149-150.

cuerpo, aunque también se encuentran: 3) derechos relativos a la personalidad moral y 4) derecho personal o moral de autor y de los titulares derechos afines y conexos.¹³³

Por lo tanto, en cuanto a la clasificación de los derechos de la personalidad nos encontramos con que estos derechos están enunciados y no son taxativos, ya que puede ocurrir la aparición de nuevos derechos que no se encuentren expresamente consagrados en la ley pero que sean inherentes a la condición del ser humano, pero se toma para la clasificación tres grandes sectores: identidad, integridad física (vida, integridad física y disposición del cuerpo) e integridad moral, psíquica o espiritual (libertad, honor, vida privada, intimidad, autodeterminación informativa, imagen y voz).¹³⁴

Todo esto se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la libertad de los individuos, pero esa libertad jurídica entendida como facultad de poder hacer, no es un poder absoluto y sin límites, ya que el límite de cada quien es el derecho de cada una de las demás personas, es decir, la libertad de hacer lo que las leyes permitan o no prohíban (*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*), debido a la ausencia de impedimentos, coacciones o trabas en razón de su dignidad.¹³⁵

La violación de los derechos de la personalidad acarrea cuatro sanciones: 1) una patrimonial a) responsabilidad civil (Art. (s) 1.185 y 1.266 del CC), b) obligación de cumplimiento por reposición en especie o *in natura* (Art. 1.268 del CC), c) supresión e eliminación del ataque y su reincidencia, y d) la prevención para que dicha contravención no se concrete de nuevo o no se repita (Art. 786 del CC)¹³⁶.

Son diferentes los derechos de la personalidad y los atributos, ya que estos últimos son los que permiten la individualización del sujeto de derecho, al ser cualidades o propiedades del ser jurídico y que le permiten formar parte de la

¹³³ Esta clasificación es tomada de **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, pp. 449-451; así como de **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 74-88.

¹³⁴ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 88-91.

¹³⁵ **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, p. 463.

¹³⁶ **OCHOA GÓMEZ, Oscar E.** *Derechos de la Personalidad.* Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 958-964.

relación de derecho (el nombre, la sede jurídica, el estado civil, la capacidad de derecho y el patrimonio), aunque a veces ambos pueden coincidir.¹³⁷

La mayoría de los autores considera que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos, siendo un poder al que el ordenamiento jurídico concede cierta autonomía, a la que no se le puede negar la posibilidad técnica de ser objetivados por el derecho, separándolos y destacándolos de la personalidad, determinados atributos suyos, que sean así elevados a bienes jurídicos y consiguientemente a objetos de derechos, protegidos con una específica acción civil, por lo que en los derechos esenciales de la personalidad, pueden concurrir las cualidades propias de los derechos subjetivos, en cuanto se dé en ellos la atribución, por el ordenamiento positivo, de un poder jurídico a un titular frente a otra u otras personas, puesto a su libre disposición y tutelado por una acción judicial. Ciertamente, desde un punto de vista técnico parece que los derechos de la personalidad presentan la estructura de derechos subjetivos, aunque tienen características especiales derivadas de su propia naturaleza, por lo que es de difícil traslación a ciertas nociones típicas del derecho subjetivo como poder o facultad, incluyendo dentro de esta la disponibilidad absoluta, pero lo cierto es que no se puede establecer una completa identidad con el arquetipo de derecho subjetivo construido sobre la base patrimonial, pero ello no significa que no puedan ser calificados como tales, por lo que estamos ante una categoría especial de derechos que no pueden ser tratados bajo la óptica de los derechos subjetivos de contenido patrimonial. De esta manera el objeto de tales derechos no puede ser la persona, ya que ésta no puede ser objeto de derecho ni sujeto-objeto al mismo tiempo, siendo que estos derechos tienen como sujeto a la persona en su complejo o conjunto, y como objeto, las diversas partes y facultades del órgano humano, así como las infinitas manifestaciones o elementos de la personalidad, tanto física como moral, es decir, los modos de ser de ésta, atributos o manifestaciones esenciales de la misma, ya que la persona como entidad corporal y espiritual despliega una esencia única y con particularidades que constituyen el

¹³⁷ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* *Op. Cit.*, pp. 59-60.

objeto fundamental de estos derechos.¹³⁸

Así, entre los principales atributos de la personalidad están el nombre, el estado jurídico, el patrimonio y el domicilio.¹³⁹ Por ello, respecto a la fuerza probatoria de los documento de identidad sobre la personalidad, si el funcionario dice que se le presento un niño de determinado sexo, si existe algún error, el acta sólo podrá atacarse por medio de la inscripción de falsedad, cuando se trate del caso de los intersexuales que se les asignó el sexo erróneo, pero no en lo relativo a los que se sometían a una reasignación quirúrgica de sexo.

A tal efecto, existen sanciones por la violación de los derechos de la personalidad, que se puede decir que son cuatro: 1) la responsabilidad civil, mediante la cual se indemniza por daños y perjuicios, mediante el pago de dinero, equivalente a la violación de una obligación de no hacer (Art. 1.266 del CC), o por cumplimiento por reposición en especie al restablecer a la víctima al estado en que se encontraba antes de que la violación se produjera; 2) mediante la obligación de cumplimiento en especie o *in natura*, a través de la destrucción de los que se haya efectuado en contravención (Art. 1.268 del CC); 3) por la supresión o eliminación del ataque, junto con las respectivas medidas para evitar la reincidencia; y 4) por medio de la prevención para que dicha contravención no se concrete de nuevo o se repita.¹⁴⁰

A. Derecho a la individualidad o identidad.

Antes el derecho a la identidad se asimilaba al derecho o atributo a tener un nombre (elemento estático), pero hoy en día se sabe que lo trasciende, al ser un derecho de contenido mayor que implica el respeto de la verdad biográfica, de un ser único e irrepetible, el nombre no es un derecho autónomo de la personalidad sino un atributo individualizador para identificar a la persona en la relación jurídica. La identidad de un persona es todo aquello que lo torna en un ser no fungible e irrepetible en su peculiaridad, pese a la integración social, teniendo una *identidad*

¹³⁸ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 62-70.

¹³⁹ **PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT.** *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.* Tomo Primero, Las Personas, Estado y Capacidad. Traducción de Mario Díaz Cruz. Editorial Cultural, S.A. La Habana, Cuba, 1927, p. 5.

¹⁴⁰ **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, p. 490.

estática conformada por el nombre, el aspecto físico, las huellas dactilares, el sexo físico (también se agregan los rasgos físicos, la configuración genética, señales antropométricas, fotográficas y dactiloscópicas), que son datos que identifican primariamente al sujeto y que no varía en esencia con el paso del tiempo; pero la *identidad dinámica* está integrado por el aspecto cultural, ideológico, religioso, político.¹⁴¹

Siempre se posee un interés legítimo en afirmarse como persona individual y distinta de los demás, en donde los signos distintivos de la identidad (nombre civil, seudónimo, sobrenombre) tienen un papel importante, así como la necesidad o derecho de estar inscrito en el Registro del Estado Civil, aunque abarca muchas más cosas. Por eso, el ordenamiento jurídico confiere derechos subjetivos sobre esos signos distintivos.¹⁴²

Como nuestro ordenamiento jurídico protege la personalidad del ser humano, ese derecho de individualidad y personalidad fundados en principios generales del derecho debe admitir acciones civiles de reclamación e impugnación de identidad.

Este derecho sobrepasa al atributo del nombre, el cual es un elemento más de la identidad, este derecho supone el respeto a la verdad biográfica de la persona, distinguiéndose un aspecto estático (nombre, rasgos, señas) y un aspecto dinámico (conformado por el patrimonio cultural, ideológico, religioso, profesional, etc.), en la que se respeta la historia del individuo ya sea positiva o negativa, que junto con el cuerpo y el físico nos hace seres únicos. Por eso, debe ser respetada la identidad de la persona, la cual se ve transgredida cuando se afecta la verdad biográfica.¹⁴³

Este derecho se violenta cuando se afecta la verdad biográfica de la persona, su historio y realidad, al omitir o alterar elementos personales como acciones o caracteres.¹⁴⁴ Por lo tanto, este derecho se vulnera cuando se afecta la

¹⁴¹ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. Op. cit., pp. 92-96.

¹⁴² AGUILAR GORRONDORA, José Luis. Op. Cit., p. 151.

¹⁴³ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999*. Op. Cit., pp. 232-235.

¹⁴⁴ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la*

verdad biográfica de la persona, su historia y su realidad, al omitirse o alterar importantes elementos personales como acciones o caracteres, ay que debe referirse a la verdad misma de la persona, de ser uno mismo con sus propios caracteres y acciones, por lo que su tutela jurídica comporta un respeto a la verdad personal, a su unidad social y jurídica que afirma su individualidad. Este es un derecho autónomo, complejo, que constituye un núcleo en torno del cual el bien jurídico se protege mediante la vigencia de otros derechos, cuya violación es independiente de la transgresión de otros derechos como el honor. Así observamos que se trata de una noción amplia que incluye el derecho de que sea respetada la verdad personal que involucra factores sociológicos, psicológicos, sociales, culturales, intelectuales, afectivos, sexuales, políticos, etc. Por ello, si se ha violado el derecho a la identidad, se debe admitir la corrección a favor de la verdad, a través de una rectificación para reparar la lesión, sin importar la culpa, que en nuestro caso se podría dar a través del *habeas data* (Art. 28 de la CRBV), y así poder exigir que los datos vinculados a nuestra personalidad concuerden con nuestra historia personal (principio de identidad) mostrando la persona que soy.¹⁴⁵

De esta manera, se observa que es evidente que los intersexuales, transexuales y transgéneros tienen el derecho de usar la vía judicial a través de las distintas acciones judiciales existentes y que sean adecuadas para regularizar su situación legal y hacer que compagine con su situación fáctica. De esta manera, observamos que se encontrarían relacionados con este derecho los Art.(s) 28, 56 y 58 de la CRBV, que consagran una herramienta para la protección de la verdad biográfica como lo es el *habeas data*, el derecho a réplica y el conocer la identidad de los padres, lo cual se vincula con la autodeterminación informativa.

B. Derechos sobre el cuerpo o derecho sobre la integridad física o corporal y a disponer del propio cuerpo (vivo).

Los derechos de la personalidad también se manifiestan o están compuestos del derecho a la vida o vivir, el derecho a la integridad física y el

personalidad. Op. Cit., p. 96.

¹⁴⁵ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 96-102.

derecho a disponer del propio cuerpo, en donde a nosotros nos interesa en este punto el último.¹⁴⁶

El derecho a la integridad física supone el que no se será afectado o vulnerado desde el punto de vista corpóreo y se relaciona estrechamente con el derecho a disponer del propio cuerpo, lo cual supone la autonomía de la voluntad en cuanto a intervenciones en las que resulte afectado nuestro cuerpo, como sería el caso de las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo. De allí que no se puede intervenir forzosamente a nivel físico sin la voluntad del sujeto involucrado, sobre todo al considerar que todo acto humano debe restringirse al límite de no causar u otro un perjuicio físico, sufrimiento o perturbación, estando tal hecho prohibido por la ley.¹⁴⁷ Existe en general la necesidad del consentimiento de la persona que se será objeto de algún tipo de tratamiento o intervención médica.

Se trata de un derecho autónomo y distinto a la vida (Art. 46 de la CRBV), consistiendo en el derecho de no ser afectados en torno a la esfera corporal o física, ya que una afectación sobre su cuerpo repercute en forma determinante en la integridad psíquica también, por lo que se habla de una situación inescindible de integridad psicosomática o psicofísica. El hombre es una unidad física y espiritual, siendo un bien ulterior, conformado por una integridad física, con atributos físicos, y con ausencia de disminuciones físicas. Toda violación de este derecho es un acto antijurídico, teniendo sanciones penales y existiendo la obligación de indemnizar los daños materiales y morales. Este derecho también implica el negarse a inspecciones o exámenes corporales, por lo cual siempre se requiere su autorización.¹⁴⁸

De esta manera, se observa la estrecha relación entre estos derechos y el derecho a la integridad física y psíquica, ya que no respetar la libre determinación de una persona respecto de su propio cuerpo e intervenirla en contra de su

¹⁴⁶ De todas formas sobre este punto y otros aspectos vinculados a los derechos de la personalidad, como ya se dijo, se tratará con más desarrollo en el Capítulo IX.

¹⁴⁷ Art. 46 de la CRBV, Art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 7 del pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 5 de la Declaración de Derechos Humanos.

¹⁴⁸ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 153-157.

voluntad, violentaría el derecho a la disposición de su cuerpo y afectaría el ámbito psicofísico del ser humano.¹⁴⁹

Se discute si el derecho a disponer del cuerpo es un derecho autónomo y distinto a los demás derechos de la personalidad.

La posibilidad de disponer del propio cuerpo tiene unos límites, impuestos por el derecho y la razón, que aparecen cuando por falta de cuidado la persona, atentando contra ella misma, se pueda causar disminuciones permanentes que afecten su integridad, por lo que en razón de la existencia de un interés social directo de salvaguardar la integridad física del individuo y un interés indirecto de proteger la especie humana, independientemente de la existencia del consentimiento del sujeto para disponer de su cuerpo mediante algún documento legal, existen estas limitaciones sobre el propio cuerpo. Esto es en razón, de que ciertos actos de disposición pueden ser contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, lo cual lo haría ilícito (Art.(s) 10,17, 18, 19, 20, 21, 27, 42, 45 y 46 de la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, lo cual se vincula con lo establecido en los Art.(s) 5 y 6 del CC).

La persona puede disponer de su cuerpo para fines propios o altruistas dentro de ciertos límites (donación de órganos, sangre, experimentos científicos, etc.), pero este derecho tiene dos (2) límites que son: 1) no se pueden consentir actos que afecten la integridad física causándole disminuciones permanentes,¹⁵⁰ y 2) ni se pueden realizar actos de disposición del cuerpo que sean contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres.¹⁵¹ En Venezuela no existe legislación sobre el derecho a disponer del cuerpo en general salvo lo estipulado en la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos.

Distinto es el derecho a disponer de las partes del cuerpo que han sido separadas como lo son el cabello y las cuales son en principio objeto de propiedad

¹⁴⁹ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999. Op. Cit.*, p. 240.

¹⁵⁰ En este punto del que hablaremos más adelante, es relevante a los fines de determinar y la operación quirúrgica de reasignación de sexo, entraría dentro de estas limitaciones, tomando en cuenta que se genera una mutilación de los órganos sexuales de la persona, así como se produce una esterilidad permanente.

¹⁵¹ El Art. 5 del Código Civil italiano, establece esto de manera expresa.

y de tráfico, salvo los límites del orden público y las buenas costumbres. Otro tipo de derecho es el disponer del cadáver mediante testamento.

El derecho al cuerpo existe con diversas facultades, en particular usar y gozar del cuerpo como objeto del mismo el cual es susceptible de dar lugar a acciones negatorias y su violación por terceros da lugar a acciones indemnizatorias, lo cual no significa que tengamos un derecho de propiedad sobre el cuerpo sino una potestad protectora de su integridad. Este derecho tiene límites, como lo serían aquellos actos que conllevan una ofensa a la integridad contraria a las buenas costumbres o impliquen un cercenamiento corporal permanente, para todo debe existir un consentimiento a los fines de disponer de las partes del cuerpo, siempre y cuando no esté prohibido por la ley, lo cual se encuentra vinculado al derecho a la salud y el permitir las intervenciones quirúrgicas.¹⁵²

Por ello, se debe precisar hasta qué punto el ser humano puede disponer de su cuerpo para someterse a una operación de reasignación de sexo, como ocurre con el caso de los transexuales, que luego de cumplir con el protocolo médico estricto se considera que se pueden someter a la intervención quirúrgica de reasignación de sexo.¹⁵³ Vinculado a esto podemos observar que en razón de esto fue que se dictó la ley noruega de 1 de junio de 1934 (sobre esterilización), luego la ley danesa de 11 de mayo de 1935 (sobre castración), la ley alemana de 15 de agosto de 1969 (sobre castración), el Estado de Illinois en EEUU a finales de 1969 se habla por primera vez de cambio de sexo mediante un trámite administrativo, siguiendo luego Louisiana en 1968 y California en 1977, así como hay leyes que permiten el cambio mediante un procedimiento judicial como Nueva York y su ley de 1971. También se encuentran Suecia en 1972, la Alemania Federal en 1980, en Italia en 1982, en Francia se resolvió de manera jurisprudencial y la Corte Europea de los Derechos del Hombre en sentencia de B. contra Francia del 25 de marzo de 1992 (serie A. núm. 233-C, p. 45, § 35-36), se pronunció también al respecto.¹⁵⁴

¹⁵² **OCHOA GÓMEZ, Oscar E.** *Derechos de la Personalidad. Op. Cit.*, pp. 924-942.

¹⁵³ Respecto a la responsabilidad del médico lo tocaremos más adelante en el Capítulo V.

¹⁵⁴ La Corte Europea de los Derechos del Hombre con sentencia del 25 de marzo de 2002 (Caso: *B. vs. Francia*) motivó el cambio de la jurisprudencia francesa por lo que actualmente en Francia la

Por ende, no se puede negar que existe un vínculo entre los derechos de la personalidad y su titular, siendo que en este tipo de derechos existe un vínculo mayor al simple ejercicio de estos, aquí estos derechos no pueden ser separados de la persona ya que hacen un solo cuerpo y elemento con ella, no como el derecho de propiedad.¹⁵⁵

Todo lo cual genera derechos del hombre y derechos de la personalidad, que se parecen mucho pero no son lo mismo. Se diferencian en que los primeros se tratan esencialmente de relaciones de derecho público donde se busca proteger los derechos fundamentales del individual contra la arbitrariedad del Estado; mientras los segundos son vistos desde el ángulo del derecho privado, aunque sin ninguna duda en casi todos esos derechos nos enfrentamos a los mismos que aparecen en los derechos humanos, pero aquí se ven en cuanto a las relaciones particulares y la defensa de estos contra los ataques de los particulares.¹⁵⁶

Este derecho posee estrecha relación con las intervenciones quirúrgicas, ya que a través de ellas se realizan incidencias o cortaduras en el cuerpo humano para preservar, proteger o resguardar la salud humana o por razones altruistas o estéticas, todo lo cual se encuentra vinculado con el derecho a la salud (Art. 86 de la CRBV, Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre), por lo que es la expresión más cabal del derecho de la personalidad a la salud, sin olvidar que no se trata de un derecho absoluto y pleno, aunque el cuerpo sea personalísimo, íntimo y propio, debido a que existen restricciones por razones antropológicas y

persona con trastorno de identidad de género reasignada quirúrgicamente tiene no sólo derecho al cambio de su identidad registral de sexo y nombre, sino además a la modificación de sus documentos de identidad y de todo los registros y documentos oficiales. Igualmente ocurrió con la sentencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre en el caso *Goodwin vs. Reino Unido* del 11 de julio de 2002, que señaló que no existe ninguna justificación para no permitir a una persona reasignada los cambios necesarios para el goce de sus derechos, siendo que en igual sentido se pronunció la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en decisión del 7 de enero de 2004 (Caso: *KB. Vs. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*).

¹⁵⁵ MAZEAUD, Henri y León y Jean MAEZAUD. *Op. Cit.*, p. 265.

¹⁵⁶ MAZEAUD, Henri y León y Jean MAEZAUD. *Op. Cit.*, p. 268. Igualmente respecto a los derechos del hombre y los derechos humanos lo trataremos con más detenimiento en el Capítulo IX.

ético-religiosas, ante las intervenciones quirúrgicas en honor o interés de la dignidad de la persona humana. Específicamente en cuanto a la modificación quirúrgica y hormonal del sexo que aparenta el individuo y por vía de consecuencia el cambio de las actas del estado civil, del nombre y del sexo, la cual es considerada que se puede efectuar lícitamente en los casos del intersexualismo, del transexualismo o los transgéneros como ejercicio de un derecho de la personalidad, mediante la aplicación de una terapia no controvertida, consentida o solicitada por la persona, sobre todo al considerar que el sexo es uno de los elementos de la identidad, como remedio para lograr una identidad sexual, así como ejercicio del derecho de la personalidad a la salud y su derivado derecho al cuerpo, y por ello, legítimo, dando lugar al derecho a la rectificación del acta o partida de nacimiento.¹⁵⁷

En relación al alegato de que el transexual tiene la libre disposición de su cuerpo, se alega que están prohibidos aquellos actos que causen una disminución física irreversible, como lo sería el caso de cercenar los órganos sexuales originarios, lo cual, en el estado actual de la ciencia, produce una disminución corporal que no admite retorno, con lo cual se podría alegar el orden público para su prohibición.¹⁵⁸

1.5 Nombre civil de las personas naturales. Derecho sobre el nombre.

Ya señalamos anteriormente que la identidad consiste en ser quien se es y no otra persona, lo cual le interesa al individuo, a los terceros y al Estado; para poder determinar si es o no titular de los derechos que pretende y de los deberes que se le exigen. De este modo, existen los signos distintivos o datos de identidad para poder expresar a la identidad, entre los cuales se encuentra el nombre como el principal elemento que a su vez es un derecho de la personalidad. Esto cobra importancia cuando observamos que a veces hace falta probar la identidad y a esto es a lo que se llama identificación.¹⁵⁹ Los individuos del género humano para

¹⁵⁷ OCHOA GÓMEZ, Oscar E. *Derechos de la Personalidad. Op. Cit.*, pp. 911-914.

¹⁵⁸ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, p. 110.

¹⁵⁹ AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 159.

ser singularizados y distinguidos entre sí, utilizan varios signos jurídicos, estando dentro de unos de ellos el nombre, tal como lo refleja el Art. 8 de la Ley Orgánica de Identificación.¹⁶⁰ Además de ser atributo de la personalidad, el nombre es un derecho de la personalidad reconocido constitucionalmente en el Art. 56, además del Art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño que se vincula con el Art. 16 de la LOPNNA.

El nombre y del estado civil tienen una relación estrecha que facilita la individualización de la persona, es el signo del estado civil y de la personalidad. De este modo, el de nombre civil de las personas naturales, es el apelativo o vocativo, oral o gráfico, que conforme al Derecho, corresponde utilizar para designar a las personas, el cual posee elementos que se pueden clasificar en esenciales y accidentales.¹⁶¹ De esta manera, el nombre se trata de un atributo individualizador, llegándose a considerar el más interesante de la personalidad porque su estudio supera el ámbito jurídico y nos acompaña cada día de nuestra existencia, teniendo como funciones la individualización, indicar el sexo y el estado familiar.¹⁶²

1) Los elementos esenciales dentro de las sociedades occidentales contemporáneas y en Venezuela son el nombre patronímico y el nombre de pila.

a) *El nombre patronímico, apellido o nombre de familia*, sirve en principio para designar a todas las personas de una familia. Nuestro derecho no establece qué palabras deben ser usadas como apellidos, solíéndose determinar por el de sus progenitores; pero es necesario usar un apellido, aunque pueda usarse un mayor número de ellos.

b) *El nombre de pila o nombre individual*, sirve esta palabra de suyo para diferenciar a los portadores del mismo apellido estos entre sí. Toda persona debe tener un nombre de pila, aunque nada impide que tenga varios, siendo facultativo el uso de uno u otro de los que tenga (Art.(s) 91 y 93 de la Ley Orgánica de

¹⁶⁰ OCHOA E. Oscar G. *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, p. 235.

¹⁶¹ AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, pp. 160-162.

¹⁶² DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999. Op. Cit.*, pp. 217-218.

Registro Civil así como lo establece el Art. 16 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y el Art. 466 del CC). Nuestra legislación no establece nada respecto de qué palabra pueden ser usadas como nombres de pila, solamente se establece que en caso de considerarse ofensivo éste puede ser cambiado (Art. 146 Ley Orgánica de Registro Civil).

2) Los elementos accidentales del nombre es la utilización para evitar la homonimia o la confusión de personas, de ciertos agregados (senior, junior, hijo, padre, etc.)

No forman parte del nombre civil el seudónimo, el sobrenombre, el apodo, el mote, el alias, los títulos, grados y dignidades eclesiásticas, militares o académicos; ni las calificaciones nobiliarias.

De esta manera, observamos que la determinación originaria del nombre de pila, la hace, en principio, el presentante del niño al levantarse la partida de nacimiento (Art.(s) 85, 89, 90, 91 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil; el Art. 16 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y Art. 466 del CC). Si el presentante no fuera alguno de los padres que ejerce la patria potestad, debe declarar el nombre que ese progenitor escogiera ante el funcionario, si el presentante no da ningún nombre, se lo pondrá el funcionario que levanta la partida. Análogamente sucederá con el hallazgo de recién nacido.¹⁶³

El nombre de pila sólo constituye materia del derecho de la personalidad, en cuanto vaya unido a un apellido. Sobre el nombre de pila por sí solo, el sujeto no tiene un derecho exclusivo, el mismo puede ser asumido idénticamente por otros.¹⁶⁴

En cuanto a la determinación originaria del apellido,¹⁶⁵ se encuentra expresamente regulado en la LOPNNA, la Ley Orgánica del Registro Civil y el Código Civil, derivando normalmente de la filiación. Siendo lo normal entre los diferentes casos que se pueden dar la determinación del apellido de la siguiente forma, en primer lugar el primer apellido el del padre y en segundo lugar el primer

¹⁶³ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.*, p. 162.

¹⁶⁴ **MESSINEO, Francesco.** *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁶⁵ **MESSINEO, Francesco.** *Op. cit.*, pp. 6-7. **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.*, pp. 163-164.

apellido de la madre de los hijos concebidos dentro del matrimonio, los fuera del matrimonio cuya filiación ha sido establecida respecto a ambos progenitores anterior a la partida de nacimiento (Art. 235 de CC), entre los diferentes casos que se dan.

El nombre patronímico es el primero y principal de los derechos de la personalidad, es un medio de individualización del sujeto, por esto el sujeto adquiere un derecho absoluto y exclusivo al uso del mismo, lo que le asegura el no ser confundido con otro, y que ponga de manifiesto su pertenencia a la familia que en su conjunto está señalada por el apellido.

El derecho al apellido es la manifestación principal del derecho subjetivo a la identidad. Como función accesorio, el derecho al apellido tiene la de impedir que se atribuya a otro la pertenencia a una familia, por eso el apellido es un ente reconocido por el ordenamiento jurídico. Por eso, se puede decir que existe el deber jurídico de llevar el propio nombre.

De esta forma los intersexuales, transexuales y transgéneros, en cuanto a la determinación originaria de su nombre y apellido es de conformidad a como lo hemos señalado, siendo que posteriormente, al obtenerse una reasignación quirúrgica de sexo o determinar el verdadero sexo con el cual se identifica el individuo, se debe proceder a adecuar el nombre de pila con el sexo correspondiente.

Así, el cambio del nombre de pila,¹⁶⁶ aunque anteriormente nuestro derecho no autorizaba en ningún caso el cambio de nombre de pila, ahora sí, en casos de nombres ridículos y vergonzosos, (Art. 146 Ley Orgánica de Registro Civil). Otra excepción es cuando a solicitud del adoptante o adoptantes el Tribunal de adopción acuerda la modificación del nombre de pila del adoptado cuando este sea soltero y menor de edad en la fecha de solicitud de la adopción y previo consentimiento del adoptado mayor de 12 años cuando no está imposibilitado permanentemente de hacerlo (Art.(s) 494 literal C, 500 y 501 de la LOPNNA, como lo establecía antes el Art. 53 Ley de Adopción).

¹⁶⁶ AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, pp. 164-165.

Respecto al cambio de apellido,¹⁶⁷ este se puede cambiar por vía principal o por vía de consecuencia, ya se haya accionado con el fin de obtener el cambio o que se realizara un acto jurídico principal donde este se produce por ser consecuencia accesoria de esa acción.

Cambio de apellido por vía principal. Para nosotros no es posible el cambio de apellido por vía principal, solamente en el caso del extranjero cuya ley nacional lo permite.

Cambio de apellido por vía de consecuencia. Se produce por:

- a) El reconocimiento voluntario o establecimiento judicial de la filiación.
- b) La adopción.
- c) El desconocimiento del marido del hijo concebido o nacido durante el matrimonio.
- d) La nulidad o impugnación del reconocimiento de un hijo natural.
- e) La extinción de la adopción.

En el derecho comparado, podemos observar que en Francia es permitido el cambio de nombre cuando este es ofensivo, denigrante, injurioso, o que el nombre con el apellido sugiera un sonido que sea objeto de burla (Zoila Mesa de Planchart), o que el nombre que posea sea en el grupo social al que pertenece entendido como del sexo opuesto, o que se halla sometido la persona a un tratamiento médico o quirúrgico en el que se hace indispensable para su salud mental el tener un nombre acorde con su realidad (caso de los transexuales o de los intersexuales que modifican su sexo), entre otros casos. En estos casos, se permite que la persona pida el cambio del nombre al demostrar el interés que posee, lo cual lo legitima para pedir la sustitución, adición o sustracción de nombre en su acta de nacimiento, admitiendo incluso el cambio sucesivo de nombre, siempre y cuando sea justificado y no caprichoso.¹⁶⁸

En el caso de la adición del apellido, el único caso permitido de adición del

¹⁶⁷ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.*, pp. 165-167.

¹⁶⁸ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Op. Cit*3, pp. 159-162. En relación a la jurisprudencia que han permitido y justificado el cambio de nombre de los transexuales, este autor cita la decisión de la Sala de Casación Civil Primera del 16 de diciembre de 1975; SCC Primera del 22 de febrero de 1972; Tribunal de grande instance TGI (Tribunal Superior) Saint-Étienne del 26 de marzo de 1980; TGI Toulouse del 25 de mayo de 1978 y del 11 de octubre de 1978, y TGI París de 24 de noviembre de 1981.

nombre es el de la mujer casada y anteponiendo la preposición “de” para luego poner el primer apellido del marido (Art. 137 del CC).

Por ello, cuando se produce un juicio respecto al nombre de las personas y producir un cambio del mismo, se da la autoridad de cosa juzgada y los efectos del juicio se limitan a las partes y a sus representantes o causahabientes, y no se extiende a terceros, siendo que la cosa juzgada se tiene como verdad legal, pero para unos y no para otros.¹⁶⁹

De allí que nos interese lo que respecta a la naturaleza jurídica del nombre de las personas naturales, sobre la cual existen teorías *ius-publicistas* y teorías *ius-privatistas*, pero todas están de acuerdo en que se debe proteger y asegurar el nombre y según la teoría que se asuma cambiará la posible solución que se asuma respecto a los intersexuales, transexuales y transgéneros.

Según los primeros el nombre es una institución de derecho público que no da ningún derecho subjetivo al particular (posición de Planiol). Estas teorías tienen el particular de destacar que el nombre tiene aspectos de deber y de interés general, y no sólo de derecho y de intereses privados, así se destaca la teoría del nombre como institución de policía civil.¹⁷⁰

La *Teoría del nombre institución de policía civil*, es definida y sostenida por Planiol, indicando que el nombre es atribuido a los individuos por el legislador, con la finalidad de buena administración, de buena policía.¹⁷¹ Llevar un nombre, según esta teoría, es más una obligación que un derecho, es una institución de policía civil, es la forma obligatoria de la designación de personas, se establece por interés general.

De esto resulta que no existe derecho al nombre; es solamente el caso de una reglamentación administrativa para procurar la identificación de los individuos. Por lo tanto, es una institución de policía civil; es una forma obligatoria de la designación de las personas. Esto no niega que pueda quejarse de la usurpación pero mediante las reglas generales de la responsabilidad civil, demostrando que

¹⁶⁹ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. *Op. Cit.*, pp. 120-122.

¹⁷⁰ AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 169.

¹⁷¹ MAZEAUD, Henri y León y Jean MAZEAUD. *Op. Cit.*, pp. 141-143.

se le ha causado un perjuicio.¹⁷²

Todo interés en la determinación jurídica del nombre se reduce a: 1) si el nombre constituye una propiedad, la persona que lo usa puede obtenerle sea respetado por otros, sin tener que probar que su usurpación le causa daño; 2) pero si el nombre no es objeto de un verdadero derecho de propiedad, el reclamante debe probar un perjuicio derivado de la usurpación.

Bajo esta teoría los intersexuales, transexuales y transgéneros al tratarse más de una obligación que de un derecho, existe es el interés general del Estado de que la realidad esté acorde con lo establecido legalmente, por lo que según esta teoría la solicitud efectuada por estas personas más que una exigencia de un derecho frente al Estado, se trataría de solicitar la obligación del Estado en adecuar sus datos.

A esta teoría se le critica que trae como perjuicio que es en sí misma un círculo vicioso, porque aun cuando se considere el nombre como propiedad de una persona, los terceros usurpadores no son responsables de delito, sino cuando constituye una injuria al derecho, de donde resulta que, de cualquier modo que el nombre se considere usurpado, para que prospere la acción, hay necesidad de probar el perjuicio.

En las segundas clases de teorías el nombre es objeto de un derecho subjetivo, aunque varían en cuanto a la naturaleza de este, surgiendo las siguientes teorías:

La teoría del nombre como objeto de propiedad, la cual surge con Aubry y Rau y en la que algunos consideran que es objeto de un derecho de propiedad, por lo tanto, quien lo lleva en principio, le es permitido, gozar y disponer de la manera más absoluta, siendo la posición que fuera hecha doctrina y adoptada por la jurisprudencia francesa.

Algunos opinan que se tiene derecho a la propiedad pero, mientras el primero es, en principio, individual, exclusivo, el derecho al nombre tiene un carácter familiar; más aun, el mismo apellido puede pertenecer a varias familias;

¹⁷² MAZEAUD, Henri y León y Jean MAEZAUD. *Op. Cit.*, pp. 141-143.

se trataría entonces de una propiedad colectiva.¹⁷³

Bajo esta teoría los intersexuales, transexuales y transgéneros si poseerían un derecho, aunque no exclusivo sobre el mismo, que le permita exigir al Estado la adecuación del mismo con el género adquirido a los fines de evitar la discordia existente entre la realidad y lo legalmente establecido, para de esta manera poder proteger otros derechos humanos.

No obstante, a esta teoría no está exenta de críticas, ya que la mayoría de la doctrina la rechaza, porque consideran que la naturaleza del nombre no se aviene con los caracteres de la propiedad, ya que: 1) la propiedad, generalmente, es enajenable y prescriptible, el nombre no; 2) la propiedad es patrimonial y susceptible de valuación económica, el nombre no dentro del campo civil; y 3) la propiedad es natural y generalmente exclusiva, no así como los nombres de familias, siendo que Josserand dice que es una copropiedad.

Luego nos encontramos con la *teoría de la marca distintiva de la filiación*, originaria de Colin y Capitan ven en él la marca distintiva de la filiación, y la prueba es que generalmente se determina por la filiación.

Con respecto a esta teoría no existiría problema en relación con los intersexuales, transexuales y transgéneros respecto al apellido, así como tampoco en las teorías anteriores, sino en relación al nombre de pila, el cual generalmente requiere ser cambiado para que se adecúe al sexo adquirido con posterioridad.

A esta teoría se le crítica que en principio lo allí sostenido es cierto, pero no siempre es así, ya que hay nombres en algunos países que son atribuidos por decretos de la autoridad administrativa, o el caso de la esposa que puede adquirir el apellido del esposo o del otrora niño conocido como expósito.

También está la *teoría del nombre atributo de la personalidad*, que dice que es un derecho de la personalidad, donde el nombre es la marca distintiva del individuo, el elemento necesario de su actividad individual que no puede ejercer libremente sino a riesgo de ser objeto de confusión con otros individuos, por lo que se confunde con la personalidad misma y de la cual es un atributo,¹⁷⁴ tomando en

¹⁷³ MAZEAUD, Henri y León y Jean MAEZAUD. *Op. Cit.*, pp. 143-144.

¹⁷⁴ OCHOA E. Oscar G. *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, p. 240.

cuenta que: 1) está fundamentado en intereses particulares, y en el interés colectivo surge el deber de usarlo; 2) el objeto del derecho de la personalidad es el nombre completo y no aisladamente; 3) existe un derecho familiar sobre el apellido separado del nombre civil completo; y que 4) el hecho que lesione el derecho de la personalidad sobre el nombre civil o familiar, puede lesionar el patrimonio del individuo, de donde surge un derecho de crédito contra el que cometió el daño y por ende la indemnización.

Por ello, Salecilles, Perreau, Josserand y otros lo ven como signo distintivo y revelador de la personalidad; es uno de los elementos constitutivos, junto a la capacidad de goce, la nacionalidad, el estado civil, el domicilio. Es un bien innato, como el derecho a la vida, al honor y, al mismo tiempo, es una institución de policía, en tanto cuanto sirve como medio de identificación destinado a prevenir la confusión de las personalidades.

Por lo tanto, como atributo de la personalidad, tiene las siguientes características: 1) no es comerciable; 2) no es susceptible de cesión entre vivos, ni transmisible por causa de muerte; 3) es inembargable; 4) es imprescriptible; 5) es, por lo general, inmutable; y 6) es uno e indivisible.

Bajo este orden de ideas, el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros al considerarse que se trata de un derecho de la personalidad y a los fines de evitar confusión en cuanto a la realidad fáctica con la legal, así como con otros individuos lo cual estaría como en los casos anteriores vinculado solamente al nombre de pila y no del apellido.

Igualmente existe la *teoría del nombre como un derecho de familia*,¹⁷⁵ Señala esta teoría que el nombre de familia es el signo interior distintivo del elemento del estado de las personas que resulta de la filiación. Sin embargo, se critica que el nombre no se adquiere con la sola filiación como es el caso de los niños abandonados y que son adoptados o no llegan a serlo.

En definitiva el nombre es una institución jurídica *sui generis*, que es un derecho inherente a la personalidad, al igual que el derecho al estado, a la vida, al

¹⁷⁵ OCHOA E. Oscar G. *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, p. 241.

honor, etc.; además de tratarse de un derecho absoluto al ser oponible *erga omnes*, y de ser una obligación impuesta en interés de la colectividad, tratándose de una institución de policía civil, de orden público, cuyo objeto es la identificación e individualización de las personas.¹⁷⁶

Con esta teoría en relación con los intersexuales, transexuales y transgéneros ocurre algo similar a la teoría anterior, además que no se debe olvidar que siempre está presente el interés del Estado de tener identificada a la persona tal cual como es y quién es, para no incurrir en confusiones.

Para nosotros, la tendencia en la mayoría de estas teorías es que existe un derecho al nombre como uno de los derechos de la personalidad, y sus caracteres son muy distintos a la de la propiedad, por tanto, el nombre debe ser protegido, como la personalidad misma, contra todo ataque, y esa protección debe ser asegurada fuera de todo perjuicio, siendo que como daño se puede entender también el escarnio, humillación y vejamen al que puede ser sometido una persona por no corresponder su nombre con su físico por lo que se daría en ese caso el supuesto de hecho establecido en el Art. 146 de la Ley Orgánica de Registro Civil. Todo esto, es independiente de la reparación económica que se puede intentar con una acción de responsabilidad civil contra los agresores a los derechos vinculados como el honor, la reputación y libre desenvolvimiento de la personalidad entre otros.¹⁷⁷

Así dentro de los *caracteres del nombre civil* (completo),¹⁷⁸ el cual interesa al orden público, se encuentran que es: 1) *necesario*, todos deben tener y usar un nombre de pila y otro patronímico; 2) *indisponible*, la voluntad particular no puede crear, modificar, transmitir ni extinguir su nombre salvo las excepciones en que la ley confiera tal poder: a) el único caso donde crea el nombre es cuando el presentante del niño le da el nombre de pila ante el funcionario; b) no lo puede modificar, salvo en los casos establecidos en el Art. 146 de la Ley Orgánica de Registro Civil, mediante una solicitud en vía administrativa o por una acción

¹⁷⁶ OCHOA E. Oscar G. *Personas. Derecho Civil I. Op. Cit.*, p. 241.

¹⁷⁷ MAZEAUD, Henri y León y Jean MAEZAUD. *Op. Cit.*, pp. 145-146.

¹⁷⁸ Respecto a los caracteres del nombre se puede ver entre otros autores a MAZEAUD, Henri y León y Jean MAEZAUD. *Op. Cit.*, pp. 138-141.

principal que como consecuencia produzca la modificación del nombre, aquí consideramos que los intersexuales, transexuales y transgéneros pueden intentar una acción para modificar el nombre de pila; c) no se puede transmitir, aunque indirectamente puede hacerlo con su apellido en los casos permitidos por la ley (adopción, esposa); y d) no lo puede extinguir ya que es irrenunciable; 3) *inalienable*, no se puede ceder y adquirir un nombre al igual que el estado civil, además, está fuera del comercio por ser de la personalidad y distintivo del estado civil, no obstante, el seudónimo tiene un valor pecuniario como el nombre comercial; 4) *imprescriptible*, no se puede perder por prescripción extintiva ni perder por prescripción adquisitiva, por ello, no se adquiere ni se pierde por un uso (o desuso) prolongado, como el estado civil; 5) *es un derecho absoluto*, se prohíbe usar indebidamente el nombre de otra persona y se hace valer ese y otros derechos relacionados con el nombre *erga omnes*; 6) *derecho extrapatrimonial*, por no ser apreciable en dinero, aunque no niega que el daño causado a este tenga una reparación pecuniaria por surgir un derecho de crédito; 7) *derecho inherente a la persona*, ya que en principio nace y se extingue con ella; e 8) *inmutable*, no cabe cambiar de nombre, así como tampoco de estado civil, pero ciertas modificaciones del estado civil influenciarán en el cambio de nombre (ej. adopción, el sometimiento a una reasignación quirúrgica de sexo o no que mediante una sentencia judicial que ordene dicho cambio ante los casos que estamos estudiando).

Pero independientemente de la teoría que se asuma, es indudable que existe una protección legal del nombre que contiene: 1) el derecho de la personalidad que cada quien tiene sobre su nombre que para la protección del uso exclusivo del nombre civil por ser derecho de la personalidad se otorgan dos acciones que sólo pueden ser ejercidas por el poseedor del nombre como: a) *la acción de reclamación del nombre*, donde el demandante pide se le reconozca es el que señala y que no le sea perturbado su uso; b) *la acción de impugnación del nombre*, donde el accionante pide se prohíba a otro el uso indebido de su nombre; y c) *el habeas data*, donde puede solicitar se corrijan bases de datos con información errónea o falsa, lo cual sería lo que ocurre con los intersexuales,

transexuales y transgéneros cuando asumen el nuevo sexo; las 2) acciones de reclamación e impugnación del apellido, al ser este considerado este de forma aislada y que derivan del derecho familiar, pudiendo ser ejercida por todos los parientes; 3) acciones patrimoniales, con la finalidad de obtener reparaciones de los daños y perjuicios ocasionados por culpa de otra persona; y 4) acciones penales, ya que existe una protección penal del nombre establecida en los artículos 296-A, 327 al 333 y 463 del CP.

Más adelante veremos si alguna de estas acciones es procedente en cuanto al cambio de nombre de pila, en el caso de los intersexuales, los transexuales y los transgéneros que cambian de sexo o no por una operación quirúrgica o corrección en el caso de los primeros, sobre todo al considerar que no existe una usurpación o ataque al nombre que le fuera asignado, sino que por el contrario desean que se les otorgue uno nuevo que esté acorde con su nueva condición.

Por otra parte se encuentra el sobrenombre o mote, el apodo y el alias. En este sentido se debe tener claro que sobrenombre o mote y el apodo no tienen casi ningún valor jurídico. Así, se entiende por *sobrenombre* al nombre que se añade a veces al apellido para distinguir a dos personas que tienen el mismo o como el nombre calificativo con el cual se distingue especialmente a una persona,¹⁷⁹ es el nombre factico que generalmente los demás dan a una persona y que funciona como un agregado que integra al nombre, aunque a veces puede usarse separadamente como si fuera un nombre de pila, el cual tiene función análoga al seudónimo o “réclame” y como ya mencionamos su importancia jurídica es muy escasa.¹⁸⁰

El *apodo* es un complemento de la identidad, el cual alude a una cualidad o a un defecto dado por otros; en el *alias* se utiliza un artículo y hace referencia a un lugar, además de ser escogido por el sujeto, estos elementos lo distinguen del

¹⁷⁹ **MAYORCA, Juan Manuel.** *El sobrenombre.* Italgráfica, S.R.L. Caracas, Venezuela, 1986, pp. 12-14. Igualmente indica el autor que en el español hay cuatro términos que guardan estrecha relación y que son el sobrenombre, el alias, el apodo y el seudónimo.

¹⁸⁰ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.*, p.174.

seudónimo que lo escoge el propio sujeto.¹⁸¹

Finalmente el *seudónimo* o *pseudónimo*, es la palabra o conjunto de palabras en forma de nombre fáctico, que adopta lícitamente una persona para designarse a sí misma, sustituyendo el nombre civil, para disimular al público su propio nombre, sustituye la identidad completa suprimiendo el nombre y el apellido reales.¹⁸² Por ello, este se suele usar con el fin de: 1) ocultar el nombre y no la identidad, en una especie de nombre artístico y 2) como criptónimo o nombre máscara, que oculta tanto el nombre como la identidad. Por eso se habla del derecho al seudónimo que consiste en la facultad de usarlo con carácter exclusivo cuando concurren las siguientes condiciones: 1) lo use dentro de su esfera de actividades y este tipo de uso de seudónimos sea común y 2) no se lesione el derecho de un tercero sobre su nombre, apellido o seudónimo.

Cumpliendo estos requisitos la ley le asegura: 1) que no exista discusión del uso del seudónimo a quien lo emplee; 2) no se use ese seudónimo indebidamente por otro sujeto; y 3) que la relación entre el seudónimo y el nombre real o la identidad del individuo no se revele lícitamente sin la voluntad del interesado, cuando es un “réclame” o criptónimo.

De allí, que el carácter del derecho al seudónimo no interesa al orden público, pero, salvo por esto, posee los mismos caracteres que el derechos del nombre civil ya que su empleo es lícito mientras no se use para cometer fraude.

Por esa razón, se habla de adquisición del derecho al seudónimo, que se obtiene por la voluntad del interesado, aunque para algunos es por el simple uso y para otros por el uso prolongado; entre nosotros aparentemente se toma la posición de que es por el uso prolongado.

Así, observando lo indicado anteriormente, pareciera que el nombre no es sino una manifestación o concreción del derecho a la identidad en su dimensión formal o registral, con ello no se vería como un derecho autónomo e independiente del derecho a la identidad personal sino como una categoría que desarrolla y concretiza a este derecho. De este modo, se puede decir que el nombre está

¹⁸¹ MAYORCA, Juan Manuel. *Op. Cit.*, p. 18.

¹⁸² AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Op. Cit.*, pp. 173-174.

constituido por el prenombre y por el apellido, donde ambos de manera conjunta conforman el signo registral identificador de la persona, teniendo como finalidad distinguir al individuo de los demás al interior de la vida social.

Por eso, los intersexuales, los transexuales y los transgéneros, mientras no obtienen el cambio legal de su sexo, al utilizar dentro de su esfera de actividades un nombre distinto al propio y el cual corresponde al sexo que desean adquirir, se trata de un pseudónimo, ya que enmascaran el sexo que poseen por el que desean tener, pero lo utilizan con fines lícitos, y lo adquieren de manera voluntaria.

Uno de los aspectos que los transexuales desean solucionar es lo relativo al cambio del nombre, el cual en algunos casos consideran necesario efectuarlo antes del cambio legal del sexo a los fines de favorecer la integración social e incluso que los menores de edad pudieran acceder a un cambio legal de nombre siempre que hubiera sido autorizado por sus padres y hubieran sido debidamente diagnosticados.¹⁸³

La actual ley Orgánica de Registro Civil, en su Art. 146 permite realizar el cambio de nombre propio, por una sola vez, cuando sea infamante, someta al escarnio público, atente contra la integridad moral, honor y reputación, o no se corresponda con el género, afectando de tal manera el libre desenvolvimiento de la personalidad, ante el registrador civil, siendo que todos estos supuestos los podemos vincular con el valor “dignidad”, siendo además que este artículo no resuelve de manera expresa el tema de modificaciones de nombre propio en el caso de los transexuales, transgéneros e intersexuales.¹⁸⁴ Pero algunos autores estima que si se considera que la reasignación de género no es contraria al derecho y una vez establecidos los requisitos y aspectos relevantes que deben

¹⁸³ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *La Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España, 2008, p. 29. En Perú, el Juzgado Civil de San Martín en marzo de 2008, permitió el cambio de nombre del señor Jorge Luis Mendoza Moreno a Pamela Estela, al haber demostrado su condición de transexual.

¹⁸⁴ España en sentencia del 2 de septiembre de 2002, afirmó que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad era la fuente del derecho para obtener la modificación registral, y la igualdad absoluta de derechos una vez efectuada la misma, sobre todo al considerar que el criterio cromosómico ni el psicológico pueden ser determinante para la fijar el sexo, sino una concordancia entre estos y los criterios físicos y biológicos de la persona reasignada quirúrgicamente, una vez realizada la cirugía de reasignación genital, para que pueda obtener el cambio de sexo y nombre, y el goce efectivo de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo registral.

condicionar tal proceso, lo más lógico es adecuar la identidad legal al nuevo aspecto exterior de la persona.¹⁸⁵

En nuestra opinión se debe permitir el cambio de nombre pero no por vía principal sino a través del ejercicio de otro tipo de acción que implique otros aspectos, como el estado civil, la documentación, etc., siendo que sobre esto hablaremos en el Capítulo X.

1.6 El nombre civil y el sexo en el Derecho Internacional Privado.¹⁸⁶

Ya indicamos que el nombre de las personas se compone por el nombre de pila y los apellidos, así como que forman parte de los derechos de la personalidad, así como un signo exterior aparente de identificación que permite su individualización y reflejar su identidad, por lo que toda persona tiene derecho a un nombre.

Usualmente, el nombre de pila es indicativo del sexo de la persona, aunque existen nombres neutros que pueden ser usados indistintamente para uno u otro sexo, pero cuando se produce una reasignación de sexo como en el caso de los intersexuales y transexuales, se presenta un problema en cuanto a la adecuación de éste con el nuevo sexo adquirido.

Normalmente, las legislaciones del mundo, así como la nuestra, no regulan con precisión la manera de determinar el sexo de las personas al nacer. Aunque se hace una distinción entre hombre y mujeres, por lo que se suele utilizar para hacer tal asignación es a través de la apariencia exterior de los genitales del recién nacido, mediante un simple reconocimiento físico o *inspectio corporis*. Por ello, es que actualmente en el mundo se está replanteando cuáles son los elementos definidores del sexo de las personas y para ello, además de utilizar el sexo genital, morfológico, fenotípico, aparential o anatómico, las ciencias médicas, psicológicas y jurídicas están empleando también el sexo cromosómico o

¹⁸⁵ **VALERA CÁCERES, Edison Lucio.** *El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil.* Revista de Derecho N° 33. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2010. pp. 268-270. Igualmente opina **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Ensayos sobre capacidad y otros temas de derecho civil.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Nuevos Autores, N° 1. Caracas / Venezuela, 2010, pp. 595-601.

¹⁸⁶ Esta sección la basamos en el artículo de **HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio.** *El Nombre Civil y el Sexo de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.* Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 597-618.

genético, el gonádico o glandular, el cromatínico, el citológico o nuclear, el germinal y el hormonal, considerados como elementos objetivos junto a los cuales también se emplean elementos subjetivos, motivo por el cual se habla también de sexo psicológico, sociológico, anagráfico o médico-legal.

En definitiva, se trata de precisar la condición jurídica de las personas transexuales, que en relación a esta situación, no tenemos una regulación expresa que trate tanto el cambio de nombre por transexualidad o el cambio de sexo, utilizándose usualmente la rectificación de partida para lograr dicho objetivo. A diferencia de nuestra realidad, la mayoría de las legislaciones extranjeras occidentales admiten el cambio de nombre y de sexo, ya sea por vía administrativa o judicial, cumpliendo previamente ciertos requisitos, como ocurre con el Código de Quebec de 1992 y la Ley sobre el Cambio de Nombres de Pila y la Determinación de Pertenencia Sexual de Alemania del 10 de septiembre de 1980.

El derecho internacional privado venezolano no posee expresamente ninguna norma que determine el derecho aplicable al nombre civil y al sexo de las personas. Así, en relación a los supuestos de hecho relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros se regulan por el derecho internacional público sobre la materia establecida en tratados internacionales vigentes, las cuales no existen en nuestro caso, así que en su defecto, se aplican las normas del derecho internacional privado, que tampoco contienen norma expresa y concreta que regule la materia, por lo que a falta de estas se aplica la analogía y finalmente los principios generales del derecho internacional privado (Art. 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado). Sin embargo la LDIP contiene normas relativas al estado civil de las personas relativas al matrimonio, divorcio y relaciones paterno-filiales, por lo que al considerar el nombre civil y el sexo pertenecientes a la noción amplia de estado civil, se aplicaría el Art. 16 de la LDIP, quedando estos elementos sometidos al domicilio de las personas, para posteriormente aplicar la regla de la *lex auctoris* del Art. 56 *eiusdem* y así poder determinar la aplicación de la *lex fori* o la *lex causae*.

En definitiva, en relación sobre este tema el profesor Hernández-Bretón,

luego de dar otra serie de consideraciones técnicas considera que luego de descartar que no exista fraude a la ley y al considerar este autor que no existe violación del orden público involucrado, al aplicar el domicilio de la persona para determinar la ley aplicable para el cambio de nombre y de sexo, por lo que si resulta aplicable el derecho extranjero en el que se permite realizar dichos cambios y modificaciones, sobre todo al tomar en cuenta los principios de igualdad de los sexos ante la ley, de no discriminación por razón de sexo y de libre desenvolvimiento de la personalidad, los cuales deben ser los orientadores de las decisiones de protección del ordenamiento jurídico venezolano.

1.7 Derecho registral.

El Registro Civil es visto como una institución fuente veraz de información y medio probatorio (del estado civil) de fácil obtención ante los terceros, el Estado y el propio sujeto, en la cual se regula y controla la situación jurídica de los sujetos dentro de la sociedad (nacimiento, matrimonio y defunción). Con este medio de prueba no es necesario acudir a otras pruebas como las pesquisas, inspecciones judiciales u otras que puedan presentar un dudoso valor.

El Registro Civil se ha vinculado al estado de las personas con la organización de la familia, surgiendo inicialmente a finales de la Edad Media estando vinculado a las funciones ejercidas por la iglesia,¹⁸⁷ siendo luego asumidas por el Estado Nacional vistas las ganancias económicas que generaba al clero. En Venezuela, en sus inicios se regía por la Recopilación de Indias, el Concilio de Trento y las Constituciones Sinodales del Obispado de Caracas, aprobadas por el gobierno español en 1698;¹⁸⁸ posteriormente en 1873 Guzmán Blanco introdujo la secularización del registro siguiendo el modelo francés, siendo que las competencias las tenía la rama del Ejecutivo Nacional.¹⁸⁹

En definitiva el registro es una institución jurídica que tiene como función de servicio público, en la que su finalidad es la de garantizar y fortalecer los diferentes

¹⁸⁷ En ese momento en diversos países europeos era obligatorio bautizar a todos los niños, y les correspondía lo relativo a las bodas y entierros, por medio de cierto pago.

¹⁸⁸ Sentencia de la CSJ de 16 de febrero de 1964, tomada de Ramírez & Garay, Vol. X, p. 576.

¹⁸⁹ Esta evolución la reseña **CONTRERAS VEGA, Alix R.** *El Registro Civil en Venezuela Régimen Actual*. Revista Tachirenses de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 16-17. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2004-2005, pp. 100-102.

actos y contratos *erga omnes*, dependiendo del organismo registral que lo ampare.¹⁹⁰ Por lo tanto, se trata de un derecho legitimador tanto de personas como de bienes, al establecer credibilidad del registro; es un derecho protector; carece de autonomía; es un derecho regulador de la publicidad; y está integrado tanto por normas de naturaleza formal como por normas de naturaleza material.¹⁹¹

Esta institución jurídica busca ser una fuente de información en la que conste, mediante la extensión de asientos y demás operaciones, los hechos, actos y situaciones de transcendencia jurídica, y suministrar medios probatorios de fácil obtención y señalada eficacia para demostrar el estado de las personas, dominio de la propiedad y demás derechos reales, muebles e inmateriales (propiedad industrial y derecho de autor) registrables.

Así el derecho registral relativo a las personas o Registro Civil, tiene como finalidad servir de información sobre el estado de las personas y suministrar medios probatorios para demostrar el estado de las mismas, así como suministrar medios probatorios de fácil obtención y señalada eficacia para demostrar el estado civil de las personas. Con esto se persigue determinar con cierta exactitud la individualización jurídica de los sujetos, dentro del grupo colectivo, donde está el interés público el Estado, en realizar este control administrativo y el intenso comercio jurídico entre las personas que ante su complejidad el estado civil juega un papel importante, para facilitar las relaciones con otros sujetos.

El registro público pasó de ser una oficina receptora de títulos y documentos, a un instituto dotado de autonomía funcional y productor de efectos jurídicos propios. La necesidad de la inscripción de ciertos actos o documentos en una oficina de registro, se hace porque se busca que estos sean del conocimiento público, para que todo interesado pueda saber en determinado momento, qué acto se ha realizado y cuáles son las consecuencias jurídicas que dicho registro produce, esto es lo que se conoce como publicidad.

Se debe tener presente que la protección registral que se fundamenta en el principio de la fe pública, actúa en dos aspectos: uno positivo, en el que se

¹⁹⁰ CALVO BACA, Emilio. *Derecho Registral y Notarial*. Ediciones Libra. Caracas, Venezuela, 2001, pp. 20-21.

¹⁹¹ CALVO BACA, Emilio. *Op. Cit.*, p. 22.

presume positivamente la veracidad de los hechos; y uno negativo, de negar la veracidad de lo no inscrito o más bien que lo no inscrito no existe.¹⁹²

La publicidad tiene un aspecto económico-social y otro aspecto técnico-jurídico, con todo lo cual se aspira obtener certeza de las situaciones jurídicas, tutelar la buena fe, dar seguridad del tráfico y de los derechos. Así, la publicidad es la actividad orientada a difundir y hacer notorio un acontecimiento o la exteriorización o divulgación de una situación jurídica a objeto de provocar la cognoscibilidad general, para la tutela de los derechos y la seguridad jurídica y que se presta a través del servicio dado por el Estado.¹⁹³ Así, la publicidad se encuentra establecida en el Art. 9 de la LRPN en la que se otorga fe pública registral y se protege la verosimilitud y certeza jurídica de sus asientos.

Se dice que la naturaleza jurídica de la publicidad es una declaración notificativa, pero otros la clasifican según su naturaleza en formal y material; según sus efectos en notificativa, declarativa y constitutiva; y según el objeto en persona y real, siendo que esta última a su vez se divide en mobiliaria e inmobiliaria.¹⁹⁴

En cuanto a los efectos de la publicidad pueden ser notificadorios, declarativos o constitutivos, siendo que a su vez esta publicidad según el objeto puede ser personal (referente a los hechos jurídicos de las personas, naturales o jurídicas); y real la cual a su vez es mobiliaria e inmobiliaria. La destinataria de la publicidad es el colectivo más que el particular, con lo cual se pretende dar seguridad jurídica y económica.

Hemos observado cómo de acuerdo a lo resuelto por la legislación, lo cual también ha sido establecido por la jurisprudencia, en cuanto a la cuestión jurídico legal, la partida de nacimiento fija el género del recién nacido como hombre o mujer solamente en base a la mirada exterior que se hizo en relación a la percepción de las características de los órganos genitales exteriores, ya que el ordenamiento jurídico no dice nada preciso al respecto de cómo debe fijarse el

¹⁹² **MONTES, Ángel Cristóbal.** *La adquisición registral "A non domino"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus, S.A. Noviembre de 1966, Madrid, p. 4.

¹⁹³ **MONTES, Ángel Cristóbal.** *Introducción al derecho inmobiliario registral*. Universidad Central de Venezuela. Cursos de Derecho. Facultad de Derecho. Caracas, 1965, pp. 15-16.

¹⁹⁴ **CALVO BACA, Emilio.** *Op. Cit.*, pp. 35-37.

mismo. Dicha partida de nacimiento -en cuanto documento jurídico-, jugará un papel de gran importancia en la realidad cotidiana del ser humano, hasta tal punto que en el futuro dicha apreciación externa, cuando se hallare en discordancia con el sexo psicológico o psicosocial podría resultar causa de gran sufrimiento para psicológico y emocional para el afectado, y llegar inclusive a afectar su salud, su vida de relación en los distintos ámbitos sociales y su propia identidad como persona.

Dentro de las principales funciones del registro de estado civil se encuentra el servir de fuente de información para los terceros y que el individuo pueda contar con una prueba preconstituida o preexistente del respectivo estado civil, donde estas actas son las pruebas por excelencia.¹⁹⁵ Tiene por finalidad servir de fuente de información sobre el estado de las personas y suministrar medios probatorios de fácil obtención y señalada eficacia para demostrar el estado de las mismas.¹⁹⁶

Dentro de los principios rectores del registro civil se encuentra que debe ser completo y obligatorio, por lo que todos deben registrar su estado civil y es completo en cuanto ha de comprender todos los actos y hechos que puedan tener relevancia, no se trata de sólo registrar nacimientos, matrimonios y defunciones, sino todos los actos y hechos determinantes y modificatorios del estado civil; otros de los principios es que debe ser centralizado, público, gratuito, exacto, auténtico y sistemático.¹⁹⁷

En Francia, el acta de nacimiento, además de contener casi los mismos elementos exigidos en Venezuela, cuando se hace mención al sexo del infante, se debe precisar si el niño sufre de alguna anomalía orgánica (intersexualismo),¹⁹⁸ lo cual contribuirá en un futuro a que sea más fácil una rectificación o corrección del sexo, así como de la respectiva documentación, al quedar evidenciado que no era sencillo determinar el mismo y que por lo tanto el funcionario pudo haber incurrido

¹⁹⁵ **DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *La Rectificación Administrativa de Partidas.* Libro Homenaje a Aníbal Dominici. Ediciones Liber. Coordinadores Irene de Valera y José G. Salvatierra. Caracas, Venezuela 2008, pp. 228-229.

¹⁹⁶ **CALVO BACA, Emilio.** *Op. Cit.*, pp. 141-142 y 206-2080.

¹⁹⁷ **Código Civil de Venezuela.** Artículos 445 al 463. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1978, pp. 37-43.

¹⁹⁸ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Op. Cit.*, p. 179.

en un error al efectuarlo, sin embargo, esto no ocurre en nuestra legislación. Igualmente, se debe destacar que aunque se haga un señalamiento o indicación de hechos o actos no ordenados por la ley, más no prohibidas por esta, servirán de principio de prueba aunque no tengan el valor de autenticidad (Art. 451 del CC).

De no modificarse la realidad jurídica del individuo, esta situación tendría como consecuencia obligarlo a continuar viviendo la disociación entre su identidad jurídica conformada por la partida de nacimiento, cédula de identidad, demás documentación pública y privada, y su real identidad cotidiana o psicosocial.

Esta modificación no significa hacer desaparecer el sexo ni identidad histórica porque el cabal conocimiento de ese pasado será necesario para otros efectos jurídicos que correspondan y en relación a todos los aspectos laborales, familiares y penales, entre otros, sobre los cuales trataremos más adelante en otros capítulos.

Como mencionara Fernández Sessarego, la transexualidad y la respuesta jurisdiccional apropiada debe conjugar armoniosamente principios, conceptos y valores, tales como la dignidad de la persona humana, la libertad, el derecho a la autorrealización, el derecho a la identidad, el derecho a no ser discriminado y el derecho a la salud, todo ello de raigambre constitucional.¹⁹⁹

Desde el punto de vista del derecho civil, debe tenerse presente que la mención de sexo, es un dato obligado en toda inscripción de nacimiento que se practica en Registro Civil y del cual la inscripción da fe (Art.(s) 81, 91 y 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil). Por otro lado la regla general en derecho civil, según el Art. 144 Ley Orgánica de Registro Civil, sólo pueden obtenerse la rectificación de las actas por vía administrativa o por sentencia firme recaída en juicio ordinario. Estimamos que la demanda se dirigirá contra el Ministerio Público y aquellos a que se refiere el asiento que no fueran demandantes. La acción será cuestión de estado civil (acción de reclamación de estado) lo que producirá tras la

¹⁹⁹ **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Apuntes sobre el Derecho a la Identidad Sexual.* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1992. Nota publicada en J.A., 1998 Tomo III p. 350.

sentencia firme, y si procede, la consiguiente rectificación del acta de nacimiento del interesado en el registro civil.

Así la diferencia de sexo en el registro civil continúa teniendo un alcance jurídico, ya que contribuye a la identificación de la persona, siendo por ello que aparece en el registro civil y otros documentos administrativos identificatorios, y por ello, la relevancia de solicitar la emisión de un nuevo documento que se ajuste a la nueva realidad registral en caso de darse el cambio de sexo.

Por ello, ante un cambio de sexo, se debe ofrecer suficiente seguridad y certidumbre a los fines de evitar que los cambios puedan ser arbitrarios y caprichosos, por lo que la modificación registral del sexo y el cambio de nombre, se han de dirigir a los fines de constatar como un hecho cierto como lo es el cambio producido de la identidad de género, de manera de que se garantice la seguridad jurídica y las exigencias del interés general, para lo cual deberá acreditarse debidamente dicho hecho llevándose a cabo la rectificación registral de acuerdo a la regulación relativa al registro civil.

En España de conformidad con la Ley 3/2007, permite la rectificación de las partidas y las actas ante el cambio de sexo y de nombre, lo cual difiere del sistema italiano y alemán, ya que allí se carece de regulación civil que admita expresamente el cambio de la mención registral del sexo del transexual al cumplir ciertos presupuestos, por lo que ante la falta de tal fundamento legal, se discutió sobre la aplicación directa de la Constitución, en particular como expresión del libre desarrollo de la personalidad, así como sus derechos a la salud, la integridad moral, la intimidad personal y a la propia imagen.²⁰⁰

De igual manera la Ley 3/2007 española no exige que se haya producido una operación quirúrgica de cambio de sexo o el tratamiento hormonal bajo ciertas condiciones de salud y edad, para que proceda el cambio registral. En la legislación finlandesa no se indica nada al respecto, en Italia de forma genérica se prevé que el juez autorice, cuando sea necesario, la intervención quirúrgica. Por otra parte, en Holanda no se habla expresamente de cirugía pero sí se requiere de un informe que indique que se ha producido la adaptación física en la medida de lo

²⁰⁰ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *Op. Cit.*, pp. 111-114.

posible y justificada desde el punto de vista médico y psicológico (Real Decreto de 27 de junio de 1985 y Ley de 24 de abril de 1985). Tampoco en Austria o en el Reino Unido se exige la operación, solamente es necesario que se halla sometido o se esté sometiendo a tratamiento para la modificación de los caracteres sexuales, o que tal tratamiento le haya sido prescrito o planificado. En el Código Civil belga (Ley de 15 de mayo de 1987), se exige un informe que indique que el sujeto ha sufrido una reasignación sexual el cual debe ser emitido por un cirujano. En Alemania, se exige que el transexual se someta a una intervención quirúrgica que modifique los caracteres sexuales externos y que su apariencia corresponda al otro sexo, lo cual también exige la ley sueca y en Francia mediante la jurisprudencia (sentencia de la Corte de Casación de 29 de septiembre de 2004).²⁰¹

Por otra parte, también tenemos que existe en el derecho comparado la Ley del Reino Unido sobre reconocimiento registral del género de personas con trastorno de identidad de género, la Ley de África del Sur sobre cambio registral de sexo de personas con trastorno de identidad, la Ley Japonesa sobre cambio Registral de Sexo de Personas con Trastorno de Identidad de Género.

Con todas las leyes anteriores se pretende otorgar seguridad jurídica y proteger el interés general, al no excluir el reconocimiento del cambio de sexo.

A. Rectificación.²⁰²

Al ser llevado el registro civil por seres humanos, es posible que se cometan errores materiales en la elaboración de las actas o redacción de las inscripciones, por lo que se requiere que exista una manera de subsanar tales errores. También puede suceder, que sobrevengan imperfecciones por virtud de las cuales se pueda introducir una discordia entre los libros registrales y la realidad, siendo que ante tales supuestos es que surge la necesidad de que la ley

²⁰¹ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.*, pp. 163-165. Toda esta adecuación jurídica que realizan estos países europeos es en razón del Convenio 29 de la Comisión Internacional del Estado Civil.

²⁰² El Decreto N° 6.732, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, en su Art. 7 atribuye al Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia en su numera 5, la identificación de los habitantes de la República; numeral 11, El Registro Público, las Notarías, el Registro Mercantil y el Registro Civil (aunque esta actividad de Registro Civil, es compartida con el Consejo Nacional Electoral).

establezca un procedimiento para restablecer la adecuada armonía y corregir la irregularidad.

Las inscripciones del registro civil y las copias que de ellas se expiden son documentos auténticos, autorizadas por funcionarios públicos, los cuales dan una garantía de honorabilidad al no estar interesados directamente en los documentos que autorizan, son susceptibles de inspección por el Ministerio Público y son susceptibles de ser sancionados penalmente, por ello dan fe hasta la impugnación por falsedad (Art. 11, 77 y 157 al 161 de la Ley Orgánica de Registro Civil).

El funcionario público da fe del contenido del documento hasta la impugnación por falsedad de las enunciaciones relativas a las comprobaciones que el encargado del registro civil haya hecho por sí mismo; da fe hasta prueba en contrario de las enunciaciones que se refieren a los hechos que el encargado del registro civil no ha podido comprobar por sí mismo; da fe hasta prueba en contrario de las declaraciones de los testigos presentes en la inscripción; y no tienen ninguna fuerza probatoria respecto a las enunciaciones que no deberían figurar en la inscripción (Art. 11 de la Ley Orgánica de Registro Civil, equivalente a los Art.(s) 457, 1.359, 1.360 del CC). La incorporación del archivo registral de la descripción de los hechos autónomos del estado civil, previa calificación y examen de los títulos pertinentes por el respectivo funcionario; incluso en ciertas oportunidades el funcionario no actúa como un simple receptor de la declaración que hace la persona, sino que se convierte en fedatario y legitimador de la realización de un acto pertinente al estado civil, como sucede con su intervención en la celebración del matrimonio.

En este sentido, el Art. 50 de la LORC equivalente al Art. 501 del CC, indica que las partidas del estado civil no pueden ser modificadas después de extendidas y firmadas sino por sentencia o decisión judicial o los casos permitidos en la LORC, siendo que antes el Código Civil establecía salvo los casos estipulados en el Art. 462, para después de efectuada la firma, ya que existe otros supuestos antes de firmar el acta Art. 449 CC. No obstante lo anterior, se debe tener presente que la LOPNNA prevé una especie de rectificación administrativa a través del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en sus Art.(s)

126.f, 177.i y 516, de corrección de errores materiales, así como también las actas pueden ser actualmente modificadas de conformidad con lo previsto en los Art.(s) 144 al 156 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

Para pedir tales rectificaciones se debe tener un interés, pero basta con un simple interés, además dicha acción de rectificación es imprescriptible, sobre todo al considerar que las partidas del registro civil constituyen un procedimiento de prueba del estado civil.

Se ha discutido que es más correcto si utilizar el término “rectificación” o el de “modificación” del sexo, lo cual no es una cuestión baladí, ya que la rectificación registral se reserva para supuestos de error material y originario de la inscripción de la mención del sexo, siendo que los casos de transexualidad se relacionan siempre con cambios o modificaciones del sexo, por lo que no existe tal error, a diferencia de los intersexuales en los cuales sí se podría considerar que el error fue originario en la inscripción del acta, por lo que si se considera que no existió error al emitir el acta lo procedente es una modificación, ante la falta de concordancia entre el sujeto y la realidad. No obstante, Yolanda Bustos considera que el término rectificación es un concepto de tal amplitud semántica que permite abarcar ambas interpretaciones.²⁰³

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II.

Observamos como nuestra legislación establece que todos los individuos de la especie humana son personas, con tan solo presentar signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible, y que por tal cualidad, les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad. Pero dentro de estos signos característicos de humanidad, encontramos la adscripción de un determinado complejo biológico sexual a un género que el derecho también sustenta en sus instituciones, pues no es una mera realización social del sexo, sino que tiene plena dimensión constituyente y regulativa y, como género, interesa y es nombrado por la ley.

²⁰³ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.*, pp. 119-124.

Además ese sexo forma parte del estado civil de la persona, siendo que al estar dentro de esta, también se encuentra regulada, en parte, por la normativa del estado civil. Además, el sexo también cobra relevancia en la normativa relativa a la identidad e identificación de la persona, ya que tiene que ver con su yo verdadero y su esencia humana, lo cual le interesa al Estado también, en cuanto a determinar adecuadamente y con precisión a sus ciudadanos y habitantes.

Por ello, al existir una modificación en el sexo de la persona, así sea que este cambio es producto de una intervención quirúrgica, toca estos aspectos del derecho mencionados, así como otros que mencionamos previamente y que se encuentran vinculados a los llamados derechos de la personalidad los cuales son inherentes e inmanentes al hombre, como el derecho al cuerpo, la identidad ya mencionado y el nombre.

Con respecto al nombre, la identidad y la identificación, a su vez se relaciona con el registro civil y demás documentación necesaria para que el sujeto de derecho se encuentra representado legalmente como quien es y como es, sin que exista discordia ni diferencia, lo cual implica una rectificación, modificación o cambio de dicha documentación para que se ajuste a la realidad de estas personas y en donde el derecho juega un rol importante.

Ante esto se debe pensar, como en otros países, que los transexuales que hayan sido operados, puedan cambiar su documentación, aunque se le coloque o no una serie de limitaciones y restricciones, las cuales habría que analizar si permiten una genuina expresión de una libertad de elegir la propia identidad de género, sobre todo si consideramos que ser transgénero, para el derecho, no es un reconocimiento de la diferencia, sino una obligación de ser lo mismo, de operarse para asimilar el propio cuerpo al de hombre o mujer tipo.

Así ante el intersexualismo, el transexualismo y la transgeneridad, encontramos un abandono de la naturalización del cuerpo y del deseo, radicalizando la opción, la contingencia, la libertad, la autonomía, oponiéndose a toda forma de esencialismo de base bioanatómica, donde el derecho vuelve a ordenar los cuerpos: cárceles para hombres y para mujeres por separado; instituciones militares donde también encontramos esta diferenciación;

administraciones sanitarias; códigos de faltas militares que prescriben una vestimenta “congruente con el género” asignado en el documento de identidad; especificaciones del derecho de familia, entre otros aspectos que mencionaremos más adelante; en fin: la división obligada por esa naturalización de lo biológico que se ha logrado histórica, cultural y socialmente, opera en todos los ámbitos del derecho, y se extiende a propósito del conflicto entre el principio antidiscriminatorio y el principio de “discriminación positiva”, a favor de la afirmación de los grupos desaventajados, sobre todo respecto a los tres ámbitos posibles de discriminación en relación al derecho: 1) discriminación a través de leyes abiertamente discriminatorias (denegatorias de derechos a un grupo de personas determinado), 2) a través el impacto que existe detrás de la ley, y 3) la discriminación social como hecho, no factible de ser verificada en texto legal o reglamento institucional alguno.

Es preciso naturalizar el cuerpo, disponerlo a establecimientos sociomédicos, docilizarlo con la biomedicina, hacerlo correspondiente con un tipo ideal de hombre/mujer (hormonal, fenotípico), para adquirir los derechos limitados, también, a determinadas condiciones de “igualdad de iguales” a partir de una indefinida extensión de dicotomías excluyentes que operan en todo sistema jurídico: entre niños/mayores, propietarios/no propietarios, abogados/legos, delincuentes/no delincuentes, extranjeros/nacionales que cada género desea dentro del aparato institucional del Estado. Muchos transgéneros e intersexuales “optan” por la transexualidad, pero en muchos casos no es una opción de verdadera autonomía sobre la propia identidad, sino el último remedio para funcionar acorde con la normalización impuesta estatalmente.

Todo esto cobra sobre todo importancia ante la necesidad de estas personas de tener una documentación legal que refleje la nueva realidad de su estado civil, en la cual establezca una identificación adecuada, respetando de esta manera los derechos de la personalidad que se encuentran involucrados, estableciéndose el cambio de sexo y de nombre así como el resto de su documentación jurídica.

CAPÍTULO III

DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

*“Las emociones, igual que las olas,
no conservan mucho su forma individual” ·
(Henry Ward Beecher)*

1. Derecho de familia.

Se ha entendido al derecho de familia en su sentido amplio como el *“conjunto de principios jurídicos y de normas legales, cuyo objeto exclusivo o principal o indirecto o simplemente accesorio, es determinar la condición de las personas y presidir, dirigir y reglamentar la organización, la vida y la disolución de la familia”*,²⁰⁴ y en sentido restringido como al *“conjunto de principios jurídicos y de normas legales concernientes a los estados familiares y a las relaciones personales y patrimoniales que derivan de ellos”* o como al *“conjunto de reglas jurídicas tanto de índole personal como de orden patrimonial relativas al matrimonio y al parentesco (particularmente la filiación)”*.²⁰⁵

De este modo, este derecho tiene por objeto y finalidad la organización y protección de la familia, bajo principios de preordenación y subordinación, que posee una influencia de reglas morales, éticas y religiosas e incluso biológicas que determinan las sanciones que se imponen en este derecho,²⁰⁶ siendo que generalmente son normas de orden público, lo cual hace que exista una amplia intervención estatal en la formación de las relaciones jurídicas familiares,²⁰⁷ y en donde privan las relaciones personales sobre las patrimoniales, por lo que se

· “No emotion, any more than a wave, can long retain its own individual form”.

²⁰⁴ **LÓPEZ HERRERA, Francisco.** *Derecho de familia.* Publicaciones UCAB, T. I, Segunda ed., Caracas, Venezuela, 2009, p. 25.

²⁰⁵ **LÓPEZ HERRERA, Francisco.** *Op. Cit.*, p. 26.

²⁰⁶ El caso de las sanciones en el derecho de familia es peculiar, ya que bajo los principios que rigen el negocio jurídico, a pesar de encontrarnos ante normas de orden público, se encuentra con frecuencias disposiciones legales que a pesar de su carácter imperativo y prohibitivo, cuando son violadas no acarrea la nulidad absoluta, sino una sanción atenuada o ninguna sanción, tal como ocurre con los supuestos de hecho establecidos en los Art.(s) 53, 57, 65 y 131.1 del CC.

²⁰⁷ Esto toma importancia también al considerar que los derechos subjetivos reconocidos en el derecho de familia no están dirigidos a la satisfacción de intereses personales de su titular, sino hacia la protección de los intereses superiores de la familia, como el Art. 137 del CC.

crean estados (*status*) para las personas.²⁰⁸ Esto es lo que nos permite observar que la creación de la familia no es del Estado sino anterior a este, siendo que el ordenamiento jurídico solamente pone orden a la realidad social de conformidad con los tiempos, por ello es que se ha dicho que *“Es difícil, por no decir imposible, establecer un concepto de familia válido para todas las épocas y en todos los lugares. Si bien la familia es un fenómeno natural y universal, no es una entidad inmutable; de hecho ha venido transformándose a través de los siglos, de las civilizaciones y de las costumbres de los pueblos.”*²⁰⁹

Por eso, es que se dice que no existe un concepto único de familia y se distinguen conceptos biológicos (unión de pareja y lazos de sangre), sociológicos (agrega que los individuos se unen por otros intereses) y jurídicos de la misma (concepto más amplio que agrega matrimonio, uniones de hecho, adopción, ascendentes, descendentes y colaterales).²¹⁰ Por ello es que existe la tendencia legislativa mundial a no definir dicha institución.

De esta forma podemos entender a la familia como un concepto variable según las épocas y los lugares, y que en Venezuela es entendido en el sentido occidental como el conjunto de personas unidas entre sí por vínculos legales de matrimonio o de parentesco, con fundamentos fisiológicos, morales, afectivos y sociales, que funge como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus integrantes, en el que el Estado juega un rol protagónico compartido con la familia y la sociedad. Igualmente, en este sentido se encontrarían también las uniones estables de hecho.

De conformidad con la Constitución, los tratados internacionales y el resto del ordenamiento jurídico venezolano, se ha dado una importante regulación de la familia, entendida como un espacio determinante para el desarrollo del ser humano y como pilar indiscutible de la sociedad. La familia constituye, más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de afecto y de solidaridad, que cumple la doble función personalizadora y socializadora respecto a sus

²⁰⁸ Por ello, es que existe la imposibilidad de adicionar o crear modalidades nuevas, o diferentes tipos de negocios jurídicos familiares y se dan restricciones al ejercicio de la representación.

²⁰⁹ **LÓPEZ HERRERA, Francisco.** *Op. Cit.*, p. 33.

²¹⁰ **DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Manual de Derecho de Familia.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos, N° 20. Caracas, Venezuela, 2008. pp. 23-24.

miembros.

Igualmente, se ha dicho que se debe “*salir de los esquemas que definen a la familia sólo a partir de las relaciones de pareja, para configurarlas desde una dimensión de responsabilidades compartidas en donde las figuras parentales, que pudieran no estar, redefinan su roles desde una perspectiva de responsabilidades compartidas.*”²¹¹

Se debe destacar que el Código Civil no establece un concepto de familia sino que regula los vínculos y relaciones jurídicas que se dan entre sus miembros; la Constitución lo hace de una manera muy escueta y genérica (Art. 75); y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Art. 5),²¹² así como la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (Art. 3), si poseen conceptos más elaborados.

No obstante, se debe tener presente lo ya mencionado respecto a que los cambios sociales y culturales influyen en este concepto que se ha venido abriendo a organizaciones familiares de distinta índole, en lo cual ha influenciado los avances científicos en el entendimiento de sus instituciones.

En este capítulo hablaremos de ciertos aspectos del derecho de familia que consideramos relevantes analizar, dejando otros sin tratar a los fines de no hacer demasiado extenso el presente trabajo.

1.1 Matrimonio.

La institución del matrimonio entendida como el “*sistema de vinculaciones jurídicas pre-establecidas en orden a una finalidad y públicamente conocidas, al que libremente prestan su adhesión las personas capaces para ello, obligándose a su cumplimiento respecto al copartícipe cuya libre elección les compete*”,²¹³ se ha vinculado usualmente a la unión estable para una vida en comunidad entre un

²¹¹ **NEVADO, José H.** *Familia y “familia sustituta” en Venezuela: Aproximación a una mirada social.* **PERDOMO, Juan Rafael coordinador.** *Derecho de la infancia y la adolescencia.* Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 24. p. 256, Caracas, Venezuela, 2007.

²¹² La LOPNNA contiene un concepto amplio de familia que se refiere no sólo al padre y la madre, sino a otros integrantes, ya sea dentro de un matrimonio o de una unión estable de hecho como o es el concubinato. Un ejemplo de esto es el Art. 345 de la LOPNNA.

²¹³ Esta definición es de **GIMENEZ FERNÁNDEZ, M.** *La institución matrimonial según el Derecho de la iglesia Católica.* Madrid, España, 1947, p. 115, citado por **GARCÍA GARCÍA, Ricardo.** *El reciente derecho del transexual a contraer matrimonio.* Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid. N° 3. UAM Ediciones. Madrid, España, 2000, p. 227.

hombre y una mujer según el ordenamiento jurídico (Art. 77 de la CRBV y 44 del CC).

Se refiere al *ius connubii*, como derecho a contraer o no matrimonio; el derecho de elección del cónyuge y el derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico.²¹⁴

Hasta ahora, no existe el matrimonio de orientación sexual diversa en Venezuela, sobre todo porque se considera que esta institución tiene un doble objetivo que es biológico y social, en donde el primero tiene como fin el cumplimiento de la función sexual cuyo objeto primordial es la procreación; y el segundo, la constitución de una familia que procura la convivencia de los cónyuges y la educación de los hijos.

A. Viabilidad de matrimonio de transexuales e intersexuales, la diversidad de sexo, expresión libre e informada de voluntad como requisitos, y la falta de impotencia para la celebración y validez del matrimonio.

El ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia en Venezuela se han visto desfasados y desactualizados con respecto a esta nueva realidad social y los avances científicos que los desborda, sin que sea una excepción la institución del matrimonio.

Efectivamente, tanto la Constitución como el Código Civil²¹⁵ hacen alusión a una diversidad de sexo para contraer válidamente matrimonio, siendo que surge

²¹⁴ Dicho por Bañares, citado por **MORENO BOTELLA, Gloria**. *Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado*. Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid. N° 7. UAM Ediciones. Madrid, España, 2002, p. 192.

²¹⁵ En Venezuela se produjo la secularización del matrimonio mediante el decreto de la Ley de Matrimonio Civil de 1 de enero de 1873, bajo la presidencia del general Antonio Guzmán Blanco, teniendo las siguientes características: 1) unidad entre un solo hombre y mujer, 2) perpetuidad, 3) consensualidad, 4) laicismo, 5) solemnidad, mediante un contrato ante la autoridad estatal competente y bajo ciertos formalismos. La anterior ley fue complementada mediante el decreto 1.804 de 1 de enero de 1873, el cual establecía los formularios para el matrimonio civil; así como el decreto 1.805 de 16 de enero de 1873, que indicaba que hasta el 18 de dicho mes se podía celebrar los matrimonios eclesiásticos ya acordados; también el decreto 1.812 de 31 de enero de 1873 extrañaba a los que violaran la Ley de Patronato Eclesiástico, la Ley de Matrimonio Civil, la Ley de Registro Civil; y el decreto 1.817 de 12 de febrero de 1873, que permitía que pueden contraer matrimonio civilmente los que lo hubieren contraído eclesiásticamente. Incluso se permitía el matrimonio de sacerdotes en razón que tal condición no era un impedimento matrimonial contenido en la ley. También la diferencia de sexo era esencial y si se casaban dos personas del mismo sexo se consideraba que era una simulación (Art. 9). Posteriormente, se repiten casi igual los artículos de esta ley con relación al matrimonio en el Código Civil de 20 de febrero de 1873.

una problemática cuando un hombre o una mujer, ante problemas o no psíquicos o físicos de identidad sexual, se somete a intervenciones quirúrgicas para modificar su sexo, gracias a los avances científicos,²¹⁶ cambiando el aspecto externo y pasando a ser contrario a lo señalado en la partida de nacimiento, produciéndose una “ficción sexual”, siendo que en el caso de los transexuales esa apariencia es contraria a su sexo cromosómico, a diferencia de lo que puede ocurrir con el hermafrodita o intersexual. Algunos indican que en el caso de los intersexuales, la validez o existencia del matrimonio dependerá de si la persona está en capacidad física de realizar cópula, ya que si puede se debe estimar válido y si no es así debe anularse.²¹⁷

De allí, la importancia de la utilización de criterios médicos para determinar jurídicamente si el sujeto sometido a esta transformación se puede considerar que continúa formando parte del sexo con el que nació, o si por el contrario, ha cambiado éste a pesar de mantener sus cromosomas originarios, para luego proceder a su respectiva adecuación o cambio legal.

El Art. 44 del CC y la legislación venezolana en general no especifica que debe entenderse por hombre y mujer, por lo tanto se debe buscar la información en otros ámbitos como lo biológico, médico-forense, psicológico y otras ciencias. Lo cierto es que la mención a ambos sexos está presente en el Art. 47 de la CRBV en relación con el Art. 119 del CC, estableciéndolos como un requisito de fondo y un impedimento dirimente absoluto y no convalidable para contraer matrimonio.

Se presente el problema del sexo como cualidad y como sexualidad,²¹⁸ para determinar si éste puede ser cambiante o no a raíz de la intervención jurídica, o si por el contrario este se conforma de componentes psicosomáticos en donde tiene relevancia el carácter físico-biológico de tal importancia que son mayor peso que los elementos psíquicos que lo complementan y lo atavían.

La legislación patria no posee nada al respecto, debiendo la jurisprudencia

²¹⁶ Esto se logra a través de la supresión de los caracteres primarios y secundarios (morfología externa e interna) para lograr la presencia de órganos sexuales similares a los del sexo contrario, tratamiento hormonal y otros factores físicos concordantes con el nuevo sexo, así como la adquisición de aspectos psíquicos y emocionales propios del nuevo sexo adquirido.

²¹⁷ **SOJO BIANCO, Raúl.** *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones.* Mobil-Libros. Decimo cuarta edición. Caracas, Venezuela, 2007, p. 101.

²¹⁸ En cuanto a lo que se refiere al comportamiento o conducta sexual del individuo.

y la doctrina dar respuesta a estas situaciones.

B. Posición que niega la posibilidad de matrimonio.

Algunos estiman que al no haber norma expresa no se puede permitir el cambio legal de sexo y por tanto tampoco el matrimonio; sin que se pueda decir que es una laguna del derecho que se pueda completar con los principios generales del derecho, porque no es laguna sino rechazo del ordenamiento jurídico, ya que si fuera una laguna los principios generales del derecho permitirían el cambio de sexo.²¹⁹ De igual forma, se ha considerado que el sexo es una cualidad inmanente del ser humano que no es posible modificar mediante una operación quirúrgica más o menos complicada, sobre todo al considerar que la morfología interna no es posible modificarla y tampoco el componente cromosómico y genético, donde ni siquiera se llega a una apariencia exterior.²²⁰

Se señala que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio homosexual no es admitido, sin embargo, se considera que en los conflictos de género pueden plantearse inconvenientes, en especial entre los intersexuales y los transexuales; siendo que el primero pertenecerá al sexo asignado y en cuanto al segundo aunque no se produce un cambio en el sexo cromosómico y genético con lo que formalmente no cambia su sexo, y pareciera que no se cumpliría el requisito de diversidad sexual, se podría llegar a reconocérsele capacidad matrimonial.²²¹

El considerar la prohibición del matrimonio a personas del mismo sexo no implica la no regularización de su situación de convivencia estable para atribuirles derechos similares a las parejas heterosexuales pero sin el *nomen* del matrimonio, como ocurre en Alemania, Francia, Dinamarca, Suecia o Finlandia, ya que el matrimonio no regula simplemente relaciones asistenciales, amicales o sexuales, sino que se basa en la idea de estabilidad social y recambio en la educación de las futuras generaciones, en donde la procreación es contemplada como su finalidad esencial, sobre todo porque se estima que la institución es clave para la organización de la vida en comunidad por lo que el legislador no puede cambiarlo

²¹⁹ **ALBADALEJO, M.** *Derecho Civil I.* Vol. I. 14 ed. Barcelona, España, 1996, p. 242, citado por **GARCÍA GARCÍA, Ricardo.** *Op. Cit.*, p. 230.

²²⁰ Esta fue la posición de los votos salvados y concurrentes del Tribunal Supremo español en la sentencia de 2 de julio de 1987, mencionada por **GARCÍA GARCÍA, Ricardo.** *Op. Cit.*, p. 236.

²²¹ **DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Op. Cit.*, pp. 69-70.

a voluntad. Además, esta posición considera que el permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo podría posteriormente permitir otras conductas contrarias a la sociedad como el matrimonio entre hermanos, la poligamia o la poliandria.

El legislador se ve influido por la cultura de su tiempo, por lo que se protege jurídicamente lo que la sociedad del momento entiende como beneficioso, aunque para algunos implique su deshumanización.²²²

Se estima que una verdadera identidad sexual permite una donación²²³ esponsal y la dualidad de sexos, siendo la heterosexualidad fundamental para una complementariedad conyugal y para la validez del consentimiento matrimonial, para lo cual se deben seguir los criterios canónicos para lo que consideran trastornos psicosexuales como el homosexualismo, el transexualismo y el travestismo.²²⁴

Se considera que el amor conyugal se distingue de otro tipo de amor humano por su complementariedad sexual entre sexos distintos desde un punto de vista antropológico, lo cual incluye el atributo esponsalicio como capacidad de expresar amor. Estima que *“El hombre, por vocación divina, está investido de una dignidad ‘personal’: no es ‘algo’, sino ‘alguien’, capaz de conocerse poseerse, de darse libremente y entrar en comunión con otras personas.”*²²⁵ Por ello, considera al hombre un sujeto y no un objeto, que no es capaz de perfeccionarse solo, no es autosuficiente por lo que requiere asociarse con otros y en el caso del matrimonio es alguien del sexo opuesto. Así entiende a la sexualidad como una determinación primaria de la persona en lo corporal, afectivo y psicológico, en donde posee una unidad interna dotada de una doble dimensión unitiva y procreativa, lo que así es

²²² **HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina.** *Derecho matrimonial en el marco de una antropología jurídica de la sexualidad humana.* Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 18. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2006, pág. 117. Esta autora considera que se ha convertido al *ius connubii* en un derecho ilimitado, convirtiéndose la libertad en libertinaje, quedando la moral al fuero interno de cada quien. Considera citando a Rodríguez Luño que con habilidad dialéctica se hace pasar por defensa de la libertad actitudes y concepciones que en realidad caen en el extremo opuesto de sacrificar violentamente la verdad sobre el altar de la libertad, por lo que no toda expresión jurídica y cultural del matrimonio demuestra la naturaleza humana.

²²³ El hombre se da a la mujer y la mujer se da al hombre.

²²⁴ **HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina.** *Op. Cit.*, p. 118.

²²⁵ **HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina.** *Op. Cit.*, p. 121.

que se evidencia el amor conyugal.²²⁶

Estiman algunos autores que el proceso de maduración de la identidad personal y sexual de la persona en su interioridad subjetiva (lo que se siente y se cree de sí mismo), es un proceso complejo en lo que interviene lo genético, lo hormonal, lo anatómica, lo familiar, lo social y lo simbólico-cultural. Por ello, en aras de la complementariedad sexual es que el matrimonio se fundamenta en la heterosexualidad, por lo que las uniones que impliquen la imposibilidad de la dimensión unitiva y procreativa no pueden originar un verdadero amor conyugal. Por ello, toma en cuenta la DSM III (Asociación Americana de Psiquiatría), en la que se consideran trastornos psicosexuales a todo comportamiento sexual no normal, dentro de los cuales están los trastornos de identidad sexual, referidos a aquellas personas que desean un cambio de sexo porque no se encuentran a gusto con el que tienen (intersexualidad -hermafroditismo-, homosexualidad, transexualidad y travestismo), lo cual puede afectar la validez del consentimiento matrimonial.²²⁷

En cuanto a los intersexuales (falta de correspondencia entre el sexo cromosómico y el gonadal), se indica que desde el derecho romano se les considera pertenecientes a su sexo dominante, lo cual fue acogido también por el derecho canónico, añadiendo que estos matrimonios son válidos si la persona está capacitada para la cópula, ya que de no poder no existiría diversidad de sexo de los contrayentes que permita consumación del matrimonio.²²⁸

En relación a los transexuales considera que es una enfermedad de identidad sexual, en donde el sexo y el género están disociados, debido a causas psicológicas y no biológicas como los intersexuales. Indica, que el DSM-III la señala que para ser una patología requiere que esta haya sido continua por dos años mínimos y que no sea debida a otro trastorno mental o asociada a alguna anomalía intersexual física o genética. El derecho matrimonial canónico considera nulo este tipo de matrimonios, no por la imposibilidad de copular, sino por los principios establecidos en el capítulo de la incapacidad para asumir las

²²⁶ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina. *Op. Cit.*, pp. 120-122.

²²⁷ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina. *Op. Cit.*, pp. 122-123.

²²⁸ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina. *Op. Cit.*, pp. 123.

cargas conyugales, al no ser realmente la persona que aparenta.²²⁹

Se considera que una cosa es tolerar este tipo de situaciones y otra el legitimarlas, lo cual no implica discriminación ni violación al derecho de igualdad, por lo que no se le puede dar un título a alguien que no cumple con los requisitos para ello, y en el matrimonio es la diversidad sexual.

En el caso que una persona contrajera matrimonio con otra cuya partida de nacimiento la señalara como del sexo femenino y luego sufriera un cambio natural que llevara a hacer predominante el sexo opuesto, de tal forma que para desarrollarse plenamente debiera recurrir a cirugías que le permitieran hacer predominar fenotípicamente un sexo determinado, pareciera que la acción a proponerse por el cónyuge afectado debería ser la acción de nulidad absoluta.

Podría alegarse que aún con la preeminencia de un sexo con la coexistencia de ambos sexos se da un caso de indeterminación, con lo cual no se configuraría el supuesto necesario de validez el cual es que se posean sexos diferentes.

Por lo tanto, según nuestra legislación, este tipo de matrimonio entre personas del mismo sexo estaría viciado de nulidad absoluta por error en la persona, además de buscar proteger el orden público, pudiendo dicha nulidad sólo ser intentada por el cónyuge afectado. Para los transexuales su matrimonio carecería de validez ya que con la operación cambian su sexo y quedan con impotencia total. Igualmente, estima que el ordenamiento jurídico en materia de familia se basa en el Derecho Canónico, que considera todo tipo de *impotentia couendi* (instrumental o funcional, absoluta o relativa), determina la incapacidad matrimonial (canon 1084, pr. 1); en cambio, la *impotentia generandi* nunca constituye impedimento para el matrimonio (canon 1084, pr. 3).

La legitimación activa para pedir la nulidad por impotencia, es únicamente del cónyuge afectado, aunque parece raro que se establezca esto cuando en otros casos se permite el casarse como se ve en los Art.(s) 96 al 102 del CC, sobre el matrimonio en caso de muerte, donde es obvio que lo más seguro es que no se pueda engendrar. Cabría preguntarse si ¿es esto discriminatorio y moralista?,

²²⁹ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina. *Op. Cit.*, pp. 127-129.

pero ello no es objeto del presente trabajo. Ambas impotencias tienen nulidad de inexistencia del acto celebrado en estas circunstancias y no genera ningún efecto.

Toda persona tiene derecho a que sea respetada su identidad sexual. El sexo es un derecho de la personalidad, éste forma parte de la identidad global de la persona. Por eso es que la intervención quirúrgica que versa sobre la identidad sexual debe estar justificada y reglamentada. Sin embargo, respecto a lo anterior, Beatriz Junyent Bas indica que *“las operaciones quirúrgicas tendientes a ratificar o modificar el sexo (sea por malformaciones congénitas, estados intersexuales como pseudohermafroditismo o transexualidad) corresponde al derecho a la disposición del propio cuerpo. Consideramos que esta postura es discutible, ya que un ser humano con un sexo ambiguo, no podrá nunca desarrollar su personalidad y con ella, su verdadera identidad”*. No obstante, estimamos que la determinación de la personalidad y la identidad no puede estar sujeta sólo al sexo, por lo que el cambio de sexo no obstaculiza el desarrollo de su personalidad como dice Bas, aunque puede afectarlos.

En el caso de determinación o reasignación voluntaria de sexo, si ocurre el cambio después de casado no se puede hablar de nulidad del matrimonio ya que al contraer matrimonio no hubo problema de validez y no se puede dar una nulidad sobrevenida. Por esto lo procedente sería el divorcio que si contempla la posibilidad de alegar hechos sobrevenidos, debiéndose encuadrar dentro de una de las causales taxativas de divorcio, donde aparentemente la más adecuada sería el de las injurias graves, la cual es voluntaria e injustificada, es decir, no requiere de justificación.

No obstante, se puede considerar que el libre desarrollo de la personalidad no supone la existencia de un derecho al cambio de sexo, ya que el sexo es uno de los derechos de la personalidad y por lo tanto es irrenunciable, por lo que sería un incapaz de prestar su consentimiento matrimonial de conformidad con los Art.(s) 1.150 al 1.553 del CC, y por lo tanto, susceptible de nulidad según el Art. 118 del CC.

El consentimiento es un requisito de fondo para que el matrimonio pueda celebrarse válidamente, debe efectuarse mediante una manifestación libre y

consciente de la voluntad de unirse en matrimonio (Art. 49 del CC) y aceptarse mutuamente como pareja, efectuada de forma solemne ante un funcionario (Art. 88 del CC). Sin embargo, en cuanto al error en el consentimiento (Art. 49 del CC), por identidad de la persona, algunos dicen que se refiere sólo al aspecto físico y otros que se extiende a las cualidades morales y sociales (cualidades esenciales), o error en la identidad civil o social de la persona que configuran su personalidad.²³⁰ También está el error en la identidad física. Estos casos de vicio en el consentimiento, podrían alegarse por el cónyuge en aquellos supuestos en que la pareja desconozca la condición previa del transexual o intersexual que se ha reasignado el sexo quirúrgica y legalmente, para el momento de contraer el matrimonio, ya que de lo contrario en Venezuela no se podría casar por ser del mismo sexo.

El error en las cualidades civiles o sociales, existe cuando hay discrepancia sobre el conjunto de atributos o condiciones que determinan la posición del individuo dentro de la sociedad, siendo el problema determinar cuáles son los atributos o condiciones determinantes. Estimamos que en ese caso sería mucho más difícil alegar este tipo de error para solicitar la nulidad del matrimonio.

El error en las cualidades esenciales son sólo aquellas que determinan su estado civil y su condición social y que tienen tal peso en la común estimación o consideración para el otro esposo, que hacen que se deba tener como persona diversa la que no tenga la supuesta cualidad; así, el haber profesado un estado religioso, sido condenado por pena grave, o el pertenecer a una nacionalidad que admita la poligamia, o la falta de virginidad de la esposa, etc.²³¹ Este supuesto creemos que no puede ser alegado para solicitar la nulidad del matrimonio, ya que su estado civil o condición social no varían, sino que cambia otros aspectos.

El dolo se da con toda maquinación o artificio que tiene a inducir a error a alguna persona sobre un hecho sustancial que, de haberse conocido, no se hubiera celebrado el negocio jurídico. Por ello, se da cuando bajo engaño o maquinación fraudulenta se induce a alguien a celebrar un matrimonio con una

²³⁰ SOJO BIANCO, Raúl. *Op. Cit.*, pp. 107-110.

²³¹ SOJO BIANCO, Raúl. *Op. Cit.*, p. 109 citando a De Ruggiero que cita a Vinzi.

persona que adolece de defectos o vicios que, de haberlos conocido el contrayente, no hubiera celebrado el matrimonio. El alegar la existencia de dolo del transexual o del intersexual para inducir en el error a la pareja para que contraiga matrimonio, si sería susceptible de alegarse para solicitar la nulidad del matrimonio.

En definitiva, dentro de los supuestos de nulidades absolutas se encuentra que sean contrayentes del mismo sexo, que haya ausencia de consentimiento o que exista impotencia.

De igual manera e independientemente de todo lo que hemos ya comentado, también cabría durante la celebración del matrimonio, el alegar cualquiera de las causales de oposición al mismo establecidas en los Art.(s) 72, 75, 76, 79, 84 y 130 del CC.

Si por cualquiera de los motivos expresados anteriormente, se produce la nulidad del matrimonio, ello conlleva a que se produzcan todos los efectos establecidos en la ley (Art. 127 del CC entre otros).

La posesión de estado familiar se da en relación al estado de cónyuge y el de hijo, siendo que la misma independientemente de que una persona sea o no titular de determinado estado de familia, puede poseer tal estado, al comportarse como titular del mismo, mediante una situación de hecho, y de una actitud que adopta normalmente el titular del estado, teniendo la apariencia que en general corresponde a la realidad jurídica, pero que no necesariamente es así, lo cual puede prestar al fraude o usurpación de esa posesión. De allí que la posesión de estado consista en *“gozar del título y de los derechos inherentes al estado en cuestión y, al propio tiempo, soportar y cumplir los deberes relativos al mismo.”*²³² Esto es lo que ocurre en los Art(s). 114 y 115 del CC sobre los cónyuges; los Art(s) 198, 199, 210, 219, 220 y 230 *eiusdem* sobre los hijos, y el Art. 214 del CC sobre elementos y requisitos de la posesión de estado. En este sentido, podría existir una posesión de estado de hecho y no de derecho entre aquellas parejas en las que una sea un transexual o intersexual que ha efectuado una reasignación de género, a los fines de configurar una pareja, a pesar de que no exista en

²³² LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Op. Cit.*, p. 80.

Venezuela aún un reconocimiento legal, administrativo o judicial de su situación y relaciones jurídicas.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 190 de 28 de febrero de 2008, al interpretar el Art. 77 de la CRBV señaló que *“La norma recoge, así, dos preceptos concretos: en primer lugar, dispone una protección reforzada de la institución matrimonial, en las condiciones que fueron establecidas: que sea entre un hombre y una mujer –lo que implica la existencia de una relación monogámica entre personas de diverso sexo-, y que esté fundada en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges y, en segundo lugar, equipara jurídicamente las uniones estables entre un hombre y una mujer al matrimonio, siempre que cumplan con los requisitos de Ley.”* En este fallo, la Sala Constitucional reiteró en varias partes que *“la Constitución protegió en forma reforzada fue el matrimonio entre personas de diferente sexo”* y que *“En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer – como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano-.”*

C. Posición que acepta la posibilidad de matrimonio.

Otra posición sería la que sí considera que existen una laguna completable por los principios generales del derecho contenidos en la Constitución, el Código Civil y el resto del ordenamiento jurídico, ya que si bien la ley no lo permite expresamente tampoco lo prohíbe, por lo que, se presume que de forma tácita está permitido en el derecho, sobre todo si se vincula a los derechos humanos.²³³ Así se tiene que observar lo establecido en los muchos tratados internacionales sobre los derechos de la persona y los derechos humanos, entre los que se encuentran: la Declaración Americana de los Derecho y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1948), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), entre otros. Venezuela tiene ratificados estos tratados,

²³³ Como lo serían el derecho al libre desarrollo de la personalidad junto con el respeto a la intimidad privada, a la propia imagen y a la integridad psicofísica, sobre todo para que no sufran el escarnio público cada vez que tengan que identificarse o presentar documentos oficiales.

siendo que se puede dar una solución a este problema en base a los derechos humanos y en especial a la identidad sexual en relación al derecho de contraer matrimonio y formar una familia, sobre todo al tomar en cuenta lo establecido en el Art. 23 de la CRBV.²³⁴

De este modo, ante la heterosexualidad que caracteriza al matrimonio en Venezuela y a la mayoría de los sistemas matrimoniales en occidente, debemos observar al sexo desde un punto de vista jurídico y cómo se determina, lo cual suele ocurrir con una observación visual de los órganos genitales al nacer o sexo externo,²³⁵ aunque ahora, cuando se puede modificar al sexo por un deseo o necesidad de la persona, creemos que se debe tomar también en cuenta el factor cromosómico, el sexo interno o gonadal,²³⁶ y el desarrollo hormonal o sexo fenotípico,²³⁷ siendo que todos estos son aspectos interrelacionados de tipo biológicos y educacionales son los que hacen que definamos nuestro sexo y el comportamiento de nuestro papel social, que es lo que debería determinar nuestro sexo jurídicamente.

Cuando se habla en el Art. 77 de la CRBV que “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer (...)*”, se podría decir que no se dice expresamente que sólo el hombre y mujer deben contraer matrimonio entre sí, sino que ese tipo de matrimonio es el protegido o preferente, mas no el único, y por lo tanto, se podría dar el matrimonio entre personas de un mismo sexo. Pero también, se puede entender, como que este artículo hace la precisión “hombre” y “mujer”, mientras que los demás artículos constitucionales, hablan de “todos” o “toda persona” sin hacer referencia al sexo, con lo cual se demostraría una intención de marcar que la diferencia entre sexos es esencial en el caso del matrimonio,

²³⁴ También, en derecho comparado, se podría observar lo establecido en el Código Civil español, en relación con el art. 32 de la C.E., la Ley y el Reglamento del Registro Civil, y desde el respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, a la propia imagen y a la integridad psicofísica (10.1, 18.1 y 15 C.E. respectivamente), junto con el derecho internacional aplicable a España como el Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

²³⁵ La existencia de una vagina o de un pene, determina que se sea una mujer o un hombre.

²³⁶ Ovario en las mujeres y testículos en los hombres.

²³⁷ Características propias de cada ser humano como el vello y la voz en los hombres o las mamas de las mujeres.

aunado al hecho de que en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, enfatizó que debía ser entre un hombre y una mujer y no de personas del mismo sexo. Sin embargo, se puede observar que no hay una prohibición expresa de la Constitución de este tipo de uniones por lo que el legislador podría -aunque no le es exigible- crear una nueva figura jurídica que lo permita, ya que el derecho al libre desenvolvimiento o desarrollo de la personalidad, es una garantía que sólo obliga al legislador a remover o quitar los obstáculos que pueda conseguir y no le obliga a crear nuevas figuras jurídicas. Se debe tomar en cuenta el derecho a la igualdad, para determinar la viabilidad del matrimonio entre estas personas, o de establecer otro tipo de normativa jurídica que los pueda regular.²³⁸

Si consideramos al matrimonio como una protección jurídica al compromiso que asume la pareja de crear una comunidad de vida y ayuda mutua, la tendencia sexual no debería ser utilizada como un criterio para discriminar si la asunción de un compromiso de convivencia y afecto merece ser protegida o no.

Montesquieu en *El espíritu de las leyes* señalaba que “*las leyes se encontraron siempre con las pasiones y los prejuicios del legislador. A veces pasaron a su través impregnándose tan sólo de dichos prejuicios, y otras veces, sin embargo, los recogieron y los incorporaron a ellas*”,²³⁹ por lo que lo ideal es que el legislador no se sumerja en estos prejuicios o deje de estarlo, para que de esta manera tengamos una sociedad más justa en donde se superen los miedos a todo aquello que se considera diferente y se sea más tolerante en el reconocimiento efectivo de derechos.

En el caso del hermafroditismo o intersexualismo, nuestro ordenamiento jurídico no señala nada, por lo que se debe emplear la lógica jurídica para su solución. Así si un hombre o mujer hermafrodita contrae matrimonio con alguien del sexo contrario, no quedaría duda de que el matrimonio fue entre un hombre y una mujer, cumpliéndose el requisito de ley; pero ese hombre o mujer tienen una

²³⁸ Sobre este aspecto se puede ver lo establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 190 del 28 de febrero de 2008.

²³⁹ **DE SECONDAT, Charles Louis señor de Brède y Barón de Montesquieu.** *El espíritu de las leyes*. Editorial Claridad, S.A. Biblioteca de Grandes Obras Famosas, Volumen 3. Buenos Aires, Argentina, 1971.

condición física intrínseca basada en su doble sexualidad, siendo que podría declararse nulo dicho matrimonio si el otro contrayente aduce que ha existido un error en cuanto a la identidad del otro contrayente, lo cual afectaría de nulidad al matrimonio por falta de consentimiento libre y espontáneo (Art. 118 del CC), aunque tal vez más que error sobre la identidad de la persona se debería hablar de error en una cualidad esencial, como sería “la normalidad del sexo”,²⁴⁰ por lo que habría error sobre la identidad. También se podría declarar la nulidad del matrimonio ante la impotencia congénita o *ius generandi* (Art.(s) 47 y 119 del CC),²⁴¹ en caso de existir.²⁴²

Pareciera que se ha de dar mucha importancia al aspecto morfológico, al rol desempeñado en la sociedad y a las caracterologías psicológicas y emocionales, siendo que tras las intervenciones quirúrgicas no se puede notar que haya pasado la persona de un sexo a otro, por lo cual se puede reconocer una ficción que permita reconocer jurídicamente a la persona el poder cambiar de sexo, siendo que con esa suposición se permita legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica, de la justicia y la utilidad social, para así partiendo de esta hipótesis establecer principios y fundamentos teóricos que expliquen estos hechos o fenómenos que existen en la realidad actual, por lo que la ficción permite establecer derechos que de otro modo carecerían de base racional o jurídica para apoyarse.²⁴³ No obstante, estos criterios para determinar el sexo pueden ser variados por el legislador cuando regule esta situación, como que use el criterio

²⁴⁰ Término utilizado y el cual no se comparte, ya que no se considera que se pueda hablar de sexo normal sino generalizado.

²⁴¹ Esta es la tendencia de otras legislaciones como lo señala **MUÑOZ SABATÉ, Luis**. *Sexualidad y Derecho (elementos de sexología jurídica)*. Editorial Hispano-Europea. Colección De Iure et Vita. Barcelona-España, 1976, p. 36, siendo que además de la calificación de impotentes si esta no se acepta se establece que son incapaces para contraer matrimonio, o también se fundamentan señalando que existe una decepción dolosa, aduciendo que no es usual que se acepte casarse con una persona con esta condición cuando se conoce la misma.

²⁴² Recordemos que existe la *impotencia coeundi* o imposibilidad de cópula que puede ser: instrumental, cuando existe un defecto grave o ausencia de los genitales; y la funcional, cuando existiendo éstos, hay imposibilidad de realizar el acto sexual. Así se distingue de la *impotencia generandi*, en la que aún pudiéndose efectuar la cópula, existe incapacidad de procrear o engendrar.

²⁴³ Debe considerarse como ficción, ya que la persona operada transexualmente no pasa a ser del otro sexo, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser su sexo anterior por la operación de extirpación y supresión de sus caracteres primarios y secundarios y presentar los órganos sexuales similares al del sexo adquirido, con caracterologías psíquicas y emocionales propias del nuevo sexo.

cromosómico con el cual a pesar de la operación el transexual no podría modificar jurídicamente su sexo; o por el contrario, se podría dar el criterio que sobre la base del derecho al libre desarrollo de la personalidad y los demás derechos constitucionales mencionados, así como en la prevalencia que la medicina le confiere al sexo psicológico sobre el cromosómico, para dar la procedencia al cambio de sexo dando plenos derechos del nuevo sexo adquirido o derechos parciales.

Esta consideración del sexo difiere del concepto civil y religioso en relación al matrimonio como institución creada para la procreación, siendo relativamente importante en el primero²⁴⁴ y esencial en el segundo.²⁴⁵

Si se le reconoce el cambio y modificación de su registro civil del transexual o intersexual que ha cambiado su sexo, se puede suponer la equiparación absoluta con el sexo adoptado en cuanto a aptitud y capacidad de obrar plena y total o por el contrario se le puede establecer una limitación en cuanto a la celebración de actos o de negocios jurídicos como el matrimonio. La norma constitucional que establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, así como el Código Civil, no establecen limitación expresa alguna con respecto a los transexuales para que pueda contraer matrimonio, por lo que en tal sentido se debería permitir el mismo, sobre todo al considerar que sería ilógico el pensar que si se llegase a permitir los matrimonios con otra persona de su mismo sexo cromosómico, no se permita en el caso de los transexuales cuando ya se han dado todas las demás modificaciones externas y hormonales. Mucho menos pareciera constitucional bajo esas circunstancias prohibirle el matrimonio con cualquier persona indistintamente del sexo que posea en razón de su sexo aparente y el cromosómico, porque ello iría en detrimento de su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y crearía una limitación a su capacidad que no se encuentra legalmente contemplada y que simplemente nacería de la jurisprudencia, estableciendo una pena que no está legalmente establecida. En cuanto a la procreación, no se puede limitar a la institución del matrimonio

²⁴⁴ Art.(s) 47 y 119 del CC.

²⁴⁵ Derecho canónico canon 1084, pr. 1 y canon 1084, pr.3, así como en la Biblia, el Talmud, el Corán y la Torhá.

únicamente a tal fin, ya que sería como decir que no pueden contraer matrimonio las parejas heterosexuales que no puedan tener hijos, siendo que la sociedad actual es mucho más tolerante ante este tipo de circunstancias que en épocas anteriores. El ordenamiento jurídico venezolano, así como la mayoría de los países occidentales y occidentalizados, tienden a no limitar o discriminar los derechos sino todo lo contrario, por lo que situaciones como la transexualidad o la intersexualidad ha de suponer necesariamente una admisión plena de capacidad de obrar como la del sexo adquirido y en lo que se ha convertido, incluso en cuanto a los efectos de poder contraer matrimonio, ya que ello no quebrantaría normas de orden público ni de *ius cogens*.

No se cercena el orden público porque este no responde a la protección de ningún interés social suficientemente relevante para impedir una plena integración del transexual, y la cual se dará con la modificación del registro civil en la que no se publique su condición de tal.

La heterosexualidad no se rompe ya que el propio derecho es el que señala que debe ser tenido el interesado como propio del sexo contrario, y a tal efecto se permite la rectificación del asiento registral, del nombre, y se facilita una nueva documentación acreditativa de nuevo sexo y no a través de una ficción de la creación de un tercer sexo.

La procreación no es civilmente un fin esencial del matrimonio,²⁴⁶ por lo tanto su imposibilidad no puede impedir la celebración del matrimonio de los transexuales.

Ahora también hay mayor amplitud de la conciencia y tolerancia social hacia este tipo de circunstancias, lo cual se debe interpretar a la luz de los tiempos presentes, lo que demuestra el desarrollo de la sociedad por encima del derecho.

Al estimar lo contrario, se encuentra la desvirtuación del contenido esencial

²⁴⁶ Por ello el ordenamiento jurídico permite el matrimonio de un octogenario, en artículo de muerte y de los impotentes. Incluso en el derecho canónico se a flexibilizado, porque la causal de impotencia para la anulación del matrimonio establecida en el Código de 1917 en su Canon 1013, ha sido modificado con el Codex de 1983 en el Canon 1055, aunque aún persiste la gran importancia de generación de prole, el impedimento de impotencia, la disolución por inconsumación, el error dolosamente causado para el supuesto de ocultación fraudulenta de la esterilidad, la simulación parcial ante la exclusión de la prole, entre otros.

del matrimonio, ya que con tal prohibición²⁴⁷ se estaría vulnerando el derecho que tiene el transexual o intersexual como persona de contraer matrimonio, dejándole en un vacío y lesionando su derecho al desarrollo de su personalidad, además de producirse una discriminación por razón de sexo, sobre todo al observar que el estado civil de las personas no puede ser impuesto por el Estado, aunque pueda establecer sus requisitos, con lo que se le condenaría a permanecer en una soltería perpetua, sobre todo porque las limitaciones que se introduzcan por ley no pueden restringir o reducir el derecho de manera tal que se atente contra su contenido esencial.²⁴⁸

El carácter de la inscripción en el registro civil sería constitutiva, motivo por el cual se permitiría el cambio de sexo, con lo cual no parecería lógico el coartar sus efectos en materia nupcial. Además, el derecho al matrimonio, no puede ser interpretado de manera restrictiva, y las causales de nulidad si deben ser interpretadas de forma restrictiva.

Igualmente, la autorización de este tipo de matrimonios no trae inseguridades jurídicas, sino todo lo contrario, ya que tendría un contenido valorativo y de justicia expresados a través del derecho y las libertades que la conciencia humana considera que han de estar protegidos y realizados a la altura del tiempo en que se vive, son exigencias éticas, distinto sería que el otro contrayente no tuviera conocimiento de tal circunstancia, caso en el cual si sería procedente la nulidad por error en las cualidades personales y que puede afectar de manera fundamental la manifestación del consentimiento.

De hecho en el derecho comparado, en Francia una vez que se procede a la rectificación del estado civil, adquiere todas las consecuencias singulares en el plano matrimonial y del divorcio, en donde se le considerará perteneciente al sexo adquirido y que se menciona en la documentación modificada.²⁴⁹

²⁴⁷ De no poder contraer nupcias ni con un hombre, ni con una mujer.

²⁴⁸ Sin embargo, en el caso *Cossey contra Reino Unido* del TEDDHH de 27 de septiembre de 1990, se dijo que la imposibilidad del transexual para contraer matrimonio no procede de un obstáculo legal sino de su propia renuncia. Esto significaría que se priva a sí mismo, por su propia voluntad del *ius nubendi*.

²⁴⁹ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Droit civil. Les personnes.* LexisNexis S.A. Litec. 9na edición. París, Francia, 2005, p. 184. Como respaldo jurisprudencial se mencionan la sentencia TGI Caen del 28

Otra opción sería la de reconocer uniones de hecho, a las cuales se le otorgan ciertos efectos jurídicos similares a los que posee el vínculo matrimonial, pero perfectamente separables, punto que se trata más adelante.²⁵⁰

En el caso de las personas que se cambian de sexo teniendo ya un vínculo matrimonial previo, un razonamiento adverso daría la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio, generando problemas de seguridad jurídica, tal como se mencionó anteriormente.

Si no se da una solución jurídica y si no se les considera hombres y tampoco mujeres, eso les generaría inseguridad jurídica lo cual sería contrario a los derechos establecidos en los Art.(s) 19, 20, 22, 23, 46, 55, 60 75 y 77 de la CRBV.

Se puede hablar que en verdad estamos ante una ficción legal de sexo o es una realidad de cambio de sexo, para lo cual se debe tomar en cuenta la dignidad de la persona humana y que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. El valor de la vida humana y su dimensión moral esta elevada por la Constitución como un valor jurídico fundamental, sin perjuicio de los derechos inherentes y que se encuentra íntimamente vinculados al derecho del desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral, a la libertad de ideas y de creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; todo sobre lo cual se desprende que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona. Por ello, esa autodeterminación se realiza de forma intelectual y sentimental (qué siento, qué quiero), y siempre es una elección que debe ser respetada por la sociedad, por lo que el sexo se debe determinar jurídicamente por un criterio psicológico complementado con algunos elementos morfológicos.

El *ius connubii*, se encuentra reconocido en diferentes tratados internacionales como un derecho humano como en el Art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), el Art. 23.2 del Pacto Internacional

de mayo de 2001, la del tribunal de Toulouse del 30 de abril de 1997 y la decisión de la CEDH del 11 de julio de 2002.

²⁵⁰ No obstante, con la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.682/15.07.2005, se establecen muchas similitudes entre el concubinato y el matrimonio, dejando pocas diferencias, no obstante eso no se tratará en este trabajo al no ser objeto del mismo.

de Derechos Civiles, Políticos y Sociales, el Art. 12 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (1950), entre otros; por lo que el Estado no puede regularla y limitarla de tal manera en que la haga impracticable o impida el ejercicio libre y voluntaria autonomía de la persona.

Además de todo lo ya dicho, entre la transexualidad y el matrimonio pueden darse distintas situaciones, como: 1) que el transexual esté casado antes de la reasignación de sexo o; 2) que el transexual una vez que se haya producido la reasignación de sexo desee casarse con una persona de sexo registral contrario (sexo psicológico, anatómico y legal distinto, pero de sexo biológico idéntico).

En el primer caso (si está casado con un no transexual) el matrimonio podría ser disuelto por: a) sentencia de nulidad a instancia del cónyuge no transexual (Art.(s) 118 y 119 del CC); b) por petición de divorcio (Art. 185 del CC).

También en el primer caso (si está casado con un transexual), debe exigirse el no estar casado para la reasignación sexual, para lo que habría que dar los siguientes pasos: a) disolver el matrimonio; b) realizar la rectificación registral del sexo por ambas partes; y c) volver a contraer matrimonio.

En el segundo caso en caso de crearse una ley especial o establecerse algún tipo de regulación administrativa o judicial, habría de reconocerse el derecho de *lege ferenda* de todo transexual a contraer matrimonio con una persona de sexo psicológico, anatómico y legal distinto, pero de sexo biológico idéntico. Esto basado en el argumento de que el derecho a contraer matrimonio de toda persona con otra de sexo (registral) opuesto es un derecho inviolable que pertenece a su ámbito de dignidad y libre desarrollo de la personalidad y que se apoya en las disposiciones jurídicas previamente mencionadas.²⁵¹

El requisito de que los contrayentes pertenezcan a un sexo registral distinto parece ser indiscutible en el momento actual de la regulación jurídica, que como hemos visto es algo discutible.²⁵²

²⁵¹ Igualmente se puede tomar en consideración el Art. 32.1 de la Constitución Española; el Art.12 Convención Europea para la protección de los DDHH y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950; el Art.44 Código Civil Español.

²⁵² En contra de permitir el matrimonio estarían en Dinamarca la Ley de 1 de octubre de 1989, en Noruega la Ley de 1 de agosto de 1993, y la Resolución del Parlamento Europeo 28/1994 de 8 de febrero.

En la actualidad la cuestión del matrimonio del transexual en algunos casos del derecho comparado, si nos referimos a la jurisprudencia del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), nos encontramos con que la Comisión TEDH y el Pleno del TEDH se posicionan de forma diferente sobre el derecho del transexual a contraer matrimonio no existiendo unanimidad sobre la denegación de este derecho del transexual.

Por otra parte si tenemos en cuenta el Art. 12 del Convenio de Roma hemos de señalar que en él se advierte expresamente que el *ius nubendi* del hombre y la mujer debe ser interpretado desde la ley nacional de cada país signatario, por lo que se puede mantener que el hecho de que no exista unanimidad en la interpretación realizada por el TEDH en dos casos²⁵³ que le fueron presentados, por lo que puede hacer que su decisión no se haga extensiva a otros ordenamientos jurídicos, como podría ser el caso del español o el portugués.

Pero considerando los ordenamientos jurídicos en los que existe legislación específica sobre el derecho al matrimonio de los transexuales, así como las Recomendaciones de los Organismos Europeos, en ninguno de los ordenamientos que han regulado cuáles han de ser los requisitos para que se produzca una rectificación registral de sexo, así como los efectos de dicha rectificación, no han limitado de ninguna manera la capacidad de obrar del transexual conforme a su nuevo sexo. Entienden que los efectos *ex nunc* de la sentencia que les reconoce su nuevo sexo así como la rectificación registral de sexo, les capacita plenamente para realizar aquellos actos o negocios propios del nuevo sexo que el derecho les ha reconocido, lo que incluye el matrimonio.

También, en cuanto a la evolución doctrinal que se ha producido sobre el derecho de los transexuales o intersexuales que cambian de sexo, a contraer matrimonio una vez producida la rectificación registral de sexo, ha ido desde la negativa más rotunda a que el hecho de que el derecho accediera a la rectificación registral de sexo significara algo más que un simple cambio de nombre, con lo que

²⁵³ El caso Rees contra el Reino Unido, la Comisión dijo que no hay vulneración, pero el Pleno también dijo que no; en el caso Cossey contra el Reino Unido, la Comisión dijo que si hay vulneración, pero el Pleno dijo que no.

se argumentaba en contra de que se permitiera al transexual contraer matrimonio, llegando hasta la actual línea doctrinal favorable al total reconocimiento de los derechos del transexual desde su nuevo sexo, incluido por supuesto, el derecho a contraer matrimonio, con lo cual la rectificación registral no se limita meramente a un cambio de nombre, sino que también otorga el derecho al matrimonio del transexual o intersexual como consecuencia de su pertenencia al nuevo sexo registral.

En definitiva, si se crea una regulación ya sea legislativa, administrativa o judicial sobre el matrimonio de transexuales e intersexuales que efectúen una reasignación de sexo para que se puedan casar con personas del sexo diferente al nuevo adquirido, estos tendrán las obligaciones de los conyugues establecidas en el Art. 137 del CC.

En España, así como en Canadá no se exige la falta de existencia de vínculo matrimonial previo, en razón de que en dichas naciones se permiten las uniones matrimoniales del mismo sexo, así como en Finlandia en donde se establece que un transexual y su cónyuge se convierten en pareja de hecho homosexual, si esta presta su consentimiento. No obstante, en otros países europeos que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, consideran que el cambio legal de sexo no es suficiente para poder contraer matrimonio, como lo serían los casos de la Ley sueca de 1972, la alemana *Transsexuellengesetz* “*nicht verheiratet ist*”, el Código Civil holandés y Austria. Sin embargo, algunos países como Holanda y Gran Bretaña han buscado darle solución a esta situación a través de otras figuras jurídicas que permiten uniones de parejas, igualmente en Holanda mientras estén casados, pueden iniciar el tratamiento de reasignación de sexo. En Italia, se discute si con la rectificación registral se provoca automáticamente la disolución del matrimonio, o si por el contrario, el transexualismo es una causa que permite demandar el divorcio, a diferencia de los tribunales franceses que han entendido que se produce la caducidad de pleno derecho del matrimonio (sentencia de la Corte de Casación de

11 de septiembre de 1992).²⁵⁴

Si existe un matrimonio anterior la solución dada varía según el ordenamiento jurídico, en algunos se exige la no existencia de un matrimonio previo o acarrea la nulidad del mismo, para poder acceder al cambio de sexo y de nombre, como la *Trassexuellengesetz* de Alemania, el Código Civil Turco en su Art. 29.

La Ley 3/2002 española reconoce el *ius connubi* de los transexuales y una equiparación plena al nuevo sexo adquirido, lo cual también ha sido decidido así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos casos de 11 de julio de 2002 en los casos Goodwin e I contra el Reino Unido, indicando que la función reproductiva del matrimonio no es la esencia de la institución y el ejercicio de dicho derecho no debe comportar limitaciones que impidan de manera notoria su acceso a un grupo, por lo que los criterios de determinación del sexo no deben tener únicamente en consideración la biología, sobre todo ante la evolución de la ciencia.²⁵⁵

1.2 Las uniones estables de hecho.

El concubinato es la relación o unión de hecho mediante la cual dos personas que no tengan ningún impedimento para contraer matrimonio, realizan vida en común en forma permanente, sin estar casados, con las apariencias de una unión legítima y con los mismos fines primarios y secundarios atribuidos al matrimonio (Art. 767 CC). En esta se da una convivencia no matrimonial permanente y hay la formación de un patrimonio. Hay un compromiso de vivir juntos sin contraer matrimonio de manera pública y notoria,²⁵⁶ y sin el *affectio maritalis*, ya que son vínculos que se establecen entre parejas, sin que exista para su concreción el acogimiento de fórmulas legales de ningún tipo, pero en el cual prevalece la convivencia de índole marital.

²⁵⁴ Incluso la Ley de Identidad de Género japonesa, establece entre otros requisitos, no tener hijos y no tener órganos reproductivos de su género anterior en funcionamiento. **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *La Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España, 2008, pp. 171-173.

²⁵⁵ Antes de esta sentencia el criterio del TEDH era distinto entre los años 1986 a 1999, lo cual se puede observar en los casos de Rees contra Reino Unido de 17 de octubre de 1986 y Cossey contra Reino Unido de 27 de septiembre de 1990.

²⁵⁶ Convivencia *more uxorio*.

Sobre este tipo de uniones se efectúan consideraciones jurídicas en cuanto a su regulación, sobre todo al tomar en cuenta que el Art. 77 de la CRBV que les reconoce un rango constitucional.²⁵⁷ Para algunos se les debe reconocer sólo los efectos jurídicos que estén de acuerdo con la naturaleza de este tipo de uniones, para otros que se debe equiparar al matrimonio. En nuestra opinión, se trata de un acercamiento a la institución del matrimonio en ciertos aspectos como el patrimonial, pero sin llegar a una equiparación completa o total.²⁵⁸

Las uniones de hecho pueden ser: a) concubinarias, b) extra-matrimoniales (cuando una de las dos está casado), y c) otras, relativas a las personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio (como los establecidos en el Art. 384 CP, y los Art.(s) 46 y 62 del CC). Se dice que hasta ahora las únicas previstas en nuestro ordenamiento jurídico son las concubinarias (Art. 767 del CC).

Para que se considere que existe una unión estable de hecho se requiere que: 1) sea estable, 2) sea entre un hombre y una mujer y 3) cumpla con los requisitos establecidos en la ley; por su parte la ley establece en el Art. 767 del CCV que debe ser: 1) permanente, 2) entre un hombre y una mujer (singularidad y heterosexualidad) y 3) que ninguno esté casado y libre de impedimentos para contraer matrimonio. Además, en los requisitos se puede agregar que debe ser: 1) una convivencia *more uxorio*; 2) ausencia de formalidades para su formación, y 3) deben darse todos los requisitos anteriores a la unión de la pareja de manera simultánea.

La sentencia de la SC N° 1.682/15.07.2005, estableció que debe ser una

²⁵⁷ Otros cuerpos normativos también reconocen este tipo de relaciones como el Art. 767 del CC, el Art.(s) 16 y 18 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios; los Art.(s) 7, 33, 37 y 42 de la Ley del Seguro Social; los Art.(s) 108, 149 y 568 de la LOT; los Art.(s) 3, 7 y 10 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad; el Art. 69 de la Ley que Regula el Subsistema de Pensiones; los Art.(s) 146 y 168 del Código Orgánico Tributario; los Art.(s) 18.c, 19.c, 141.6 de la Ley de la Actividad Aseguradora; el Art. 138 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares; los Art.(s) 1, 2 literal b.1 y b.4, 3 literal e.2, y, 5 literales b y f, de las Normas Técnicas Sobre Requisitos y Documentación para el Otorgamiento de Préstamos Hipotecarios Para Adquisición de Vivienda Principal; y el Art. 33 numeral 10 literal a, de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

²⁵⁸ Estimamos que de efectuarse una equivalencia total perdería sentido la institución del matrimonio y los fines propios que posee, así como en las obligaciones que genera la unión matrimonial y en algunos derechos.

unión de dos (2) años mínimo siguiendo a la Ley del Seguro Social Obligatorio.²⁵⁹ Igualmente indicó que los efectos jurídicos de las uniones de hecho, para que estos se den, requieren que haya sido reconocida por una sentencia definitivamente firme de un tribunal, produciendo:

1) Efectos personales: A) de tipo convivencial: a) de cohabitación la cual no es obligatoria, b) de fidelidad que tampoco es obligatoria, c) de asistencia el cual si es una obligación exigible, d) de socorro o protección que es una obligación no demandable, y e) de domicilio que es el que escojan de común acuerdo aunque se pueden separar sin necesidad de orden judicial, B) en relación a los hijos o de filiación no matrimonial, por el sólo hecho de la existencia de la relación de hecho los hijos no tienen respecto a sus padres legalmente reconocida su filiación, por lo que deberán ser reconocidos por sus progenitores, no opera la presunción de paternidad, pero una vez hecho tal reconocimiento los efectos jurídicos paterno filiales son plenos (Art. 234 del CC).

2) Los efectos patrimoniales: A) régimen de bienes, en donde existe una presunción de comunidad concubinaria donde todo les pertenece por mitad: a) acuerdos o pactos entre convivientes, sería el caso de las capitulaciones matrimoniales las cuales no son posibles porque requiere de un documento contractual (el matrimonio) que crea el vínculo, siendo que estas uniones requieren de un transcurso prolongado de tiempo, por lo que se ha dicho que tampoco se acepta ningún otro tipo de pactos o acuerdos,²⁶⁰ b) comunidad de bienes, de conformidad con el Art.(s) 141 y 767 del CC es de por mitad y las acreencias de los terceros pueden ser satisfechas de los bienes comunes, c) el régimen patrimonial está el de los bienes propios antes de la unión de hecho y los que se producen durante dicha unión que se administrarán y dispondrán individualmente, no hay nada que lo regule por lo que sólo cabrá una demanda por daños y perjuicios que se puedan ocasionar, al igual que ocurriría con la disolución

²⁵⁹ *“Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia.”*

²⁶⁰ **ROA DE ROA, Felida.** *Las uniones de hecho en Venezuela. ¿Son equiparables al matrimonio?.* Revista Tachirenses de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 18. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2006, pág. 175.

de la unión, d) la vocación hereditaria, se ha adaptado el Art. 823 del CC según lo dispuesto por el Art. 77 de la CRBV, por medio de lo establecido en la sentencia de la SC N° 1682/15.07.2005, en la que se le hace extensible dicho artículo a las uniones de hecho siempre y cuando estén viviendo juntos.²⁶¹

En este punto y en relación con el tema de los transexuales y los intersexuales que se someten a una reasignación de género y obtener el cambio legal respectivo, al observar que se exige para el concubinato lo mismo que para el matrimonio, en cuanto a que sea una relación o unión entre un hombre y una mujer, hemos de dar por reproducido el análisis efectuado en el punto anterior, en cuanto a la procedencia o no de reconocer este tipo de uniones y la necesidad de la existencia de algún tipo de regulación al respecto.

Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 190 de 28 de febrero de 2008, señaló que “En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer –como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano- la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido *“En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer - como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano- la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido ‘núcleo esencial que da origen a la familia’- debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/05 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del*

²⁶¹ Los requisitos serían que: 1) la unión de hecho debe ser estable y permanente, 2) no debe haber impedimentos para contraer matrimonio, 3) que no estén separados de cuerpos y 4) que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Así el orden de suceder *ab-intestato* será de conformidad con lo establecido en los Art.(s) 822, 824 y 825 del CC.

matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto.”

Pero posteriormente dicho fallo señaló que “La Sala quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer-. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como -en el ejemplo que ya se mencionó-, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado –uniones de hecho “adulterinas”-, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio.” Concluyendo que “Así, salvo los límites que se expresaron que imponen el orden público y la prohibición de fraude a la ley, nada obsta para la admisión de la existencia, entre dos personas del mismo o de distinto sexo, de una comunidad ordinaria o una sociedad cuya causa

sea el aporte común de bienes o esfuerzos, que está dirigida al logro de un fin, también común; como afirma la doctrina, 'lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas y que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si alguien ha unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad'. (Vid. al respecto, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, 'Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999', Revista de Derecho n.º 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 230-231)."

Por otra parte, consideramos que frente a aquella postura que indica que no puede darse ningún tipo de unión matrimonial o concubinaria para estas personas, ya que es exigible que se produzca dicha relación estrictamente entre un hombre y una mujer que tengan su respectiva carga fenotípica, gonadal, genética, etc., de cada sexo, estimamos que ello no es óbice para que se pueda establecer y otro tipo de unión estable de hecho que no se precisamente la concubinaria, en la que se le reconozcan ciertos derechos a estas personas, pero si se les da el reconocimiento legal del nuevo sexo sí han de poder tener uniones concubinarias.

1.3 La filiación.

En cuanto al concepto *lato* de la filiación, esta se entiende como la relación parental consanguínea entre ascendientes y descendientes unas de otras o de un autor común, mediante la existencia de un nexo que los une, así como el nexo natural o jurídico entre el hijo y los progenitores.

En sentido estricto es la relación o nexo existente que une a los hijos con su padre y madre, de manera consanguínea de primer grado en línea recta, tanto ascendente como descendente.

Además, el Art. 37 del CC señala lo que se entiende por parentesco, así como los Art.(s) 425 y 426 de la LOPNNA establecen en cuanto a la adopción que ésta se produce filiación y crea parentesco. Esto se vincula con lo consagrado en el Art. 56 de la CRBV, y los Art.(s) 235 y ss. del CC, que también se vinculan al derecho de conocer la filiación y gozar de todos los derechos relativos a ella como el uso del apellido.

Los elementos de la relación jurídica familiar son el biológico y el jurídico. El elemento biológico: es el vínculo natural que existe entre dos personas como

consecuencia de la unión intersexual, dándose entre el hombre y la mujer que compone la pareja, así como entre estos y sus hijos, lo cual constituye un estado natural independiente del estado jurídico que puede o no existir. El elemento jurídico: es el vínculo jurídico al que se sujeta la unión sexual y la filiación como hechos naturales, calificando así al elemento biológico. Entre los elementos de la relación jurídica familiar se dan concordancias (concurren el elemento biológico y el jurídico) y discordancias. Las concordancias y las discordancias pueden ser puras e impuras.²⁶²

Por lo tanto, el transexual o intersexual que haya tenido prole antes de su reasignación de género y el respectivo cambio legal del mismo, no pierde el vínculo ni la filiación con respecto a estos, así como tampoco con relación a sus progenitores, sino que se conservan, ya que la persona sigue siendo la misma y la ascendencia así como la descendencia no cambia por tal hecho, ya que se mantiene la misma herencia biológica.

A. La filiación por naturaleza o natural.

Es un hecho jurídico o un hecho natural que se produce mediante la procreación, al cual la ley le reconoce efectos jurídicos, ya sea este matrimonial o extramatrimonial.

La filiación matrimonial se da con la existencia de un matrimonio, la de los padres, es decir, la maternidad, la paternidad y la concepción del hijo dentro del matrimonio.

La filiación extramatrimonial, es el vínculo de parentesco consanguíneo que existe entre el hijo y su madre o entre el hijo y su padre, cuando dichos progenitores no eran cónyuges entre sí para la época de la concepción de su descendiente, ni para la fecha de nacimiento de este.

El Art. de la 21 Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y Paternidad, así como el Art.(s) 17 y 25 de la LOPNNA, establecen que se establece el vínculo filiatorio independientemente de la existencia de un matrimonio o unión estable de hecho.

²⁶² **GRISANTI AVELDEO DE LUIGI, Isabel.** *Lecciones de Derecho de Familia.* Vadell Hermanos Editores. Décimo sexta edición. Caracas, Venezuela, Valencia, 2009, pp. 24 a 28.

B. La filiación mediante técnicas de reproducción asistida.

Este tipo de filiación es el que se produce con la utilización de los avances técnicos-científicos modernos, que permiten originar nuevas formas de vida humana. Dentro de estas técnicas contamos con la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* o en probeta.

En estos sistemas se puede utilizar el espermatozoides del propio marido o de un tercero, y se puede fecundar los óvulos de la esposa o de una tercera persona. Igualmente estos sistemas de fertilización pueden ser utilizados por personas no casadas.

A su vez lo anterior puede dar lugar a un alquiler de vientre o madre sustituta mediante la prestación de servicios personales, pudiéndose considerar como una relación de trabajo (Art. 65 de la LOT si es remunerada), o una donación (según el Art. 1.431 del CC si es gratuita) o una venta del espermatozoides o de los óvulos (de conformidad con el Art. 1.474 del CC). Si la madre sustituta es quien suministra los óvulos, además tendría que darse un consentimiento para una adopción.²⁶³

Incluso, el Art. 20 Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, establece que el Estado debe prestar el servicio de reproducción asistida, con personal especializado, laboratorios y equipos de alta tecnología, dirigidos a mujeres y hombres que presenten limitaciones en su fertilidad, con el objeto de garantizarles el derecho a la maternidad y a la paternidad.

Ante las formas artificiales de generación de vida o técnicas de reproducción asistida, se presentan problemas de filiación que deben pensarse para hallar una posible solución, al encontrarnos con la fecundación o concepción artificial (inseminación artificial o fertilización *in vitro*), la donación de óvulos o

²⁶³ Frente a esto, se puede considerar otro ejemplo como que en el caso de que tanto el óvulo como el espermatozoides sean de un tercero, o sean propios de ambos o de alguno de ellos pero en la que una mujer distinta a la pareja sea la que gesta a la criatura hasta su nacimiento, estimamos que ésta deberá dar su consentimiento para la adopción del niño, así esta persona que gesta al bebé y tomando en consideración que se considera madre a quien pare, tendrá que entregar al niño en adopción una vez alumbrado, ya que no podrá dar su consentimiento antes del nacimiento del niño, ya que hasta el momento del alumbramiento no existe una criatura como tal que pueda darse en adopción, por lo que cualquier convención, renuncia o adopción antes del nacimiento sería nula.

semen, madre sustitutas o vientres en alquiler, responsabilidad de los establecimientos médicos y del médico, inseminación *post mortem*, etc.

La fertilización *in vitro* del óvulo de una mujer con su implante en otra mujer puede generar una doble maternidad, la de la identidad genética y la del parto. Así se da el problema de la verdad biológica y la verdad genética de la filiación, en donde la posesión de estado y el interés superior del niño juegan un papel importante para determinar la misma, sobre todo al considerar que el Código Civil dice que madre es la que pare. No obstante, ante la gran variedad de posibilidades se tendrá que analizar cada caso concreto para tratar de hallar una solución.²⁶⁴

Así, frente a esta realidad, los transexuales e intersexuales que se hallan sometidos a una reasignación quirúrgica de sexo, la cual causa infertilidad, pueden haber congelado sus óvulos o espermatozoides a los fines de posteriormente utilizar cualquiera de estos mecanismos científicos a los fines de procrear y tener descendencia. Sin embargo, podemos plantearnos un ejemplo que puede generar grandes dudas jurídicas, éticas y morales, como lo sería el hecho que un pareja decida utilizar el semen y el óvulo de donantes distintos a ellos y a su vez utilice a una madre sustituta, con lo cual se presenta el dilema del derecho que tiene el niño de conocer efectivamente a sus padres biológicos y vivir con estos, sobre todo al considerar que se encuentra involucrado el orden público y el interés superior del niño.²⁶⁵

Un ejemplo de esta posibilidad la observamos en el caso del transexual Tomas Beatie, del estado de Oregón en Estados Unidos de Norte América, que no se dejó extirpar los ovarios y el útero en la operación de cambio de sexo, por lo que tuvo un hijo en 2008, tras haberse sometido a técnicas de fertilización asistida, siendo que antes estuvo embarazada de trillizos pero se vio obligado a interrumpirlo porque puso en riesgo su vida, siendo que uno de los problemas que

²⁶⁴ **DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Op. Cit.*, pp. 259-268. También se puede ver en este sentido a **LÓPEZ HERRERA, Francisco.** *Op. Cit.*

²⁶⁵ Esta posibilidad, no puede considerarse improbable, ya que la Sala Constitucional en sentencia N° 1.456/27.07.2006, permitió que una viuda posteriormente a la muerte de su marido, pudiese utilizar el semen que este había dejado en resguardo de un centro médico especializado, a pesar de éste haber expresado su deseo de no tener descendencia, debido a una enfermedad hereditaria que padecía.

consiguió él y su esposa Nancy, fue encontrar un médico que aceptara hacer el procedimiento.²⁶⁶

En el derecho comparado observamos una decisión de la CEDH del 22 de abril de 1997, en la que habla de un caso en Gran Bretaña, en el que una mujer efectúa la reasignación quirúrgica de sexo a hombre, con la respectiva adecuación legal, siendo que a través de una fecundación *in vitro*, a su pareja que es mujer se le fecunda y nace un niño, siendo que el funcionario que registra los actos del estado civil, aceptó solamente el inscribir al niño con el apellido del transexual, más no registrarlo como el padre de la creatura, por lo que acudió al CEDH que consideró que analizando el Art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, que el Estado al encontrarse con situaciones complejas en cuanto a la naturaleza científica, jurídica, moral y social que plantea el transexualismo, no tiene la obligación de reconocer oficialmente como padre de un infante a una persona que no sea el padre biológico.²⁶⁷

Por su parte en Francia, se dio el caso de dos mujeres que vivían en concubinato, en donde una se sometió a una fecundación médica asistida con semen de un donante, naciendo el niño en 1991, obteniendo posteriormente la otra mujer de la relación en 1993, una rectificación del estado civil por haberse cambiado de sexo al masculino y procediendo a reconocer al infante. Luego la madre, pareja femenina que dio a luz, solicitó la nulidad del acta de reconocimiento, siendo que el tribunal de Aix-en-Provence el 12 de marzo de 2002, procedió a anular el acta por estimar que el niño nació de una reproducción médica asistida y no se trataba del padre biológico, pero no obstante, ante los lazos afectivos existentes entre el transexual y el menor, en donde una ruptura podría causar un daño al niño, estableció un régimen de visitas.²⁶⁸

En caso de que se tuvieran hijos de una relación matrimonial o extramatrimonial antes del cambio de sexo y de nombre, esto no afecta los derechos, siempre actuando en pro de interés superior del niño, así el tribunal de Torino Italia el 20 de julio de 1982 denegó el derecho de visita a un transexual

²⁶⁶ **Diario Últimas Noticias.** *Hombre ante la ley.* 28 de marzo de 2008, p. 4.

²⁶⁷ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Op. Cit.*, p. 180.

²⁶⁸ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Op. Cit.* p. 180.

respecto a su hijo menor de edad, tras un proceso de divorcio, por considerar que el cambio de papel de su progenitor no era adecuado para aquél. Igualmente, la Audiencia Provincial de Lugo en España, mediante sentencia de 19 de mayo de 2005, confirmando lo decidido por el juez de Instancia e Instrucción, sobre la base del *favor filii* y considerando que el derecho de los padres no es absoluto ni ilimitado, mantuvo la patria potestad compartida entre ambos progenitores, pero estableciendo un régimen de visitas del padre transexual en un punto de encuentro, ya que se creyó que un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor, quien se estimaba se habituaba progresivamente, como de hecho constaba que se estaba produciendo. También, la Corte de Casación Francesa ha confirmado un *droit de visite et d'hébergement* a un transexual respecto a su hijo que su pareja había tenido mediante técnicas de fecundación artificial con un donante, aunque no en cuanto pariente del niño ya que este fue producto de una fecundación artificial a través de un donante, esto se observa en la *Court d'Appel d'Aix-en-Provence* de 12 de marzo de 2002, confirmada por la *Court de Cassation*, en sentencia de 18 de mayo de 2005.²⁶⁹

C. La filiación por adopción.

La filiación adoptiva, deriva de un acto jurídico, como resultado de un procedimiento que consta de dos fases: administrativa y judicial (Art. 493 de la LOPNNA), donde la parte judicial es usualmente de jurisdicción voluntaria, a la cual artificialmente se le reconoce un efecto similar al de la filiación natural (Art. 425 de la LOPNNA), es una institución en la cual se procura, por medio de una ficción legal, reproducir el vínculo natural padre-madre / hijo, con el propósito de estructurar un núcleo familiar completo, que se realiza mediante un acto jurídico solemne, en el que se expresa la voluntad de los particulares, de conformidad con la ley y la autoridad judicial para crear relaciones jurídicas análogas a las de la filiación.

Por lo tanto, la adopción es una institución de protección permanente (Art. 406 de la LOPNNA), y se constituye en una verdadera familia que crea vínculos de parentesco, y que busca o tiene por objeto proveer o proporcionar a los niños y los

²⁶⁹ BUSTOS MORENO, Yolanda B. *Op. Cit.*, pp. 301-302.

adolescentes que lo requieran de una familia sustituta a la familia natural, que, por una circunstancia, no tenga o cuando se compruebe que la naturaleza de la separación entre esta y el niño, niña y adolescente es permanente.²⁷⁰

En la LOPNNA se establece lo que ha de entenderse por familia sustituta en sus Art.(s) 394,²⁷¹ 394-A y 395, entendiéndola como aquella que, conformada por una o más personas, no siendo la familia de origen, acoge, por decisión judicial, a un niño, niña o adolescente privado permanente o temporalmente de su medio familiar, ya sea por carecer de padre y de madre, o porque éstos se encuentran afectados en la titularidad de la patria potestad o en el ejercicio de la responsabilidad de crianza, teniendo las modalidades de: colocación familiar o en entidad de atención, la tutela y la adopción, siendo ésta última la única capaz de crear parentesco.

La LOPNNA, señala como sujetos aptos e idóneos para efectuar adopción a cualquier persona individualmente considerada y de forma conjunta por los matrimonios o parejas conformadas por un hombre y una mujer que mantengan una unión estable de hecho (Art. 411 de la LOPNNA). También se debe tomar en cuenta que una mujer puede someterse a un método de reproducción asistida o tratamiento de fertilidad para ser madre sin que se pueda acreditar una filiación paterna, pero se debe tener presente que hasta ahora en Venezuela no se contempla la adopción por personas del mismo sexo sino a las que son heterosexuales y de sexo diverso, con lo cual no podrían los homosexuales utilizar este método para tratar de adoptar o tener hijos.

La adopción no debe ser entendida en principio como el derecho de una pareja a la misma, sino como una institución de protección para el niño, niña y adolescente privado de su familia de origen y que tiene presente el interés superior de éstos. No obstante, la adopción conjunta implica la reproducción por vía legal del modelo de la filiación biológica, en cuanto a la complementareidad de

²⁷⁰ Con la LOPNNA se eliminó la adopción simple, y el requisito de 3 años de casados.

²⁷¹ Se le ha criticado a esta definición que: a) la colocación familiar y la tutela, en sí y de por sí, no determinan vínculo legal alguno de familia entre las personas a que se refieren; y b) que respecto a la adopción, dicha definición no incluye a sus padres si el adoptado es de mayor edad, a pesar de que en tales casos también determina vínculo legal familiar (Art. 408 LOPNNA). Así lo dice **LÓPEZ HERRERA, Francisco**, *Op. Cit.*, pp. 35-36.

los sexos y el matrimonio como base de la constitución de la familia. Por ello, el legislador es quien establece los presupuestos y condiciones que permiten a las personas que puedan adoptar, así como los criterios de idoneidad para la protección y desarrollo de los menores.²⁷² Por esto, en la búsqueda de garantizar una educación y desarrollo adecuado del menor en su nueva familia es que se efectúan informes psicológicos que valoran las características de la pareja, la estabilidad personal, emocional y económica de la misma, pero también influyen factores externos que basándose tal vez en prejuicios hagan tener una percepción negativa por parte de los profesionales que hacen las evaluaciones, de los jueces, los legisladores y de la comunidad en general hacia los transexuales e intersexuales en cuanto a su capacidad para adoptar, percepción que parece estarse transformando tanto en Venezuela como en el mundo.

Los avances en las percepciones para considerar a parejas aptas para la adopción no han sido estáticas sino cambiantes, siendo que anteriormente no se consideraban idóneas a las parejas de hecho heterosexuales (Ley de Adopción), lo cual fue modificado en la LOPNNA, al considerarlas parejas estables, por lo que nada hace pensar que en un futuro también se consideren a los transexuales y homosexuales aptos para efectuar una adopción de manera expresa. En igual sentido ocurriría con la figura del abrigo o acogimiento de los niños niñas y adolescentes.

En tal sentido si los especialistas como los psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, educadores, etc., a través de diversos estudios científicos llegan a la conclusión de acreditar la capacidad de adoptar a los transexuales e intersexuales y la no afectación de los menores, no debería existir ningún impedimento jurídico en reconocer la patria potestad y la capacidad de adopción de estos.²⁷³

²⁷² De este modo, si una concepción social mayoritaria establece nuevas condiciones y requisitos, esto puede llevar al legislador a cambiar las existentes, y considerar qué circunstancias personales como que parejas en las que exista el transexualismo u homosexualismo, son idóneas o aptas para adoptar, así como se eliminó la exigencia de que las parejas o matrimonio debían tener por lo menos tres años juntos para adoptar.

²⁷³ Se debe tomar en cuenta que las parejas heterosexuales y las personas individualmente pueden padecer problemas sociales, económicos y psicológicos que pueden afectar su capacidad de adopción e incluso su condición de padre, que llega incluso a acarrear que el Estado asuma la

De la misma forma, si se llegará a dar un reconocimiento administrativo, judicial o legal a los transexuales o intersexuales que efectúen una reasignación de género, para otorgarle todos los derechos del nuevo sexo, estos solos o con su pareja (casada o en unión estable de hecho), podrán adoptar sin ningún inconveniente, ya que se considerará que la pareja adoptante está compuesta por un hombre y una mujer.

Por lo tanto, deberán cumplir con los demás requisitos para adoptar y ser adoptado (Art.(s) 408 al 424 y 429 de la LOPNNA); contar con los consentimientos de ley (Art.(s) 414 a 417 *eiusdem*), pasar por el período de prueba (Art.(s) 422 a 424 *ibidem*). Así, la nulidad se decretará cuando se produzca la violación de las disposiciones respecto a la capacidad, impedimentos o consentimiento (Art.(s) 408 a 414 de la LOPNNA); cometan infracción de las normas sobre el período de prueba (Art. 422 *eiusdem*); por existir algún error en el consentimiento sobre la identidad del adoptante o del adoptado (Art. 509 *ibidem*); o con la violación de cualquier otra disposición de orden público (Art. 509 de la LOPNNA).

De este modo, estas parejas adoptantes deberán tener el asesoramiento a los progenitores (Art.(s) 493-A y C de la LOPNNA), pasar por los informes periódicos sobre niños, niñas y adolescentes (Art.(s) 131, 132, 145 y 493-D *eiusdem*), los informes de adoptabilidad y el auto de adoptabilidad (Art.(s) 420, 493-E y F de la LOPNNA), el emparentamiento técnico (Art.(s) 493-G, J y L LOPNNA), el intercambio de información entre las oficinas de adopciones (Art. 493-I *ibidem*), el emparentamiento personal (Art. 493-N de la LOPNNA), el período de prueba (Art. 493-O de la LOPNNA), y someterse al seguimiento del período de prueba (Art.(s) 422, 423, 449, 493-Q de la LOPNNA).

En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico no tiene un mandato expreso o tácito que regule lo relacionado a la adopción de niños y adolescentes por parte de personas con conductas sexuales (homosexualismo) o condiciones distintas a las usuales en la sociedad (intersexuales, transgéneros y transexuales),

protección del niño y le asigne un nuevo hogar, siendo todo ello independiente de su condición sexual. Incluso, en el caso de los transexuales, una vez que han logrado el cambio legal de su sexo e incluso la reasignación quirúrgica del mismo, obtienen mayor tranquilidad psicológica, dejando atrás el sentirse en un cuerpo extraño.

lo que se puede observar es que la Constitución (Art. 75 de la CRBV) pone de relieve o prioridad especial el interés de los adoptados y no de los adoptantes, lo cual se ve reflejado a su vez en la LOPNNA.²⁷⁴

Otro punto interesante, es el de las adopciones internacionales, es decir, aquellas que se han efectuado en Venezuela por extranjeros (Art. 407 de la LOPNNA) o que se realizaron ya sea por nacionales o no el extranjero según la legislación del país en el que adoptaron. Al respecto se debe tomar en cuenta que la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, suscrita por Venezuela el 24 de mayo de 1984, establece que tanto las adopciones que se ajustan a dicha Convención, ya sean adopciones internacionales o virtualmente internacionales (Art. 5), así como las que se otorgan de conformidad con el derecho interno (Art. 25) surten efectos de pleno derecho en los Estados Partes, por lo que no requieren del procedimiento de exequátur para surtir efectos.

En este sentido, si un transexual o intersexual que ha procedido según la legislación del país extranjero a producir un cambio registral y documental de su sexo y situación como persona (independientemente de que tenga la nacionalidad venezolana), siendo considerada como tal a la del sexo adquirido, si ésta adopta en el extranjero, dicha adopción debe ser considerada plenamente válida en Venezuela, no pudiéndose invocar un orden público internacional, ya que en todo caso existiría un orden público atenuado, ya que de conformidad con la LDIP, lo que rige es el lugar del domicilio y si su domicilio se encuentra en el país que permite dichas actuaciones, estas son legalmente válidas y eficaces. De igual forma, si un extranjero transexual (casado o no) que ha efectuado su cambio legal de sexo en su país de origen o domicilio, viene al país a adoptar, se le ha de considerar como del sexo adquirido y el matrimonio válido y capaz de adoptar.

La sociedad y la familia en Venezuela tienen una corresponsabilidad junto con el Estado, a los fines de evitar los antiguos esquemas proteccionistas

²⁷⁴ Alberto Baumeister Toledo, considera que no deben autorizarse este tipo de adopciones. **BAUMEISTER TOLEDO, Alberto.** *Algunas consideraciones sobre los efectos de ciertos patrones de conducta sexual frente al ordenamiento jurídico venezolano.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 313-326.

vinculados al concepto de situación irregular, que tiene deficiencias materiales, ambivalencias socio-jurídicas e injusticias contra la niñez y la adolescencia, siendo que la familia sustituta y sus modalidades de colocación familiar, adopción y tutela, tienen que ver con la protección integral a los menores de edad que carezcan de su medio familiar, permitiendo a la sociedad actuar de manera solidaria, para de esta manera permitirles desarrollarse como personas en un ambiente acorde a su situación de vida.

La familia sustituta distinta a la de origen funge como una unidad de apoyo para la protección de los niños y de los adolescentes, con funciones transitorias o permanentes de protección con vista a la tutela, la colocación familiar o en entidades de atención (según el Art. 75 CRBV y Art.(s) 394, 394-A y 395 de la LOPNNA)

El concepto de familia originaria está en el Art. 345 de la LOPNNA, lo que difiere de lo que se había entendido como familia, siendo más amplio, ya que involucra más allá de los parientes directos o familia nuclear incluyendo a otros descendientes y colaterales, siendo lo ordinario que los niños vivan con su familia (Art. 26 de la LOPNNA y el Art. 20 de la Convención de los Derechos del Niño), salvo cuando sea imposible vivir con ésta o sea contrario a su interés superior ya que se afecta la patria potestad de los padres, ante lo que se crea por ficción a la familia sustituta. Entre estos familiares podrían encontrarse transexuales o intersexuales, siendo que dicha condición estimamos no debe ser un impedimento para ejercer la responsabilidad de crianza frente a otros familiares o terceros, salvo que el equipo multidisciplinario dictamine otra cosa, pero no por su condición sino por otros factores.

Las características de la familia sustituta son que: 1) priva a los niños y adolescentes de su medio familiar de origen, 2) surge de forma excepcional, 3) debe mediar la decisión de un órgano judicial, y 4) puede ser de carácter permanente o temporal. De allí se dan tres modalidades que son: 1) la tutela (Art. (s) 301 a 381 del. CC y Art.(s) 726 y ss. del CPC), 2) la colocación familiar, en familias sustitutas o en entidades de atención (128 de la LOPNNA), y 3) la adopción (Art. 406 y Art.(s) 493 y ss. de la LOPNNA)

La colocación familiar, es una manera transitoria en que se crea un ambiente familiar de reemplazo para el niño y el adolescente mientras se discute si regresa a su familia de origen, es un período de transición excepcional, hasta tanto los padres recuperen la titularidad de la patria potestad o el ejercicio de la guarda. Así se puede dar la medida de protección de abrigo (127 de la LOPNNA), cuando no procede la tutela. En estos casos, el juez debe analizar cada caso particular y tomar en cuenta a los padres y el equipo multidisciplinario (Art. 179 de la LOPNNA), pudiendo ser otorgada a una persona, a una pareja de cónyuges,²⁷⁵ o una pareja que tenga una unión de hecho.²⁷⁶

Por otra parte el Art. 405 de la LOPNNA, establece quienes pueden solicitar la revocación de la colocación familiar, inclusive los menores lo pueden hacer, también se puede pedir responsabilidades por parte del ministerio público si se comete en este proceso un hecho punible (Art.(s) 87 y 170.c de la LOPNNA), quienes a su vez también pueden solicitar le sea otorgada la colocación. Así, tal como ya hemos mencionado los transexuales al considerarse pertenecientes al nuevo sexo y con todos los derechos que ello conlleva, podrían solicitar la revocatoria de la colocación o que les sea otorgada; incluso independientemente de dicho reconocimiento, estimamos que si son los padres biológicos del menor estos podrán solicitar la revocatoria de la colocación si ello va en pro del interés superior del niño.

En este sentido, queremos destacar el caso de María Belén Ochoa (Transexual), en Argentina que obtuvo la guarda definitiva, de la provisional que ya tenía desde hace dos años de los niños que ya se encontraban al cuidado de esta

²⁷⁵ Considera Haydée Barrios citada por **DELGADO, María Mónica**. *La familia sustituta. Labor transitoria o permanente de protección*. Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 241. Maracaibo, Venezuela. 2002, pág. 181, que se desprende de la ley que debe ser una pareja casada y quedan excluidos de la colocación familiar a las parejas que tengan uniones de hecho y las integradas por personas del mismo sexo.

²⁷⁶ **DELGADO, María Mónica**. *Op. Cit.*, pp. 181-182, estima que el Art. 77 de la CRBV da similares beneficios a este tipo de parejas como a las que poseen vínculos matrimoniales, aunado al Art. 767 del CC y Art.(s) 394, 394-A y 399 LOPNNA, que permiten que se ejerza por una persona la colocación familiar y que la familia sustituta puede estar conformada por una persona o más, con lo cual al ser las uniones de hechos similares en su conducta y convivencia a las familias creadas por matrimonio, no debe existir impedimento para otorgarles la colocación familiar. Sin embargo, considera también que con fundamento a estas mismas disposiciones no es posible otorgar la colocación familiar a parejas del mismo sexo, ya que las normas mencionadas hablan de parejas conformadas por un hombre y una mujer.

persona, relativas a una niña de 4 años y de su hermano, de 7, que estaban a su cuidado desde hacía cuatro años porque sufrían maltrato familiar, estado de abandono, falta de cuidados médicos y desidia, tal decisión la tomó el juez del Juzgado Federal de Río Cuarto, el 26 de diciembre de 2009, con participación de asistentes sociales, que hicieron un seguimiento permanente, a cargo de profesionales técnicos, se contó con la colaboración de la médica del dispensario, de la pediatra Matilde Glineur Berne, y también se mantuvo contacto con miembros de la pequeña comunidad de Holmberg donde habitan. Incluso, el juez del tribunal indicó que si bien la eventual adopción es facultad de la justicia civil, se declaró partidario de concedérsela, sobre todo por los antecedentes reunidos en la causa.²⁷⁷

Estimamos que después de la reasignación de sexo y de la aprobación del cambio registral, el transexual debería gozar de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo registral con lo cual le ampararía el derecho a constituir una relación paterno-filial por medio de la técnica jurídica de la adopción.

Se estima que el transexual podría adoptar siempre que el juez lo considere conveniente y que sea adecuado el transexual para desempeñar dicha responsabilidad. Es decir, el juez decide, con el apoyo del equipo multidisciplinario.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta, es el relativo a las adopciones internacionales, como aquellas que se han efectuado en Venezuela por extranjeros (Art. 407 de la LOPNNA) o que se realizaron ya sea por nacionales o no el extranjero según la legislación del país en el que adoptaron. Sobre este punto se debe tomar en cuenta que la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, suscrita por Venezuela el 24 de mayo de 1984, establece que tanto las adopciones que se ajustan a dicha Convención, ya sean adopciones internacionales o virtualmente internacionales

²⁷⁷ Por el abandono de sus hijos, el juez dijo que la madre biológica perdió la patria potestad y que "los chicos son hoy responsabilidad absoluta de María Belén". Además, hace un año falleció el padre de los menores. Consultado el 29/03/2011, en <http://www.brujipedia.com.ar/%C2%BFestaremos-madurandotravesti-obtiene-guarda-de-menores/>, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1241664, y <http://www.carlaantonelli.com/notis-10032010-otorgan-custodia-dos-menores-mujer-transexual-argentina.htm>.

(Art. 5), así como las que se otorgan de conformidad con el derecho interno (Art. 25) surten efectos de pleno derecho en los Estados Partes, por lo que no requieren del procedimiento de exequátur para surtir efectos.

Por ello, si un transexual o intersexual que ha procedido según la legislación del país extranjero a producir un cambio registral y documental de su sexo y situación como persona (independientemente de que tenga la nacionalidad venezolana), siendo considerada como tal a la del sexo adquirido, si éste adopta en el extranjero, dicha adopción debe ser considerada plenamente válida en Venezuela, no pudiéndose invocar un orden público internacional, ya que en todo caso existiría un orden público atenuado, ya que de conformidad con la LDIP, lo que rige es el lugar del domicilio y si su domicilio se encuentra en el país que permite dichas actuaciones, estas son legalmente válidas y eficaces. De igual manera, si un extranjero transexual (casado o no) que ha efectuado su cambio legal de sexo en su país de origen o domicilio, viene al país a adoptar, se le ha de considerar como del sexo adquirido y el matrimonio válido y capaz de adoptar.

Estimamos que después de la reasignación de sexo y de la aprobación del cambio registral, el transexual debería gozar de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo registral con lo cual le ampararía el derecho a constituir una relación paterno-filial por medio de la técnica jurídica de la adopción. Por lo tanto, se estima que el transexual podría adoptar siempre que el juez lo considere conveniente y que sea adecuado el transexual para desempeñar dicha responsabilidad. Es decir, el juez decide.

La ley alemana del *Transsexuellengesetz* señala que los transexuales poseen los mismos derechos y obligaciones de las personas de su mismo sexo legal, siempre que reúnan los requisitos legales y los consentimientos preceptivos que marca el Código Civil.

También se facilita la adopción conjunta de niños y niñas a parejas del mismo sexo en países como Holanda en el 2001, Sudáfrica en 2002, Suecia en 2003, España en 2005, Reino Unido en 2005, Islandia en 2006 y algunas zonas de Australia y Estados Unidos de América del Norte. Recientemente, en octubre de 2009 se aprobaron las modificaciones sobre adopciones al Código de la Niñez y

Adolescencia, regulando el proceso y permitiendo el acceso a la adopción a parejas concubinarias, lo cual facilita la adopción a personas del mismo sexo.²⁷⁸ Algo similar ocurre con el Código Civil del D.F, de México modificado en diciembre de 2009 y que entró en vigencia en febrero de 2010, que permite el matrimonio sin requisito de disparidad de género y la adopción conjunta, algo similar a lo que ocurre en Uruguay con la Ley de Parejas de Hecho de 2008. También Colombia por vía jurisprudencial siendo la primera la sentencia C075-2007, reconoció plenos e iguales derechos a las parejas del mismo sexo y de diferente sexo, así como en Argentina y Brasil. En Ecuador con la Constitución de 2008 este reconocimiento igualitario está reconocido constitucionalmente.

El principal argumento que se ha empleado para negar el derecho a adoptar a los transexuales ha sido el posible perjuicio que, dada su condición personal y social, podría causarse al adoptado, pero a pesar de que esto puede suceder, resulta peligroso e injusto tal negación, pero teniendo siempre en cuenta el beneficio e interés superior del niño, niña y adolescente a ser adoptado, siendo que la idoneidad deberá ser valorada por los órganos correspondientes. La condición de transexual de una persona no se puede considerar *a priori* razón suficiente para excluirle del cuidado legal de un menor de edad.

1.4 Las relaciones paterno-filiales.

El principio de participación y corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad en la protección integral de los niños y adolescentes se encuentra consagrado en los Art.(s) 78 y 135 de la CRBV, los Art.(s) 4, 4-A, 5 y 6 de la LOPNNA, y los Art(s) 5, 18 y 30 de la CDN.

Debemos tener presente que muchas y variadas son las posibilidades que se pueden presentar. En este sentido es indudable el hecho de que un transexual puede tener descendencia antes del cambio de sexo y si se le reconoce el correspondiente cambio de la mención registral de sexo, sería otro factor a tomar en cuenta. En este caso nos podemos encontrar que existe filiación con anterioridad a la reasignación de sexo y el correspondiente cambio de la mención

²⁷⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Elementos conceptuales, psicosociales y políticos para una política de defensa y protección de los derechos humanos de las Minorías Sexuales*. Serie Derechos Humanos. Fundación Juan Vives Suriá. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 57-58.

registral, en cualquiera de las distintas posibilidades (naturales o no: generación, reproducción asistida, adopción) y en cualquiera de las fórmulas legales (matrimonio, extramatrimonial, soltera/o, pareja de hecho). En este caso exista o no el cambio en el registro del sexo, la filiación existente no se puede anular ni desaparecer, la misma subsistirá.

Otro caso sería si existiera una filiación natural generada antes de la reasignación de sexo, pero aún no determinada, ya que si es determinada antes de la reasignación de sexo, no existiría ningún percance. En este caso se deberá interponer los correspondientes juicios de reconocimiento de la paternidad, maternidad o filiación correspondiente de conformidad con el Código Civil, la LOPNNA y la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad. En este caso la filiación se genera y determina después de la reasignación de sexo.

Se podría pensar en casos aún más complicados como el del transexual que cambia de hombre a mujer, de estado civil soltero, que antes de la reasignación de sexo, dona esperma. Igualmente estaría el caso del transexual que cambia de mujer a hombre, de estado civil soltera, que antes de la reasignación sexual, dona sus óvulos. En estos casos dicho esperma y óvulos, pueden ser utilizados para técnicas de reproducción asistida.

Puede darse el caso de un transexual que cambia de hombre a mujer que se encuentre casado o en una unión estable de hecho, que done su esperma a la reproducción asistida de una mujer para ser fecundada después de su muerte.

Del mismo modo puede ocurrir que en este caso o en el de la mujer que cambia a hombre, después de la reasignación sexual, se case o conviva con un hombre o una mujer. Aquí se podrían dar varias opciones como que la esposa o conviviente sea fecundada por un tercero, con consentimiento del transexual; que la esposa o conviviente sea fecundada por un tercero, sin consentimiento del transexual; o que se produzca una gestación por sustitución, donde el óvulo del transexual sea fecundado por un tercer donante para que sea implantado en el útero de la mujer que ahora es su esposa o pareja estable tras la reasignación sexual.

Acá observamos cómo nos encontraríamos con una maternidad genética (la del transexual), una maternidad gestante (esposa o conviviente), para todos estos supuestos deberíamos tomar en cuenta las normas de los Art.(s) 57, 199, 202 del CC, que hacen evidenciar que el parto da la maternidad y la filiación. En este sentido la mujer gestante y que pare al bebé, que es una mujer distinta a la pareja, deberá dar su consentimiento para la adopción del niño una vez que éste nazca, ya que no podrá dar su consentimiento antes del nacimiento del niño, porque hasta el momento del alumbramiento no existe una criatura como tal que pueda darse en adopción, por lo que cualquier convención, renuncia o adopción antes del nacimiento sería nulo, donde la posesión de estado y el interés superior del niño juegan un papel importante para determinar la misma.

Aún más complicado sería el caso de un transexual que cambia de mujer a hombre que se case -en caso de permitirse- o conviva con un transexual que cambia de hombre a mujer. En este caso no hay posibilidad de constituir una relación de filiación por técnicas de reproducción asistida puesto que ninguna de las dos personas, (al estar seguramente esterilizadas) podrían concebir un hijo. En este caso la filiación sólo puede producirse por adopción o que previamente a la reasignación de sexo ambos hubiesen guardado su semen y óvulos para posteriormente alquilar un vientre en el cual colocar una fertilización que se efectuara en probeta o in vitro.

En definitiva, las relaciones paterno-filiales entre el transexual y su descendencia se mantendrán de la misma manera después de la reasignación sexual. Es decir que un transexual que cambia de hombre a mujer, seguirá siendo el padre de la descendencia previa a su reasignación de sexo, y viceversa. Incluso podrá ser padre o madre adoptivo luego de la reasignación o tener descendencia posterior de conformidad con lo que hemos estudiado en el presente capítulo, existiendo también un nexo filiatorio.²⁷⁹

Otra cuestión es que como se puede o no estar casado para que se produzca la reasignación de sexo, el juez es a quién corresponde otorgar la patria

²⁷⁹ En este sentido se ha pronunciado e inclinado la jurisprudencia francesa tal como lo indica la sentencia del tribunal de París de 2 de julio de 1998, mencionada por **TEYSSIÉ, Bernard**. *Op. Cit*, p. 184.

potestad y el régimen de visitas y contactos, estableciéndolo en la sentencia de separación o divorcio, guarda y custodia y demás instituciones involucradas, o régimen de convivencia familiar y responsabilidad de crianza.

En derecho comparado, nos llama la atención el caso de la Audiencia Provincial de Sevilla, que en auto de 14 de junio de 1999, otorgó la guarda y custodia de un menor a su guardador de hecho y de condición transexual frente a sus abuelos.²⁸⁰

En cuanto a las menciones registrales de terceras personas, como los hijos anteriores del transexual, en lo que se hace referencia al sexo consignado inicialmente, se plantea el problema de si debe o no modificarse, en el sentido de constar el nuevo sexo y nombre del progenitor transexual o, por el contrario, si se han de mantener las menciones antiguas, por lo que el cambio es como si no hubiera tenido lugar para los hijos o cónyuge del transexual, en términos registrales. Esto guarda relación con el principio registral de concordancia del registro con la realidad. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se podría producir un problema con la doble paternidad o maternidad. El problema es que se pondría una nota marginal de referencia en el folio registral del nacimiento del hijo, pero no se extendería a nuevo asiento, otra solución sería no hacer mención alguna, como hace Alemania con la *Transsexuellengesetz* y la *Gender Recognition Act*, así como la Ley belga de 1 de febrero de 2008. También el TEDH en su sentencia X, Y, Z contra el Reino unido del 22 de abril de 1997, se admitió que un transexual pudiera asumir el rol de padre del hijo de la mujer con la que convivía, dándole incluso los apellidos, pero confirma la negativa de dicho Estado en cuanto a la constancia de la paternidad en el Registro Civil por su condición de transexual.

Sin embargo, la legitimidad de la nueva mención al margen del acta de matrimonio o de las actas de nacimiento de los hijos sería dudosa por dos razones: 1) porque la decisión sería constitutiva y no tiene efectos retroactivos, siendo que los cambios tienen efectos para el futuro y, por tanto, no eliminan retroactivamente las menciones de los nombres y sexo anterior que afecten a

²⁸⁰ GARCÍA GARCÍA, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 234.

otras personas relacionadas con el transexual y, 2) esta solución supondría un atentado grave a la vida privada del cónyuge o los hijos, sería un efecto que trascendería de la intimidad de una persona para afectar a otra, con lo que se observa la inadecuación de las normas registrales vigentes a las nuevas situaciones que se producen en la vida jurídica extrarregistral.

2. Derecho sucesorio.

La sucesión implica ocupar el lugar de otra en la adquisición de sus derechos y obligaciones, usualmente cuando ésta fallece. Esta puede ser universal (sobre todos los bienes, derechos y obligaciones) o particular (sólo sobre parte de los bienes y derechos). Así el derecho sucesoral son las normas jurídicas, principios e instituciones que regulan esta transmisión del patrimonio a los herederos o causahabientes.

La sucesión legítima, intestada o *ab intestato*, es aquella que opera por mandato de la ley en base a un llamamiento legítimo, sin que intervenga la voluntad del causante expresada en un testamento (por no existir o por ser declarado nulo).

La herencia es la institución del derecho sucesoral que alude al patrimonio que deja la persona que fallece y que se va a transmitir a su vez a las personas autorizadas por testamento y/o por la ley para recibirlo.

La delación es el llamamiento de la ley o del causante, a la herencia para que la acepte o la rechace (repudie) la herencia (Art. 807 del CC).

Por lo tanto, los transexuales y los intersexuales, por el sólo hecho de ser personas tiene derechos a suceder, ser sucedidos, heredar y participar en todos los aspectos relacionados con esta institución, gozando de los derechos y deberes que de ella se generan.

Así, gozan de derechos y tienen deberes sucesorales, por lo que participan en el orden de suceder con las implicaciones de las capacidades e incapacidades que se establecen (Art(s). 808 al 813 y 822 al 832 del CC), así como tienen el derecho de representación (Art.(s) 814 al 821 del CC), ya que como hemos visto en los puntos anteriores, la filiación tanto de manera ascendente como descendente no se pierde, sino que por el contrario, ésta se mantiene.

Por ende, independientemente de su condición de transexual o intersexual, estos son capaces de heredar si cumplen con lo establecido en los Art.(s) 808 y 839 del CC, ya sea de manera intestada o testada. En este sentido, serán incapaces cuando incurren en alguno de los supuestos de hecho establecidos en los Art.(s) 17, 201 al 212, 441, 442, 809 en relación al 840, 810, 811, 816. 953 en relación al 994, 434 y 438, y 1.011 del CC, relativos al derecho del no concebido, del nacido muerto, del premuerto, de la ausencia, de la indignidad, la exclusión entre los ascendientes y la prescripción.

De igual manera, el hecho de que una persona por su condición de transexual o de intersexual, decida proceder a un procedimiento de reasignación de género y pida que se adecúe su documentación y condición legal con su situación nueva y esta se conceda o no, esto no puede considerarse como un acto de indignidad a los fines de quedar excluido de la posibilidad de heredar, ya que dentro las causales de indignidad, que son taxativas, no se encuentra esta causal sino solamente las establecidas en el Art. 810 del CC, vinculado a los Art.(s) 262, 272, 299, 300, 383, 507, 812, 813, 1.278 y 1.977 *eiusdem*, referentes al haber perpetrado y intentar perpetrar un delito con pena de prisión superior a seis meses en la persona de cuya sucesión se trate; haber sido declarado adúltero con el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate; y el no haber cumplido con la obligación de prestar alimento con respecto a los familiares a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello; los cuales ninguno encuadra en una exclusión del transexual o del intersexual por haberse sometido al cambio o adecuación de sexo.

En este sentido, se les debe respetar la legítima (parte indisponible o reserva legal) establecida en los Art(s) 883 al 887 del CC, entendida como la porción de la herencia o patrimonio de la que el testador no puede disponer libremente por asignar la ley a determinados herederos una cuota de la misma, ésta es sustraída en interés de la familia y escapa de la autonomía de la voluntad, siendo la parte del total que ha de dividirse en partes iguales entre los herederos forzosos sin diferencia, gravamen, condición o mejora. Del mismo modo, el transexual o intersexual no puede al momento de testar incumplir con esta

obligación, mucho menos aduciendo que ahora se trata de otra persona, ya que no es así, sino que existe continuidad de la persona, solamente que con ciertas modificaciones y cambios en cuanto al sexo y el nombre, pero no en relación al individuo como ente identificado y definido en sus relaciones familiares.

Los intersexuales y transexuales son capaces de testar, mediante testamento (Art.(s) 833 al 882 del CC), que es un acto unilateral y espontáneo, solemne, escrito, de última voluntad o mortis causa, esencialmente revocable, por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación según las reglas establecidas por la ley.

En cuanto a la posibilidad de recibir por testamento, ya mencionamos que mantienen sus capacidades y las únicas incapacidades que le son aplicables son las mismas que existe para recibir herencia de manera intestada, ya mencionadas, y las establecidas en los Art.(s) 839, 841 en relación al 1.144, 844, 845 y en vinculación al 887, 846, 847 y 848 del CC.

De este modo, los derechos y deberes transmisibles respecto a la propiedad son los que establece el Art. 796 del CC, y mediante la posesión los establecidos en el Art. 781 del CC; así como los vínculos obligacionales en los cuales el causante era acreedor o deudor.

Son intransmisibles para todas las personas, incluyendo los transexuales y los intersexuales, los derechos personalísimos contemplados en la CRBV, así como los civiles inherentes sólo al individuo, los derechos y deberes políticos; los derechos y deberes de asociación, reunión, protección por parte del Estado, etc., el reclamar y suministrar alimentos (Art. 298 del CC); los vinculados a las relaciones familiares como el deber de mantener, educar e instruir a los hijos menores (Art. 282 del CC); derecho de usufructo (Art. 619 del CC) y derecho de uso-habitación (Art. 631 del CC). Hay excepciones como la de los Art.(s) 170, 207, 228, 299 del CC. No se transmiten los contemplados en los Art(s). 1.640 y 1.641 del CC sobre arrendamiento de obras y las relaciones jurídicas *intuito personae*, los relacionados con el contrato de sociedad (Art. 1.673 ord. 3 del CC); y los

deberes y derechos relacionados con el contrato de mandato (Art. 1.704 ord. 3 del CC).

En cuanto al concubinato y los derechos sucesorales que se generan, debemos reiterar lo mencionado en los párrafos anteriores, pero en caso de reconocerse este tipo de uniones de hecho, sería plenamente aplicable lo establecido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.682 del 15 de julio de 2005, que reconoce el derecho de heredar del concubino sobreviviente tras cumplir con ciertos requisitos allí establecidos.

De igual manera, los transexuales e intersexuales tienen el derecho de recibir la herencia a beneficio de inventario o separación de patrimonios del *de cuius* y del heredero (Art.(s) 1.049 al 1.059 del CC); tienen derecho a acrecer (Art.(s) 942 al 950 *eiusdem*); a gozar de la institución del albaceazgo (Art.(s) 967 al 985 *ibidem*); a pedir la revocación e ineficacia del testamento (Art.(s) 951 al 958 del CC); pedir la partición de la herencia (Art.(s) 759 al 770 y 1.066 al 1.082 *eiusdem*); a solicitar la colación e imputación (Art.(s) 1.083 al 1.109 *ibidem*); así como inquirir por la sustitución, las instituciones fiduciarias y legado.

Habiendo observado todo lo anterior, es claro que los transexuales y los intersexuales, hayan modificado o no su condición física y legal a otro sexo, poseen las acciones derivadas de los herederos entre sí como: 1) el cobro de bolívares en caso de incumplimiento de uno de ellos en la obligación de contribuir con su porción a los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes (Art. 762 del CC); 2) de colación tendente a la reconstrucción del patrimonio hereditario; 3) de partición o división de las cosas comunes; y 4) la interdictal de restitución de la posesión (la querrela interdictal de amparo no es procedente entre comuneros). Se debe tener presente que las acciones del propietario como la reivindicatoria, declarativa de certeza, negatoria y de deslinde, no proceden entre comuneros.

Del mismo modo, poseen y son susceptibles de las acciones derivadas de las relaciones de los herederos y los terceros como: 1) de terceros frente a los herederos: A) en caso de que estos se nieguen a cumplir las obligaciones y cargas de la herencia, lo que debe hacerse en proporción a sus cuotas hereditarias, salvo

que el testador haya dispuesto otra cosa (Art. 1.11. del CC); y B) similar el Art. 1.112 del CC respecto a que los herederos están obligados a satisfacer las deudas y cargas hereditarias personalmente, en proporción a su cuota e hipotecariamente por el todo, salvo su recurso, si hay lugar, contra los herederos en razón de la parte con que deben contribuir.; 2) herederos frente a terceros: A) las acciones de los propietarios (reivindicatoria, declarativa de certeza, negatoria y de deslinde) y poseedores (interdictos posesorios y prohibitivos); y B) la acción de petición de herencia Art. 1.001 del CC.

De este modo podemos observar que los transexuales e intersexuales, independientemente de su reasignación quirúrgica y legal de sexo, siguen poseyendo tanto activa como pasivamente todos sus derechos y obligaciones sucesorales, sin que estos desaparezca, salvo por lo previsto expresamente en la ley para todos los casos en general.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO III.

Es muy difícil establecer un concepto de familia válido para todas las épocas y en todos los lugares, al ser un fenómeno natural y universal, no inmutable; que se ha transformando a través de los siglos, de las civilizaciones, de las costumbres de los pueblos, los cambios sociales y culturales que influyen en este concepto que se ha venido abriendo a organizaciones familiares de distinta índole, en lo cual ha influenciado los avances científicos en el entendimiento de sus instituciones.

Hasta ahora, no existe el matrimonio de orientación sexual diversa en Venezuela, fundamentado en el doble objetivo biológico y social. Actualmente según la doctrina nacional mayoritaria y la jurisprudencia de los tribunales (incluyendo la Sala Constitucional), el derecho al matrimonio es privativo de las parejas heterosexuales. Sin embargo, existe la necesidad de ofrecer un estatuto legal y beneficios sociales a aquellas parejas de hecho, heterosexuales o de orientación sexual diversa, que lo deseen, pero mientras ello no ocurra el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia en Venezuela están desfasados y desactualizados con respecto a esta nueva realidad social y los avances científicos que los desborda.

Tanto la Constitución como el Código Civil hacen alusión a una diversidad de sexo para contraer válidamente matrimonio, estableciéndolo como un requisito de fondo y un impedimento dirimente absoluto y no convalidable, existiendo un problema cuando un hombre o una mujer, se somete a intervenciones quirúrgicas para modificar su sexo, gracias a los avances científicos. Sin embargo el Código Civil y la legislación venezolana no especifica que debe entenderse por hombre y mujer, por lo que se determinará buscando la información en otros ámbitos como lo biológico, médico-forense, psicológico y otras ciencias.

El considerar la prohibición del matrimonio a personas del mismo sexo no implica la no regularización de su situación de convivencia estable para atribuirles derechos similares a las parejas heterosexuales, ya que el matrimonio no regula simplemente relaciones asistenciales, amicales o sexuales, sino que se basa en la idea de estabilidad social y recambio en la educación de las futuras generaciones, donde el legislador influido por la cultura de su tiempo, debe proteger jurídicamente lo que la sociedad del momento entiende como beneficioso.

Si un transexual o un intersexual que hubiese procedido a la reasignación quirúrgica de sexo sin obtener la respectiva adecuación legal, se casare, el cónyuge afectado podría ejercer la acción de nulidad absoluta del matrimonio, en razón del vicio en el consentimiento, por impotencia, y la falta de diversidad de sexo. Estos vicios podrían también ser alegados en caso de obtener el transexual y el intersexual la correspondiente adecuación jurídica si el cónyuge desconoce la situación previa de su pareja, ya que no contraería nupcias en libertad de conciencia y voluntad.

En el caso de reasignación de sexo física y legal, si ocurre el cambio después de casado no se puede hablar de nulidad del matrimonio ya que al contraer matrimonio no hubo problema de validez y no se puede dar una nulidad sobrevenida, lo procedente es el divorcio por la causal de injurias graves.

No existe una prohibición expresa de la Constitución de este tipo de uniones por lo que el legislador podría -aunque no le es exigible- crear una nueva figura jurídica que lo permita, ya que el derecho al libre desenvolvimiento o desarrollo de la personalidad, y el derecho a la igualdad, son garantías obligan al

legislador a remover o quitar los obstáculos que pueda conseguir y no le obliga a crear nuevas figuras jurídicas, mediante una normativa jurídica que los pueda regular, por lo que el legislador no puede tener prejuicios, para tener una sociedad más justa en donde se superen los miedos a todo aquello que se considera diferente y se sea más tolerante en el reconocimiento efectivo de derechos.

Ante la situación particular que se da en estos grupos, se les debe reconocer jurídicamente el poder cambiar de sexo, para legitimar las consecuencias en orden a la verdad científica, de la justicia y la utilidad social, sobre todo cuando el ordenamiento jurídico venezolano, tiende a no limitar o discriminar los derechos sino todo lo contrario, por lo que situaciones como la transexualidad o la intersexualidad ha de suponer necesariamente una admisión plena de capacidad de obrar como la del sexo adquirido y en lo que se ha convertido, incluso en cuanto a los efectos de poder contraer matrimonio, ya que ello no quebrantaría normas de orden público ni de *ius cogens*, sino que por el contrario se estaría vulnerando el derecho al desarrollo de su personalidad, además de producirse una discriminación por razón de sexo donde el estado civil de las personas no puede ser impuesto por el Estado, aunque pueda establecer sus requisitos.

Al reconocerse legalmente su nueva condición, la heterosexualidad no se rompe ya que el propio derecho es el que señala que debe ser tenido el interesado como propio del sexo contrario.

En cuanto al concubinato se repite lo mismo que ya se dijo para el matrimonio. Por otra parte, se puede establecer otro tipo de unión estable de hecho que no sea precisamente la concubinaria, en la que se le reconozcan ciertos derechos a estas personas.

El transexual o intersexual que haya tenido prole antes de su reasignación de género y el respectivo cambio legal del mismo, no pierde el vínculo ni la filiación con respecto a estos, así como tampoco con relación a sus progenitores. Igualmente, una vez efectuada la reasignación de sexo, si tienen hijos a través de la utilización de cualquiera de los métodos de reproducción asistida podría llegar a ser padres.

En cuanto a la adopción, hasta ahora no se contempla la adopción por personas del mismo sexo sino a las que son heterosexuales y de sexo diverso, siendo que el legislador es quien establece los presupuestos y condiciones que permiten a las personas adoptar, así como los criterios de idoneidad para la protección y desarrollo de los menores. Por esto, es importante eliminar los factores externos que basándose en prejuicios hagan tener una percepción negativa por parte de los profesionales que hacen las evaluaciones para otorgar la adopción hacia los transexuales e intersexuales, sobre todo cuando los avances en las percepciones para considerar a parejas aptas para la adopción no han sido estáticas sino cambiantes, por lo que nada hace pensar que en un futuro también se consideren a los transexuales y homosexuales aptos para efectuar una adopción.

Por ello, si se llegará a dar un reconocimiento administrativo, judicial o legal a los transexuales o intersexuales que efectúen una reasignación de género, para otorgarle todos los derechos del nuevo sexo, estos solos o con su pareja podrán adoptar sin ningún inconveniente, ya que se considerará que la pareja adoptante está compuesta por un hombre y una mujer.

En cuanto a la adopción internacional, si un transexual o intersexual que ha procedido según la legislación del país extranjero a producir un cambio registral y documental de su sexo y situación como persona (independientemente de que tenga la nacionalidad venezolana), si ésta adopta en el extranjero, dicha adopción debe ser considerada plenamente válida en Venezuela, no pudiéndose invocar un orden público internacional, ya que en todo caso existiría un orden público atenuado. De igual forma, si un extranjero transexual (casado o no) que ha efectuado su cambio legal de sexo en su país de origen o domicilio, viene al país a adoptar, se le ha de considerar como del sexo adquirido y el matrimonio válido y capaz de adoptar.

Igualmente, han de poder participar en cualquiera de las modalidades de las familias sustitutas, así como podrían solicitar la revocatoria de la colocación o que les sea otorgada sin son familiares del menor.

En el caso de encontrarnos con una maternidad o paternidad genética (la

del transexual), y una maternidad gestante (esposa, conviviente o tercero), el parto es lo que da la maternidad y la filiación. En este sentido la mujer gestante y que pare al bebé, deberá dar su consentimiento para la adopción del niño una vez que éste nazca, por lo que cualquier convención, renuncia o adopción antes del nacimiento sería nulo, donde la posesión de estado y el interés superior del niño juegan un papel importante para determinar la misma

En definitiva, las relaciones paterno-filiales entre el transexual y su descendencia se mantendrán de la misma manera después de la reasignación sexual. Otra cuestión es que como se puede o no estar casado para que se produzca la reasignación de sexo, el juez es a quién corresponde otorgar la patria potestad y el régimen de visitas y contactos, estableciéndolo en la sentencia de separación o divorcio, guarda y custodia y demás instituciones involucradas, o régimen de convivencia familiar y responsabilidad de crianza.

En lo relativo al derecho sucesorio de manera testada e intestada, los transexuales y los intersexuales, por el sólo hecho de ser personas tiene derechos a suceder, ser sucedidos, heredar y participar en todos los aspectos relacionados con esta institución, gozando de los derechos y deberes que de ella se generan. Así, gozan de derechos y tienen deberes sucesorales, por lo que participan en el orden de suceder, se les aplica el régimen de las capacidades e incapacidades, así como tienen el derecho de representación, se les debe respetar la legítima, pueden testar, recibir la herencia a beneficio de inventario, gozar de la institución del albaceazgo, pedir la revocación e ineficacia del testamento, derecho a acrecer, pedir la partición de la herencia, solicitar la colación e imputación, inquirir por la sustitución, las instituciones fiduciarias y legado, poseen las acciones derivadas de los herederos entre sí y las acciones derivadas de las relaciones de los herederos y los terceros, entre otros.

El hecho de que una persona por su condición de transexual o de intersexual, decida proceder a un procedimiento de reasignación de género y pida que se adecúe su documentación y condición legal con su situación nueva y esta se conceda o no, esto no puede considerarse como un acto de indignidad a los

finde de quedar excluido de la posibilidad de heredar, ya que las causales de indignidad son taxativas, y allí no se encuentra esta causal.

Lo importante es que la modificación del sexo y del nombre del transexual no alteran los derechos y obligaciones patrimoniales y extrapatrimoniales, en donde estarían incluidas las relaciones familiares que no se verían afectadas.

Finalmente, todo lo anterior evidencia la necesidad de la existencia de una regulación expresa que permita dar un orden más claro a todos estos aspectos.

CAPÍTULO IV

DERECHO LABORAL

*Si pudiéramos saber primero en donde estamos y a donde nos dirigimos,
podríamos juzgar mejor qué hacer y cómo hacer las cosas
(Abraham Lincoln)*

1. Generalidades.

En este capítulo no se pretende ahondar con toda la profundidad y detalle, todos los aspectos relativos a las relaciones jurídicas laborales, sino que como en los capítulos anteriores, se pretende efectuar un análisis de los aspectos que consideramos más relevantes, notando cuáles aspectos pueden presentar conflictividad y requieren de una solución jurídica por parte del ordenamiento jurídico ante la realidad fáctica de los intersexuales, transexuales y transgéneros.

Esto toma relevancia cuando observamos que el trabajo es entendido como una función social²⁸¹ en el Art. 2.A en la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador contenida en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; se ve también como derecho y deber tal como lo indica el Art. 87 de la Constitución, o como un ejercicio de facultades intelectuales y físicas de manera lícita en beneficio de un tercero o para sí mismo.

Como lo señala Rafael Alfonso-Guzmán *“El sistema jurídico laboral tiene, pues, un carácter tutelar del ser humano que, para vivir y desenvolverse a plenitud, necesita ejercer habitualmente en forma subordinada o dependiente una ocupación remunerada; y su fin inmediato no es otro que hacer posible el ejercicio de esa actividad profesional en condiciones que garanticen la vida, la salud y un desarrollo físico normal, el descanso, la instrucción y el perfeccionamiento profesional; las expansiones lícitas, el resguardo de la moral y de las buenas costumbre y, por último, el goce de ciertos beneficios económicos y sociales conceptuados indispensables para una vida decorosa. Como fines ulteriores, el Derecho del Trabajo persigue la integración de la persona que trabaja en el cuerpo social de la comunidad, para alcanzar con ello su perfeccionamiento armónico, y la*

²⁸¹ Respecto a lo que se ha de entender como función social, se ha discutido mucho y creemos que aún no existe un acuerdo sobre lo que se ha de comprender como tal, así el Art. 89 de la CRBV habla no de función sino de “hecho social”.

regularización de los medios violentos de presión, reconocidos a los sujetos de la relación jurídica para la defensa de sus intereses respectivos."²⁸²

De este modo, en relación al tema que estamos tratando, estas personas también deben poder vivir y desenvolverse a plenitud, ejercer una ocupación remunerada; poder ejercer esa actividad profesional en condiciones que garanticen la vida, la salud y un desarrollo físico normal, el descanso, la instrucción y el perfeccionamiento profesional; gozar de ciertos beneficios económicos y sociales indispensables para una vida decorosa; para de esa manera lograr los fines del derecho del trabajo de integración de la persona que trabaja en el cuerpo social de la comunidad, y alcanzar su perfeccionamiento armónico.²⁸³

²⁸² **ALFONZO-GUZMÁN, Rafael.** *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo (Adaptada a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamentación.* Editorial Melvin C.A. Decimotercera Edición. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 10-11.

²⁸³ Para el 03/07/2009, se presentó ante el Cabildo Metropolitano de Caracas una propuesta de Ordenanza del Distrito Metropolitano de Caracas sobre Políticas Públicas Destinadas a Asegurar la Garantía Plena de los Derechos Humanos de las Personas LGBTTI y a Luchar Contra la Discriminación Indebida por Razón de Orientación Sexual o Identidad de Género en el Ámbito Territorial del Distrito Metropolitano de Caracas, en el que en su Art. 4.4 señala que "*Derechos asegurados de manera especial. En el marco de la acción de inclusión a que se refiere la presente Ordenanza, se establecen, de manera inmediata, las siguientes medidas específicas de protección (...) 4. Se establecen, con vigencia inmediata, políticas concretas con la finalidad de lograr la integración social, escolar y laboral efectiva de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales en situación de marginación, marginalidad, trabajo sexual o pobreza crítica debido a la exclusión que han sufrido socialmente y/o familiarmente, y que como consecuencia de ello tienen un bajo nivel de formación escolar o para el trabajo, y se enfrentan a una dificultad extrema de inserción en el ámbito laboral o educativo. Estas políticas se aplicarán especialmente a las personas transexuales, transgénero e intersexuales, ya que por falta de una identidad legal adecuada se encuentran a menudo en situación de extrema pobreza y de marginación laboral o educativa. A estos fines las personas que se encuentren en la situación descrita en este acápite y que manifiesten su deseo de superar esta condición, particularmente aquellas o aquellos que se dediquen al trabajo sexual, tendrán un derecho preferente al ingreso en centros o programas educativos o de formación para el trabajo organizados por el Distrito Metropolitano de Caracas, así como para obtener los financiamientos y recursos necesarios para insertarse en el mercado laboral a través de iniciativas productivas a través de los mecanismos de financiamiento organizados por el Distrito Metropolitano de Caracas, particularmente si ellas engloban a tres o más personas que se encuentren en esta situación.* Tomado de **NOTICIERO DIGITAL.** *Presentada Propuesta de Ordenanza contra la Homofobia.* <http://www.noticierodigital.com/?p=40045>, consultado el 15/07/2009. Del mismo modo, se debe indicar que previamente Acción Ciudadana Contra el Sida (ACCSI), el 24/06/2008, había presentado un Anteproyecto de Ley de Protección contra la Discriminación Arbitraria por Razón de la Orientación Sexual, Identidad o Expresión de Género y Condición Social y de Salud Asociada al VIH/SIDA, que en su Art. 2 indica que protege a las personas que son generalmente atacadas, segregadas, vulneradas o discriminadas en razón de su orientación sexual y por identidad o expresión de género real o percibida, es decir: lesbianas, homosexuales o gays, bisexuales, transexuales, transgénero, travestis e intersexuales; así como en su Art. 17 indica que se deben

2. El derecho laboral y el derecho a la igualdad y no discriminación.

En la materia laboral, nos interesa para el presente trabajo lo que tiene que ver con la acción positiva (*affirmative action*) o discriminación positiva, acción inversa o discriminación inversa, que se refiere al principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de cualquier circunstancia, incluso por su género, en relación al empleo, la formación, promoción profesional y a las condiciones de trabajo; lo cual redundará también en pro de los principios de igualdad de oportunidades e igualdad de trato.

Todo esto es con la finalidad de evitar cualquier tipo de discriminación y violación al derecho de igualdad, pero en el aspecto laboral. De esta manera, se observa que en grupos con diferentes situaciones y condiciones, requieren de normas y conductas que eviten cualquier desigualdad.

Efectivamente, existe la consagración de estos derechos a la igualdad y a la no discriminación en los Art.(s) 21, 88 y 89.5 de la CRBV, lo que se ve reflejado también en el preámbulo constitucional y en los Art.(s) 1, 2, 19, 57, 95, 103, 111, 326 y 332 *eiusdem*. Con esto, observamos cómo estos derechos constitucionales tienen su incidencia y se reflejan en las normas laborales como los Art.(s) 16.h,

“tomar las medidas inmediatas tendientes a prevenir y hacer cesar los efectos de la Discriminación Arbitraria en contra de las Personas Protegidas por esta Ley en el ámbito laboral,” siendo que en su punto iv) indica que *“Los Poderes Públicos con competencia en el área laboral, actuando en el ámbito de sus competencias respectivas, estarán en la obligación de tomar medidas inmediatas cuando las Conductas Discriminatorias Arbitrarias produzcan o puedan producir por efecto negar, limitar o dificultar indebidamente la libre elección del empleo; o la restricción de oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo; o la restricción o limitación al acceso a los programas de capacitación y de formación profesional en condiciones tales que aseguren el respeto efectivo de los derechos humanos y la dignidad de las Personas Protegidas en razón de su Condición Protegida.*

Se considerarán incluidas especialmente dentro de estas prácticas prohibidas:

(i) El establecimiento, mantenimiento o perpetuación de diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;

(ii) La no incorporación de medidas tendientes asegurar efectivamente el derecho al trabajo de las Personas Protegidas, incluyendo el derecho a de las personas transexuales, transgénero e intersexuales de ser tratadas por su nombre de escogencia, independientemente de su identidad legal;

(...)

(v) El desmejorar, trasladar, despedir o aplicar cualquier otra medida discriminatoria con relación al empleo, a un trabajador o trabajadora debido a su Condición Protegida.

(vi) El maltratar o tolerar que se maltrate físicamente, verbalmente o psicológicamente a un trabajador o trabajadora así como a sus familiares y amistades debido a su Condición Protegida.

(v) El amenazar con aplicar o tolerar que se apliquen medidas discriminatorias de cualquier índole al trabajador o trabajadora debido a su Condición Protegida.

Igualmente existe un Ley de Igualdad y Equidad de Género.

18.7, 20, 21, 27, 129, 227, 275, 290, 346, 353, 357, 358.e, 362.1, 367.11 y 395, así como en la exposición de motivo de la misma, y los Art.(s) 9.e,²⁸⁴ 12, 13, 14, 15, 17.e, 19, 99, 217, 222 y 223 del Reglamento de la LOTTT, y en los Art.(s) 11.7, 56.9 y 59.5 de la LOPCYMAT, que se desarrolla en el ámbito de las relaciones jurídicas de trabajo del asalariado, ya sea de manera individual o colectiva, por lo que toda relación jurídica debe guardar una proporcionalidad en cuanto a las condiciones de las partes (patrono-trabajador) a los fines de evitar cualquier vulneración de derechos fundamentales.²⁸⁵

De este modo, el derecho laboral debe buscar evitar cualquier desigualdad o discriminación vinculada con la ideología, religión, honor, intimidad personal, imagen personal, libertad de expresión, libertad de información, condición social, raza, etnia, discapacidad, sexo u orientación sexual, así como de otros derechos conexos o vinculados. Como lo indica Palomeque López *“El derecho de igualdad en el ámbito de las relaciones de trabajo dispone, por lo pronto, de un doble juego institucional: 1) el derecho de los sujetos laborales [trabajadores, empresarios, sindicatos, asociaciones empresariales] a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos [derecho público subjetivo a la igualdad], que se concreta, a su vez, en una manifestación plural: a) la igualdad en el trato dado por la ley [igualdad en o ante la ley], que limita en dicho sentido la actuación normativa del Estado y también de la autonomía colectiva, y b) la igualdad en la aplicación de la ley, que limita asimismo la actuación jurisdiccional y administrativa del propio Estado; y 2) el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su*

²⁸⁴ Este artículo establece claramente que no se permite discriminación por razones de género o preferencia sexual.

²⁸⁵ Un ejemplo de esta actitud para evitar las discriminaciones en el caso de los transexuales se observa en que en los últimos cinco años, 322 grandes empresas, incluidas Shell Oil y Unilever, han agregado la identidad de género a las clasificaciones incluidas en sus políticas de no discriminación o igualdad de oportunidades, de acuerdo con Human Rights Campaign Foundation, una organización sin fines de lucro que defiende los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales estadounidenses y cuya sede está en Washington, DC. Del mismo modo, doce estados de EEUU prohíben la discriminación laboral por razones de identidad de género, y los tribunales federales favorecen cada vez más a los transexuales que demandan a los empleadores por casos de discriminación. Tomado de un artículo publicado en [cnnexpansion.com](http://www.cnnexpansion.com), el 04/05/2009 por **ZOUHALI-WORRALL. Malika.** *Cuando un empleado cambia de sexo.* <http://www.cnnexpansion.com/mi-carrera/2009/05/03/cuando-un-empleado-cambia-de-sexo>, consultado el 18/07/2009.

*empresario en el seno de la relación de trabajo que les une contractualmente [derecho privado subjetivo a la igualdad].*²⁸⁶

Esta igualdad no es absoluta en todos los aspectos, sino que se debe tratar de una igualdad entre situaciones o hechos iguales,²⁸⁷ ya que así lo establece la propia Constitución, por ende cualquier conducta o norma que evite esa igualdad será nula por inconstitucional, pero ello no implica que se puedan tomar ciertas medidas, dentro del marco constitucional y legal, en protección de ciertos grupos especialmente protegidos (como niños y mujeres, pudiendo incluir ahora a los intersexuales, transexuales o transgéneros). En tal sentido, se dice que el derecho a la igualdad exige dar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones, por lo que aquellas que no se encuentran bajo tales supuestos podrían ser sometidos a un trato distinto, lo que hace posible que haya diferenciaciones legítimas, sin que tal circunstancia signifique alguna discriminación o vulneración del derecho a la igualdad.

En tal sentido, el sexo, género u orientación sexual, considerado de manera individual, no puede ser empleado como un criterio de diferenciación para las relaciones laborales en sus diferentes ámbitos, como el empleo y condiciones de trabajo. Por ende, no se permite discriminación alguna, ya sea de forma directa a través de tratamientos peyorativos abiertos, ya sea de manera indirecta a través de actuaciones encubiertas, según el cual se da un tratamiento aparentemente neutro o no discriminatorio pero en el que en realidad se encubren situaciones perjudiciales para las personas de determinado sexo, orientación o condición sexual.

Incluso en el derecho comparado podemos observar que se establece como delito contra los derechos de los trabajadores, la discriminación por orientación sexual en el empleo público o privado, más específicamente, el Art. 22 del Código Penal español de 1995, en su Art. 314 *eiusdem* castiga con pena de seis meses a dos años de prisión a "*los que produzcan grave discriminación en*

²⁸⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español*. Revista Derecho del Trabajo. Fundación Universitas. N° 2 enero/diciembre 2006. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, 2006, p. 18.

²⁸⁷ En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional en sentencias N° 266 del 17.02.2006, N° 190 del 28.02.2008, N° 1.613 del 22.10.2008 y N° 783 del 12.06.2009, entre otras.

empleo público o privado contra alguna persona."²⁸⁸ También España, posee una expresa prohibición de discriminación laboral por identidad de género en el Art. 14 de la Constitución española y el Art. 17 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.²⁸⁹ Igualmente existe la transposición a la legislación española de la directiva europea 2000/78/CE (DOCE L303, 2 de diciembre) sobre marco general para igualdad de trato y ocupación en el empleo que con la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos de 2004, de hecho se ha introducido en el ordenamiento jurídico español la prohibición expresa de todo tipo de discriminación en el trabajo por razón de orientación sexual, con ello, entre otras cosas, se invierte la carga de la

²⁸⁸ Tomado de **FUNDACIÓN TRIÁNGULO**. *El Capítulo sobre España del Informe de ILGA-Europa*. <http://fundaciontriangulo.es/documentos/informes/InformeILGAEspana.htm>.

²⁸⁹ La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, relativa a medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31-12-2003), conocida coloquialmente como "ley de acompañamiento", modifica numerosas normas legales y reglamentarias, y obviamente también afecta a la materia laboral y de empleo, para incluir las actuaciones contrarias a un trabajador por razón de su orientación sexual como discriminatorias, prohibidas por el ordenamiento jurídico y objeto de sanción. De tal forma, se prohíbe dicha discriminación en el acceso al empleo, o una vez que ya esté empleado (artículo 4.2 c) de la Ley del Estatuto de los trabajadores), en las actuaciones de las agencias de colocación con fines lucrativos (artículo 16.2 LET), y en todo tipo de preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario (artículo 17.1 LET). Además, se considera como nueva causa de despido disciplinario, y por tanto se incorpora al artículo 54.2 g) de la LET, "*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*", siendo importante señalar que serán tramitadas con arreglo al procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, al amparo del artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, las demandas que se presenten por haberse presuntamente producido un tratamiento discriminatorio o acoso al trabajador demandante, y que de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la misma ley, si el demandante aporta indicios fundados de la discriminación corresponderá al demandado la carga de la prueba de que no se ha producido ésta. Estas modificaciones se producen al trasponer al ordenamiento jurídico español interno las Directivas comunitarias 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, respectivamente. De tal forma, el artículo 28, con seguimiento literal de la norma comunitaria, conceptúa como principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón, entre otros aspectos, de la orientación sexual de una persona, y conceptúa igualmente como acoso toda conducta no deseada relacionada con la orientación sexual, "*que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.*" La sección 3ª del Capítulo III del Título II es la más relevante, ya que regula las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo. Por cierto que la norma estatal, tal como posibilita la norma comunitaria examinada y el TCE, permite medidas de acción positiva para corregir situaciones de desigualdad en que se encuentren determinados colectivos, y se hace cita expresa de la posibilidad de adoptar esas medidas "*para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de (...) orientación sexual.*" Tomado de **ROJO TORRECILLA, Eduardo**. *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho*. En **PONÈNCIA A LES XIII JORNADES DE DRET CATALÀ A TOSSA**. <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/4/ert.htm>, consultado el 18/07/2009.

prueba, de manera que es el empleador el que ha de justificar que su actuación es razonable y no discriminatoria, pudiendo llegar la sanción, en caso contrario, hasta los 90.000 euros.²⁹⁰ Por su parte, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DOCE L269, 5 de octubre), modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, incorporando buena parte de la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, entendiendo por tal “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular al estado matrimonial o familiar”. Es importante también, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de octubre de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea.²⁹¹

Del mismo modo la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce la discriminación laboral a causa de la orientación sexual. En su informe titulado: “*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*”; la OIT, reconoce lo que denomina “*nuevas formas de discriminación laboral*”, las cuales no son necesariamente nuevas sino más bien poco reconocidas por los gobiernos del mundo. La OIT ha podido ubicar algunos actos típicos de discriminación laboral por orientación sexual, como son: “155. *Las personas cuya orientación sexual no se ciñe a los modelos establecidos e imperantes pueden ser objeto de violencia verbal, psicológica y física, amén de ser blanco de manifestaciones de odio. La homosexualidad es ilegal en varios países, y en muchos de ellos se pena con castigo corporal o prisión,*” “156. *Los empleados y las empleadas pueden sufrir discriminación en el lugar de trabajo si consta o se sospecha que son lesbianas, gays, bisexuales o transexuales, categorías a las que se hace cada vez más referencia en inglés con el acrónimo ‘LGBT’*”. En tal sentido considera que en

²⁹⁰ Tomado de *Trabajar sin salir de la taquilla. Cuando el trabajo obliga a ocultar la identidad o la orientación sexual*. <http://www.istas.net/pe/num30/articulo.asp?num=30&pag=04>, consultado el 18/07/2009.

²⁹¹ Tomado de **ROJO TORRECILLA, Eduardo**. *Op. Cit.*

materia laboral no debe existir discriminación y deben ser sancionadas las empresas que no contratan personal de la comunidad LGBT o que discriminan a las mujeres por su apariencia y estado civil, por lo que es urgente realizar las revisiones en materia laboral y aplicar criterios contra la discriminación para garantizar el derecho al trabajo y una vida sin violencia para la población LGBT en su conjunto. Se indica también en este informe que hay políticas dignas de seguir como las existentes en Australia, Bulgaria, Canadá, República de Corea, Ecuador, Fiji y Nueva Zelandia, todos los cuales tienen leyes que hacen en términos generales referencia a la no discriminación por orientación sexual o identidad de género; y en otros países hay normas que impiden en forma específica la discriminación laboral hacia las minorías sexuales, como son los casos de Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Israel, Hungría, Lituania, Malta, Noruega, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia y Timor-Leste.²⁹²

En tal sentido, observamos que, el que alguna persona demuestre abiertamente que es intersexual, transexual o transgénero, puede conllevar algunos riesgos, donde el máximo es perder el empleo, pero también se da la situación de que no se despide al trabajador, pero sí se dan situaciones no frontales y violentas de discriminación como es la negación de los ascensos, la reubicación de la persona en otros puestos de menor importancia o en ámbitos desagradables que nadie quiere, así como la sobre explotación en el trabajo ya que muchas veces estas personas buscan demostrar ser muy eficientes en ciertas áreas y entonces se les sobrecarga de trabajo, lo cual efectúan también para conservar así su puesto de trabajo, ya que rige sobre él o ella una constante amenaza de despido o discriminación, en un ambiente laboral muchas veces hostil entre sus mismos compañeros. Algunas veces, esta hostilidad no se suele presentar frontalmente –porque está mal visto ser discriminante en razón del sexo– sino que se percibe o flota en el ambiente.

²⁹² Tomado de **Organización Internacional del Trabajo**. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf. también se puede ver **OPUSGAY.CL**. *Histórico informe de Organización Internacional del Trabajo llama a erradicar la homofobia y transfobia*. <http://www.opusgay.cl/1315/article-77363.html>, consultado el 18/07/2009.

También se presenta otro tipo de problemas como sería la falta de reconocimiento legal a las parejas en la que alguna es intersexual, transexual o transgénero, a través del matrimonio o de la unión estable de parejas, lo que implica la carencia de accesibilidad a las ventajas que conceden la ley y los empleadores como parte del marco laboral a los trabajadores heterosexuales casados y en algunos casos a las parejas heterosexuales no casadas, entre las que se encontrarían como ejemplo las pensiones para el miembro superviviente de la pareja, seguros de vida, indemnizaciones por accidentes de trabajo, y más.

Esta falta de reconocimiento legal y social implican frecuentemente también que los trabajadores intersexuales, transexuales y transgéneros, carezcan de la posibilidad de acceder a permisos en el trabajo por razón de cuidado a sus familiares dependientes o por fallecimiento de su pareja en igualdad de condiciones con los otros trabajadores, así como la no accesibilidad al derecho al traslado cuando su pareja es reasentada a otra ciudad.

A todo lo anterior, hay que agregar que generalmente las personas transexuales en el mundo laboral, no tienen fácil acceso a un trabajo formal, debiendo recurrir para su supervivencia al mundo del trabajo del sexo comercial, tratándose de un trabajo que está rodeado de todo tipo de imposibilidades de crecimiento, de futuro, donde se encuentran excluidos de una pensión²⁹³ o

²⁹³ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en cuanto a la aplicación de los principios comunitarios de igualdad de trato y protección frente a la discriminación por razón de sexo a los transexuales, en sentencia de 7 de enero de 2004 (Asunto C- 117/01), trató el derecho de la pareja transexual de un trabajador a acceder a las pensiones de supervivencia en caso de premoriencia de éste, ay que las autoridades competentes le denegaban el derecho porque este estaba limitado a las parejas que habían contraído matrimonio, cosa imposible en el caso controvertido al prohibir la legislación aplicable para ese momento el matrimonio entre parejas del mismo sexo y tomar en cuenta, para decidir el sexo de una persona, exclusivamente el que figurara en la partida de nacimiento. En tal sentido el Tribunal de Justicia dijo que "*el hecho de reservar determinadas ventajas a las parejas que hayan contraído matrimonio, excluyendo a todas aquellas que convivan sin estar casadas, obedece bien a la decisión del legislador o bien a la interpretación de las normas jurídicas de Derecho interno efectuada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que los particulares puedan invocar discriminación alguna por razón de sexo prohibida por el Derecho comunitario*", pero agregó que la desigualdad de trato deriva de que para una pareja como la reclamante la propia normativa impide el cumplimiento del requisito exigido legalmente como lo es la existencia de matrimonio. En tal sentido el Tribunal Europeo ha declarado que la imposibilidad de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación de cambio de sexo, y que resulta del hecho de que, desde el punto de vista del estado civil, son del mismo sexo porque la normativa aplicable no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, constituye una vulneración de su derecho a contraer matrimonio reconocido en el Art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ello, al ser la

jubilación,²⁹⁴ están sometidos a la violencia ejercida por las fuerzas de seguridad, la exigencia de una coima policial, la explotación, la violencia callejera, en un clima hostil, los horarios y demás situaciones adversas de condiciones de este tipo de trabajo. En tal sentido, las pocas personas que poseen esta condición y que han podido acceder a un trabajo formal al ser descubiertas suelen generalmente ser arrojadas de forma violenta de sus puestos.

legislación controvertida la que impide que la pareja reclamante cumpla el requisito del matrimonio, y con ello, se trunca el acceso a las pensiones de supervivencia, es que es contraria al Art. 141 del Tratado que garantiza la igualdad de retribución para trabajadores y trabajadoras. Tomado de **DE LA PUEBLA PINILLA, Ana**. *Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales - Nbr. 67, March 2007. <http://vlex.com/vid/comunidades-europeas-materia-igualdad-441805>. consultado el 19/07/2009.

Por otra parte, en Argentina se reconoció el derecho a las pensiones de viudez a las personas del mismo sexo, según anunció el director de la Administración Nacional de la Seguridad Social. Tomado de un artículo publicado el 21/08/2008 **UNION DERECHO**. *Argentina reconoce derecho de viudedad a parejas gays*. en http://uniondehechocr.blogspot.com/2008_08_21_archive.html, consultado el 18/07/2009.

Igualmente, en Francia se ha dicho que en caso de que una mujer que es viuda y disfruta de la pensión de viudez, si posteriormente procede a cambiar de sexo y obtiene su respectiva modificación de su estado civil, con ello pierde el derecho a seguir recibiendo la pensión, como lo ha dicho la decisión del Tribunal administratif TA (tribunal administrativo) de Limoges, el 12 de octubre de 2000, señalado por **TEYSSIÉ, Bernard**. *Droit civil. Les personnes*. LexisNexis S.A. Litec. 9na edición. París, Francia, 2005, p. 184.

²⁹⁴ Sobre este aspecto es importante mencionar el caso de la sentencia de 27 de abril de 2006 (Asunto C-423/04, Sarah Richards/Secretary of State for Work and Pensions) se analizó si la protección frente a la discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social ofrecida por la Directiva 79/7/CEE del Consejo Europeo, de 19 de diciembre, era únicamente para las discriminaciones derivadas de la pertenencia a uno u otro sexo o si se aplicaba también a las discriminaciones dadas a consecuencia del cambio de sexo del interesado. La Sra. Richards nació como perteneciente al sexo masculino y al habersele diagnosticado una disforia de sexo, se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo, siendo que el 14 de febrero de 2002, solicitó al Secretary of State que se le reconociera el derecho a una pensión de jubilación a partir del 28 de febrero de 2002, fecha en que cumplía 60 años y tomando en cuenta que la normativa británica aplicable en materia de pensión de jubilación es a los 60 años para las mujeres y de 65 para los hombres. La solicitud de la Sra. Richards fue desestimada alegando que solo podría acceder a dicha pensión a partir de los 65 años, pero luego la afectada demandó y el órgano judicial remitente planteó si la pregunta de si esta negativa a reconocer la pensión era contraria a la Directiva 79/7/CEE. En tal sentido el Tribunal Europeo de DDHH señaló que la Directiva 79/7/CEE es la expresión, en el ámbito de la Seguridad Social, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que constituye uno de los principios fundamentales del derecho comunitario, además, que según su reiterada jurisprudencia, el ámbito de aplicación de dicha Directiva, no se limita a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sobre todo al tomar en cuenta su objeto y los derechos que pretende proteger, por lo que debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado. Por ello, consideró que en el caso controvertido, había una desigualdad de trato ante la falta de aplicación de la normativa sobre jubilaciones, por lo que esa desigualdad de trato la consideró una discriminación prohibida por el Art. 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE. Tomado de **DE LA PUEBLA PINILLA, Ana**. *Op. Cit.*

En el caso venezolano no existen estudios sobre el grado de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, pero se considera que ha de ser similar a la existente en otros países, que incluso poseen mayor protección legal e institucional para este grupo de personas y que supera siempre el cincuenta por ciento (50%) llegando incluso hasta el noventa por ciento (90%).²⁹⁵

3. El contrato de trabajo y la relación de trabajo.

El derecho laboral se encuentra constituido por normas de orden público que expresan el interés general de la comunidad, aunado al hecho que en sus orígenes se inició con leyes para proteger a la mujer y a los menores, por ser las personas físicamente menos aptas para el esfuerzo físico de la era industrial, siendo que ahora podría pensarse que existe un Estado paternalista que favorece al trabajador y la estabilidad en el empleo.

El Art. 55 de la LOTTT define que es lo que entiende por contrato de trabajo, teniendo en cuenta que se generan otras obligaciones por parte del patrono además de la entrega de la remuneración, como lo serían las condiciones y medio ambiente de trabajo, la suficiencia del salario, garantizar la salud, etc., y el Art. 24 del Reglamento de la LOT establece cuales son las fuentes de esas obligaciones de las partes que rigen el contrato laboral.

Cuando se contrata a una persona física, se le contrata principalmente para que emplee su inteligencia, su destreza, su capacidad profesional, cualidades histriónicas, entre otras, en la actividad encomendada, por lo que el objeto del contrato, no es el trabajo como fuerza inerte susceptible de desprenderse del ser humano que lo ejecuta y transfiere ya sea en propiedad o arrendamiento como cosa, sino que es el ser humanos en toda su integridad, ya que no se desea la acción de la persona sino a la persona misma.²⁹⁶

No obstante, existe un deber de permanencia física del trabajador a disposición del empleador, lo que implica una restricción a su libertad personal y

²⁹⁵ Así lo indica **ADRIÁN, Tamara**. *Discriminación laboral por razón de orientación sexual e identidad de género (Un ensayo de derecho comparado para tratar de determinar por qué Venezuela se encuentra en uno de los últimos lugares de América Latina en la materia)*. Revista de Derecho del Trabajo. N° 7. Centro de Investigaciones y Desarrollo Universitas (CIDU). Fundación Universitas. Abril-Mayo 2009. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, pp. 299-300.

²⁹⁶ **ALFONZO-GUZMÁN, Rafael**. *Op. Cit.*, p. 69.

un posible riesgo para su salud, lo cual justifica que las normas laborales sean de orden público, y por ello, se dice que existe una subordinación o dependencia del trabajador (Art. 167 de la LOTTT). De todo esto surgen una serie de obligaciones personales y de derechos para las partes involucradas.

Tomando en cuenta que uno de los caracteres del contrato de trabajo, es que es *intuitu personae*, el empleado u obrero no puede ser sustituido físicamente por otro sin consentimiento del patrono, y el trabajador tampoco podrá ofrecer un sustituto, todo en razón de las cualidades propias de quien ha de ejecutar la labor.²⁹⁷ En este sentido un patrono que tenga un gerente, supervisor u otro empleado que tenga personal bajo su cargo que sea intersexual, transexual o transgénero, podrá rechazar que sus trabajadores traten de ser sustituidos por otras personas, en caso de enterarse de la condición personal de éste y no desear seguir bajo su mandato, ya que se requiere de la prestación personal de esos trabajadores para las actividades en las que fueron contratados; el patrono, en todo caso, deberá analizar y sopesar si procede o no a autorizar la sustitución solicitada.

El patrono (Art.(s) 40 y 53 de la LOTTT), es la persona natural o jurídica que en nombre propio que tenga bajo su dependencia uno o más trabajadores, en virtud de una relación laboral en el proceso social del trabajo; igualmente se presume que lo es quien reciba un servicio personal. En el caso que la condición de intersexual, transexual o transgénero, sea del patrono o alguno de los socios de la persona colectiva, los trabajadores pueden renunciar del trabajo ya que no existe disposición alguna que prohíba a los trabajadores proceder a renunciar o poner término al contrato laboral, sin embargo, tal actitud dejaría ver seguramente

²⁹⁷ Sin embargo, pareciera que la constante es que independientemente de lo capacitado e ideal en el estricto ámbito laboral de una persona, si se trata de un intersexual, transexual o transgénero, es segregado o excluido. En tal sentido, Amnistía Internacional sección de Puerto Rico, ha señalado que algunas compañías e instituciones gubernamentales puertorriqueñas niegan el empleo a personas transexuales por considerar que alteran el orden institucional y la moral, existiendo la falta de compromiso de algunos patronos en crear ambientes de inclusión y respeto tiene como efecto la limitación del mercado laboral para este sector de la población. Tomado de **AMNISTÍA INTERNACIONAL SECCIÓN DE PUERTO RICO. Comunicado de Prensa de 26 de julio de 2005. Llamado a respetar los derechos humanos de las personas transexuales.** <http://www.amnistiapr.org/documentos/comunicados/2005-7-26.html>, consultado el 15/07/2009.

que tal renuncia es debido a una discriminación por la condición del empleador por parte de los trabajadores.

Por otro lado, se entiende como representante del patrono a toda persona que en nombre y por cuenta de éste ejerza funciones jerárquicas de dirección o administración (Art. 41 de la LOTTT), siendo que en relación con éste cuando dicho representante sea de intersexual, transexual o transgénero, debemos reiterar lo ya expresado con respecto a la solicitud de sustitución y retiro por parte de los trabajadores señalado en el párrafo anterior.

Por trabajador se entiende a la persona natural que preste servicios personales en el proceso social del trabajo bajo la dependencia o no de otra persona natural o jurídica, de forma remunerada o la que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros, y puede sustituirlo o sustituirlos, en todo o en parte, en sus funciones (Art.(s) 35, 36, 37 y 53 de la LOTTT). En tal sentido, se observa que la condición de intersexual, transexual o transgénero, no puede considerarse como un aspecto relevante para la contratación de una persona, salvo que el sexo del mismo tenga realmente relevancia ante la actividad a realizar, como lo sería la contratación de una modelo para mostrar ropa femenina o viceversa.²⁹⁸

El contrato de trabajo es sinalagmático perfecto, por lo cual surgen derechos y obligaciones recíprocas tanto contractuales como legales, por lo que se pueden exigir mutuamente determinada conducta, además de la obligación de respeto y consideración recíprocos que debe existir entre patrono y trabajador, debido a que surgen vínculos interpersonales (Art. 80 de la LOTTT).²⁹⁹ Frente a ello, ya sea el patrono o el trabajador quien posea la condición de intersexual, transexual o transgénero, las obligaciones subsisten entre las partes contratantes,

²⁹⁸ Esto sólo en el sentido de que si se efectuó la operación médico-quirúrgica de reasignación de género de mujer a hombre, no podrá ser modelo femenina, pero si masculino, al igual que si el cambio fue de hombre a mujer, no podrá ser modelo masculino pero si femenino.

²⁹⁹ Un ejemplo de esto es la de la Resolución 2359/07 dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, que obliga a las dependencias administrativas de la Legislatura a respetar la identidad de género adoptada por los empleados que utilicen un nombre distinto al consignado en su documento de identidad, así como la de los pacientes que ingresen. Tomado de **DIANAMAFFIA**.. 2008/09/02 *SentigoG - Implementarán resolución de identidad de género en la Legislatura porteña*. http://dianamaffia.com.ar/?page_id=1177, consultado el 18/07/2009.

además de serle exigible a la contraparte la obligación de respeto y consideración, conducta que ha de observar sin efectuar ningún tipo de burla o discriminación por determinada condición u orientación sexual.³⁰⁰

La actividad que desempeña el trabajador es de forma personal y vinculada a las aptitudes y cualidades profesionales, así como a ciertas características individuales, por lo que su obligación es de hacer infungible, ya que no puede ser cumplida por otro. En tal sentido, si el patrono contrata sin saber que una persona es intersexual, transexual o transgénero, en razón de esas cualidades individuales, no cabría justificativo alguno, que sobre la base de esa condición lo despida o cambie sus condiciones de trabajo posteriormente, sobre todo al tomar en cuenta que ello no sería relevante para el desempeño de su actividad laboral, ni de sus aptitudes y cualidades profesionales.

La obligación de patrono no es solamente la de dar el salario, sino también tiene obligaciones de hacer como las vinculadas con la salud y vida del trabajador (Art.(s) 43, 144, 145, 239, 284 y 255 de la LOTTT, así como toda la normativa relativa a la LOPCYMAT, siendo enunciativas las establecidas en el Art. 56); y obligaciones de no hacer como respetar la estabilidad del trabajador y no poder despedir injustificadamente, además de los deberes establecidos en el Art. 17 del Reglamento de la LOT. Sus obligaciones son fungibles, salvo por la de respeto y consideración, por lo que se pueden hacer cumplir de manera forzosa en forma específica, o de ejecución sustitutiva por otro a costa del deudor y no por equivalente. En tal sentido, notamos cómo el patrono frente a los intersexuales, transexuales o transgéneros, tiene la obligación de velar igualmente por su salud y vida como trabajadores (en general y en relación a su situación particular), respetar su estabilidad laboral, aunado al respeto y consideración que les ha de dar y brindar.

³⁰⁰ En este sentido nos parece importante destacar el caso de Walter Grahovac, (posteriormente Verónica), con respecto a quien el Ministro de Educación de Córdoba, Argentina, señaló que su cartera no impedirá que siga conduciendo el Ipem 315 de San Francisco (una escuela), aun después de una eventual operación de adecuación sexual al sexo femenino. Tomado de la noticia publicada el 05/07/2008, **DIARIO LA VOZ**. *No impedirán que un transexual dirija una escuela*. <http://www2.lavoz.com.ar/08/07/05/impediran-transexual-dirija-escuela.html>, consultada el 19/07/2009.

Las obligaciones de respeto del patrono son susceptibles de reparación por el daño, mediante la restauración integral y proporcional, causado por el incumplimiento, y, la inspectoría del trabajo o el juez laboral pueden dictar actos que hagan cesar el incumplimiento cuando el mismo sea continuado o de posible repetición. Por lo tanto, en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, si el patrono procede a irrespetar y desconsiderar a su trabajador por la condición que posee, el inspector del trabajo o el juez puede ordenarle que cese en los actos que efectúan tal afrenta, e incluso consideramos que no sólo los actos sino también las omisiones, ya que todo ello tiene incidencia en la relación laboral y la actividad que desempeña el trabajador, sobre todo al considerar que tales hechos se darían generalmente en el lugar y horario de trabajo.

La norma laboral busca la protección de la persona humana, o del derecho fundamental que pretende garantizar mediante la norma, por ello ciertas prestaciones del empleador, consistentes en un deber fungible, son exigibles al obligado solidario en la forma original, en lugar de la satisfacción por equivalente en dinero (como ocurre con la obligación de transportar). Algunos deberes del empleador no son consideradas obligaciones propiamente dichas de tipo laboral, ya que se considera que no crea derechos subjetivos de un acreedor, como serían las condiciones de trabajo mediante la prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo (Art.(s) 18 y 21 de la LOTTT); el impedir el trabajo a los demás (Art. 30 de la LOTTT), sino que son como las cargas reales³⁰¹ debido a que nacen de la ley. En tal sentido, ya hemos señalado que la normativa laboral busca la protección de los derechos humanos, esto incluye los derechos de los intersexuales, transexuales y transgéneros, por lo que toda discriminación en las

³⁰¹ Se dice que son cargas reales porque el patrono tiene un derecho real sobre la empresa (*occasione rei*), y poseen por ende un carácter ambulatorio, dado que el deudor, cualquiera que sea, queda identificado por la titularidad del derecho real, aunque no confiera al trabajador un derecho real como tal, sino una obligación sobre la empresa. Así lo señala **ALFONZO-GUZMÁN, Rafael**. *Op. Cit.*, p. 148. Con respecto a la afirmación que efectúa este autor en relación a que ciertos deberes del empleador no son consideradas obligaciones propiamente dichas de tipo laboral, ya que crea derechos subjetivos de un acreedor, estimamos que aunque no cree derechos de un acreedor, ello no significa que no existan derechos subjetivos, sino que por el contrario si existen pero no son crediticios sino de otro tipo como derechos humanos.

condiciones de trabajo³⁰² basada en edad, sexo, orientación sexual o de género, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social, se encuentra proscrita, no pudiendo incluso en las ofertas de trabajo incluir menciones que contraríen lo antes señalado, así como tampoco nadie podrá impedir el trabajo a los demás, ni obligarlos a trabajar contra su voluntad, ya que los patronos infractores serán penados de conformidad con las ley.³⁰³

También se encuentran las prohibiciones, que son deberes negativos exigidos a una de las partes de la relación laboral o ambas, con motivo del interés general de la sociedad, que en caso de incumplirse acarrea la nulidad del acto, además de las sanciones administrativas o incluso penales, con lo cual se producen limitaciones a la capacidad de los sujetos vinculados por el contrato de trabajo (prohibición de separar a quien se hubiere encontrado en el período legal de reposo por enfermedad).³⁰⁴ En consecuencia, las partes no pueden actuar en detrimento, ofensa o discriminación de los intersexuales, transexuales y transgéneros, por lo que no pueden despedirlos o dejar de cumplir sus obligaciones como trabajador por el hecho de que su contraparte de la relación laboral posea alguna de estas condiciones.

³⁰² Lo relativo a las condiciones de trabajo también se encuentran reguladas en el Capítulo VIII del Reglamento de la LOT.

³⁰³ En Chile, el Alcalde del Municipio Independencia, Antonio Garrido, considera que las mujeres transexuales son un “*mal ejemplo para los niños*” por lo que deben circular por la calle vestidas de hombre, por lo que con el respaldo de la concejala América López y del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh), una mujer transexual (Claudia Espinoza Araya) denunció al alcalde, por negarle toda posibilidad de trabajar como vendedora de ropa en la comuna por la única razón de ser transgénero, siendo que le ha sido negada la autorización para trabajar como comerciante ambulante, cuando lo único que pretende es tener un medio de subsistencia y no volver el comercio sexual, pues es un ambiente muy peligroso. MOVILH también señaló que “*la paradoja más brutal es que también hemos tenido a alcaldes que impiden que transexuales ejerzan el comercio sexual. Es el caso de los ediles de Las Condes, Francisco de la Maza, y de Vitacura, Raúl Torrealba, quien llegó a sostener el 2006 que el problema del comercio sexual se solucionaría si las transexuales eran atropelladas.*” Tomado artículo publicado el 10/06/2008 de **MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH)**. Chile: Alcalde exige a mujer transexual masculinizarse. <http://anodis.com/nota/12032.asp>, consultado el 15/07/2009. Lamentablemente, mediante un fallo de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, se validó que el alcalde de Independencia, Antonio Garrido, exija a la transexual Claudia Espinoza cambiar su identidad de género para acceder a una fuente laboral, al rechazar el recurso de protección presentado por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) a favor de la transexual Claudia Espinoza Araya. Tomado de **ELNAVEGHABLE.CL**. Acusan discriminación: Corte Suprema rechaza recurso de protección a favor de transexual. <http://www.elnaveghable.cl/admin/render/noticia/16367>, consultado el 15/07/2009.

³⁰⁴ Entre las normas que reconocen estas responsabilidades están la de los Art.(s) 131 y 132 de la LOPCYMAT.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones consagradas en las normas, cláusulas y condiciones establecidas en el contrato de trabajo y la ley, acarrea responsabilidad tanto para el trabajador como para el patrono (Art.(s) 43, 80, 83, 92, 93, 122, 142.f, 145 y 458 de la LOTTT y lo contenido en los Art.(s) 116 a 136 de la LOPCYMAT).

Dentro de las responsabilidades contractuales del patrono para con el trabajador se encuentran: a) el despido injustificado;³⁰⁵ b) por daños intencionales o culposos en los útiles de trabajo; c) por resolución anticipada e inmotivada del contrato a término para una obra determinada; d) por accidentes o enfermedades profesionales; e) la penal y civil proveniente de delito ligado a una causa de violación del contrato, salvo lo señalado en el literal b); f) por daños morales; g) por abuso de derecho de despido; y h) por la pérdida del valor cambiario de la moneda en época de inflación, causada por la mora en el pago de los créditos del trabajador. Con lo cual si cualquiera de los supuestos anteriores se produce en contra de un intersexual, transexual o transgénero, por el hecho de serlo, será evidente que también subsiste dicha responsabilidad y no podrá nunca ser alegado como si se tratase de algún tipo de eximente o justificante legal.³⁰⁶

Por su parte la responsabilidad contractual del trabajador para con el patrono es: a) por omisión del preaviso; b) por daños materiales causados con intención o negligencia; c) por dar lugar a su despido justificado; d) por resolución anticipada e injustificada del contrato a término o para una obra determinada; e) la penal y civil proveniente de delito ligado a una causa de violación del contrato; f) por daños morales; g) por abuso del derecho de retiro. Al igual que en el párrafo anterior si cualquiera de los supuestos anteriores se produce a un intersexual,

³⁰⁵ En Argentina el Juez en lo Laboral de la 5ª Nominación de los Tribunales de Rosario, Dr. Enrique Girardini en los autos caratulados "MC C/DAM y/u Otro s/Cobro de Pesos" Expte.764/99, que condenó a una empresaria, dueña de una peluquería, a indemnizar a una ex empleada que fue despedida por su identidad de género travesti. El fallo analiza los orígenes y consecuencias de la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Y condena a la empresa a abonar no sólo la indemnización por despido sino también por daño moral. Tomado de *H.Cámara de Diputados de la Nación*.

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1736-D-2009>, consultado el 18/09/2009.

³⁰⁶ Recordemos que acá se debe tomar en cuenta el Art. 56 referente a los deberes de los patronos y el Art. 53 de los derechos de los trabajadores establecidos en la LOPCYMAT.

transexual o transgénero, por el hecho de serlo, existirá dicha responsabilidad y no será jamás un tipo de eximente o justificante. También los trabajadores tienen sus deberes establecidos en el Art. 18 del Reglamento de la LOT y el Art. 54 de la LOPCYMAT.³⁰⁷

Con respecto al daño moral, puede surgir en materia laboral por derivación del incumplimiento de las obligaciones contractuales, como lo sería una discriminación por razón de género (el hecho de ser intersexual, transexual o transgénero) o contrarios a la moral en el trabajo o en relación con éste; o de las incapacidades parciales, permanentes o temporales por accidentes de trabajo.³⁰⁸ Todo esto que se señala no es incompatible con la responsabilidad establecida en el Art. 1.274 del CC, ya que la noción de dolo que extiende la responsabilidad civil contractual, equivale a la falta grave por acciones u omisiones imprudentes, negligentes o intencionales que señalan los Art.(s) 79 y 80 de la LOTT.

Sin embargo, no se puede negar que existe por parte de estas personas una dificultad de acceder a un trabajo, sobre todo cuando cualquier rasgo físico que denote que son intersexuales, transexuales y transgéneros, o un simple nombre en algún documento de identificación que delate el sexo asignado legalmente al nacer, es un dato suficiente para que los departamentos de recursos humanos den por concluido el proceso de selección, lo cual seguramente se acrecienta mucho más durante el proceso de reasignación de sexo.³⁰⁹

³⁰⁷ Recordemos que acá se debe tomar en cuenta el Art. 54 referente a los deberes de los trabajadores y el Art. 55 de los derechos de los patronos establecidos en la LOPCYMAT.

³⁰⁸ Si estas incapacidades laborales se producen porque luego de que un intersexual, transexual o transgénero, efectúa la reasignación de género mediante una operación médico quirúrgica, y ante su nueva identidad no puede seguir desempeñando determinada actividad y sufre el accidente por tener que ejecutarla, además de ser objeto de burlas, mofas y demás tratos discriminatorios, es evidente que surge por parte del patrono una responsabilidad por daño moral además de la responsabilidad contractual y legal existente. En este sentido se debe tener presente lo establecido en el Título VI "Accidentes de Trabajo y Enfermedades Ocupacionales" de la LOPCYMAT.

³⁰⁹ Un ejemplo de esto es el caso de Diane Schroer, quien fue rechazado para un puesto por manifestar su deseo de convertirse en mujer, por lo que un juez de la corte federal en Washington de los Estados Unidos determinó que la Biblioteca del Congreso de ese país discriminó de manera ilegal a un veterano de las Fuerzas Especiales cuando se negó a darle empleo tras enterarse que quería cambiar su sexo de hombre a mujer, dictaminó que la discriminación en contra de alguien por cambiar su género está tipificada como discriminación por razón de sexo en la ley federal que rige a EEUU, la decisión del juez señala que *"la evidencia estableció que la Biblioteca del Congreso realmente estaba interesada en contratar a David Schroer hasta que dio a conocer su transexualidad"*. Tomado de **ATA Asociación de Transexuales de Andalucía. Transexual discriminado por la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos.**

4. El salario.

El salario es entendido como “*la remuneración en dinero, o parcialmente en dinero y en especie, que el trabajador percibe regularmente de su patrono y por la labor ordinaria convenida, cuando la ejecuta efectivamente y en las ocasiones en que, por disposición de la Ley, los contratos o la costumbre, tiene el derecho de no trabajar,*”³¹⁰ o como “*la remuneración del servicio del trabajador, integrada por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor*

<http://atandalucia.blogspot.com/2008/09/transexual-discriminado-por-la.html>, consultado el 18/07/2009.

También está el caso de Andrés Ignacio Rivera Duarte, en Chile, a quien ya se le habían contratado para dictar la asignatura en la Universidad de Rancagua para el primer semestre del 2006, pero posteriormente se le discriminó al ser que era transexual, siendo que la Jefa de Carrera, no evaluó su currículum. Ante ello fue a tribunales y el 27 de Agosto de 2007, el Primer Juzgado del Trabajo de Rancagua, sentó un precedente por discriminación señalando que “*No puedo dejar de consignar, que siendo los actos Discriminación de suyo repudiables, resulta mas repudiante aún cuando este proviene de una Comunidad Académica que debe de modo riguroso y crítico, contribuir a la tutela y al desarrollo de la DIGNIDAD HUMANA, comunidad que incluso en su denominación, que proviene del latín ‘Universitas’, y que implica un sentido de ‘totalidad’ pueda cometer actos de discriminación, resulta incluso contradictorio a su nombre ‘Universidad’.*” El juez hace alusión al Art. 2 inciso tercero del Código del Trabajo, que establece que “*son contrarios a los principios y leyes laborales los actos de discriminación*” señalando a continuación en el inciso cuarto “*los actos discriminatorios son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”. Manifiesta que en la Constitución en su Art. 1 dice que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)*” agregando que “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual deben contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos ya a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto los derechos, y garantías que esta Constitución establece*”, asimismo el Art. 19 de la Constitución Política de la República en su numeral 16, establece, como garantía Constitucional, el “*principio de la libertad de trabajo*”, y en términos tales que “*Prohíbe cualquier discriminación, que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena límites de edad para determinados casos*”. Que la Constitución Política, tiene el objeto de vincular e insertar el ordenamiento jurídico interno con la evolución y progreso de la comunidad jurídica internacional, por lo que se agregó en el inciso 2 del Art. 5 de la Constitución, el acápite siguiente: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”. Es así que por esta vía se incorpora al ordenamiento jurídico el Convenio N° 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 4 de junio 1958, convenio ratificado por Chile el día 20 de septiembre de 1971, que a su vez considera la Declaración de Filadelfia que afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades y que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tomado de **EL PASKIN3.COM**. *Sentencia contra la Universidad de Rancagua por discriminar a profesor transexual*. <http://elpaskin3.lacoctelera.net/post/2007/09/16/sentencia-contra-universidad-rancagua-discriminar-a>, consultado el 18/07/2009.

³¹⁰ **ALFONZO-GUZMÁN, Rafael**. *Op. Cit.*, p. 174.

*estimado de los bienes en especie que éste se halla obligado a transferirle en propiedad, o a consentir que use para su provecho personal y familiar.*³¹¹

Por ende el salario tiene una naturaleza alimentaria, personal y familiar por la prestación dada, siendo percibido de manera inmediata o directa, proporcional al esfuerzo o rendimiento individual, no sujeto al azar y general, por lo que se trata de un crédito líquido y exigible. Se trata de una obligación compleja de carácter patrimonial, de prestación múltiple, determinada o determinable, de dar, de hacer y de no hacer, asumida por el patrono en el contrato de trabajo. Pero en contrapartida esta la obligación del trabajador de estar disponible para el empleador para efectuar la labor pactada (Art.(s) 98, 104, 111, 112, 129, 130 y 212 de la LOTTT).

La libre estipulación del salario entre los contratantes tiene las limitaciones legales de: 1) el salario no puede ser menor al señalado como mínimo (Art.(s) 99, 129, 212 y 533; Art. 60 del Reglamento de la LOT; y OIT N° 26 sobre los Métodos para la fijación de Salario Mínimos); 2) a trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia, también le corresponde un salario igual (Art. 109 de la LOTTT).³¹² Las excepciones a la segunda limitación son las contenidas en los Art.(s) 109, 227 y 275 de la LOTTT.

En este sentido a los intersexuales, transexuales y transgéneros, no se les puede mermar o afectar su salario en razón de su condición, por lo que le debe ser entregado de manera regular, completa y sin ningún tipo de limitación, debiéndose cumplir con una remuneración no menor al salario mínimo y acorde con la actividad desempeñada. También cuando desempeñan una actividad o trabajo que tiene una remuneración y condiciones establecidas, no se le puede dar un salario menor y distinto a los demás que realizan dicho trabajo en situación similar. Del mismo modo, cuando quien tiene esa condición es el patrono, los trabajadores deben estar a la disposición del patrono y cumplir con sus actividades

³¹¹ **ALFONZO-GUZMÁN, Rafael.** *Op. Cit.*, p. 175.

³¹² Para aplicarse la igualdad del salario debe concurrir: 1) igualdad de puestos, cargos o responsabilidades; 2) igualdad de jornadas efectivas; 3) igualdad de condiciones de eficiencia, en cuanto a la cantidad y calidad del trabajo realizado; y 4) diferencia de remuneraciones en un mismo momento dentro de la empresa, por razones ajenas a la percepción de primas por antigüedad, por la edad, el desempeño de cargos provisorios, la incapacidad para un trabajo normal, o circunstancias análogas.

ya que de lo contrario al no cumplir con sus obligaciones contractuales no tendrían derecho al salario y podrían ser objeto de despido justificado.

5. Participación en los beneficios (las utilidades).

En cuanto a la participación de los trabajadores en los beneficios o utilidades que se generan en la empresa o a favor del patrono, se establece legalmente que las empresas deberán distribuir entre todos sus trabajadores por lo menos el quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos que hubieren obtenido al fin de su ejercicio anual, teniendo como límite mínimo, el equivalente al salario de treinta (30) días y como límite máximo el equivalente al salario de cuatro (4) meses, según el capital social de la empresa y el número de trabajadores que posea (Art.(s) 131, 134 y 135 de la LOTT), también la convención colectiva puede regular lo relativo a este tipo de beneficios y en caso del incumplimiento de esta obligación se le podrá imponer una sanción al patrono además de la responsabilidad patrimonial correspondiente (Art.(s) 122 y 530 de la LOTT; en relación con los Art.(s) 1.269, 1.277 y 1.746 del CC).

La determinación de la cantidad correspondiente a cada trabajador se efectúa mediante la división del total de los beneficios repartibles entre el total de los salarios devengados por todos los trabajadores durante el respectivo período y multiplicar el cociente obtenido por el monto de los salarios devengados por él durante ese ejercicio tal como lo establece el Art. 136 de la LOT. Además, no se debe olvidar que las utilidades tienen una naturaleza salarial según lo disponen los Art.(s) 104, 141 y 275 de la LOTT.

Por otra parte, se puede entregar una bonificación complementaria y sustitutiva de las utilidades, cuando terminado el año económico respectivo, no estando sujeta a repetición, por una cantidad equivalente a treinta (30) días de salario (Art.(s) 132 de la LOTT).

Se debe tomar en cuenta que, los patronos sin fines de lucro están exentos del pago de utilidades, pero están obligados a dar una bonificación de fin de año no menor a 30 días de salario, al igual que las empresas lucrativas excluidas del deber de otorgar utilidades (Art. 140 de la LOTT y el Art. 59 del Reglamento de la LOT).

Por lo tanto, una vez observado lo anterior, notamos que el hecho que un trabajador sea intersexual, transexual o transgénero, no puede ser un justificativo, para negar u otorgar menos de lo que le corresponde al trabajador por concepto de utilidades, bonificación o beneficios, ya que ello no posee ningún asidero legal y mucho menos constitucional, siendo que una actitud contraria sería nula y susceptible de sanción y reparación patrimonial del patrono hacia el trabajador discriminado.

6. Jornada de trabajo y el descanso

La jornada es el tiempo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del patrono para cumplir con las responsabilidades y tareas a su cargo, en el proceso social de trabajo (Art. 167 de la LOTTT), además se debe tomar en cuenta lo señalado en los Art.(s) 169, 170 y 171 de la LOTTT para el cómputo de la jornada de trabajo y su descanso, así como en la Sección Quinta (Art(s) 78 a 97) del Reglamento de la LOT.

La Constitución (Art. 90 de la CRBV), la ley y el Convenio N° 1 OIT sobre la Limitación de las Horas de Trabajo y el Convenio N° 153 sobre la Duración del Trabajo y Períodos de Descanso; establecen la duración de la jornada de trabajo, en las que se indica que la jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor; la jornada diurna no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta horas semanales; la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco horas semanales. Toda prolongación de la jornada nocturna en horario diurno se considerará como hora nocturna; cuando la jornada comprenda períodos de trabajos diurnos y nocturnos se considera jornada mixta y no podrá exceder de las siete horas y media diarias ni de treinta y siete horas y media semanales siendo que ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias, además de que se ha de propender a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual, cultural y deportiva de los

trabajadores. Cualquier acuerdo en contrario es nulo de nulidad absoluta por ser contraria a normas de orden público, además de afectar la libertad individual, la salud, la vida y el desarrollo integral de la persona humana obligada a trabajar subordinadamente por más tiempo (Art.(s) 173, 174, 175, 176 y 177 de la LOTTT).

No obstante, existen ciertas excepciones en cuanto al número de horas de la jornada diaria, este sería el caso de lo establecido en los Art.(s) 174, 175, 176, 177, 178 a 183, 223, 237, 240, 248 y 270 de la LOTTT; los Art.(s) 83 lit. d y e, 84, 85 y 87 del Reglamento de la LOT; y el Art. 120.4 de la LOPCYMAT. Es así como el Art. 184 dice cuáles son los días hábiles para el trabajo, estableciendo las excepciones correspondientes como los trabajos de interés público, como los ejercidos en los centros de salud, así como se señala en los Art.(s) 185 y 186 de la LOTTT, y los Art.(s) 83, 84, 85 y 87 del Reglamento de la LOT; siendo que la ley también se establece los días y momentos de descanso compensatorios que le corresponderán al trabajador cuando hubiere prestado servicios en día domingo o en el día que le corresponda su descanso semanal obligatorio como lo señala el Art. 188 de la LOTTT y Art.(s) 88 y 89 del Reglamento de la LOT, además de tomar en cuenta otras normas vinculadas a este supuesto como las contenidas en los Art.(s) 120, 119, 190, 207 y 250 de la LOTT; Art. 102 de la LOPNNA y Art.(s) 26, 27 y 28 del Decreto Presidencial con rango, valor y fuerza de Ley Especial para la Dignificación de Trabajadores y Trabajadoras Residenciales; siendo que cuando trabaja los días de descanso debe ser remunerado de manera diferente como se establece en los Art.(s) 73, 119, 121, 180 y 188, de la LOTTT.

También a los trabajadores les corresponde una bonificación vacacional (Art. 192 de la LOTTT) y el derecho a tomar vacaciones (individuales o colectivas), ya que las vacaciones tienen una finalidad social, además de reponer el desgaste físico y mental del trabajador, por lo que su incumplimiento acarrea una sanción cuando se observa lo que consagran los Art.(s) 80, 191, 192, 194, 195, 198, 199, 202, y 203 de la LOTTT, y los Art.(s) 95 y 96 del Reglamento de la LOT.

En tal sentido y en cuanto a lo que corresponde en relación a los intersexuales, transexuales y transgéneros, la jornada de trabajo en la cual se encuentran a disposición del patrono y no pueden disponer libremente de su

actividad y de sus movimientos, y que les es plenamente exigible cierta actividad de conformidad con lo establecido en el contrato de trabajo, se efectúa el cómputo de la jornada de trabajo, su duración y su descanso, de manera igual a los demás trabajadores. En tal sentido, ningún patrono podrá obligarlos a laborar horas extraordinarias, cuidando que exista una adecuada utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de ellos como trabajadores, por lo que cualquier acuerdo en contrario está viciado de nulidad absoluta por ser contraria a normas de orden público, afectar la libertad individual, la salud, la vida y el desarrollo integral de la persona humana. En tal sentido, a los intersexuales, transexuales o transgéneros, les es aplicable la legislación laboral de manera igual, sin ninguna distinción, incluso con respecto a las excepciones en cuanto al número de horas de la jornada diaria, cuáles son los días hábiles para el trabajo y las excepciones correspondientes; así como en relación a los días y momentos de descanso compensatorios que le corresponden al trabajador cuando hubiere prestado servicios en día domingo o en el día que le corresponda su descanso semanal obligatorio; la manera de remunerar el trabajo efectuado esos días; la bonificación vacacional; y el derecho a tomar vacaciones. Por ello, el incumplimiento de estas obligaciones para con los intersexuales, transexuales y transgéneros, o su implementación diferente a la del resto de los trabajadores en las que se evidencia una desigualdad, acarrea una sanción de conformidad con la ley y de los artículos mencionados anteriormente.

Finalmente, no debemos olvidar que si un trabajador no cumple con su jornada u horario de trabajo, porque no desea trabajar o estar presente ante un patrono o empleador que tenga la condición de intersexual, transexual o transgénero, esta actitud sería una causa justificada de despido, ante el incumplimiento de su obligación de respetar el horario de trabajo.

7. Estabilidad, suspensión y terminación del contrato de trabajo.

El Art. 93 de la CRBV, nos establece que la ley sobre la materia debe garantizar la estabilidad en el trabajo y disponer lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado, ya que de efectuarse un despido contrario a lo establecido, sería nulo. En este sentido, la estabilidad puede ser entendida como

un garantía o derecho no patrimonial que posee el trabajador en contra de la privación injustificada del empleo, siendo que esta puede ser absoluta³¹³ o relativa.³¹⁴ Por ende, si se despide a una persona por su condición de intersexual, transexual o transgénero, ello constituiría un despido injustificado, ya que no se encuentra en ninguna de las causales legales tal supuesto, a demás de ser discriminatorio y violatorio de los derechos humanos.³¹⁵

Las causas de suspensión del contrato de trabajo se encuentran en el Art. 72 de la LOTT, con lo cual se puede interrumpir la prestación del servicio de manera temporal, ante el impedimento del trabajador para poder cumplir con su obligación, o del patrono para recibir y remunerar la labor ejecutada, siendo que siempre son ajenas a la voluntad de las partes. En tal sentido observamos que están:

A) La enfermedad ocupacional o accidente de trabajo que incapacite al trabajador o trabajadora para la prestación del servicio durante un período que no exceda de doce (12) meses, aun cuando del accidente o enfermedad se derive una incapacidad parcial y permanente. En este sentido, consideramos que en el caso de los intersexuales, transexuales o transgéneros, que efectúen todo lo necesario para realizar la reasignación médico-quirúrgica de género, no puede considerarse que se encuentran en este supuesto, en razón de que en primer lugar no se trata de un accidente o enfermedad, y en segundo lugar que dicho accidente o enfermedad debe ser consecuencia de su actividad profesional, por lo

³¹³ Debe ser indemnizado y reincorporado al trabajo como lo dicen los Art.(s) 10, 31, 48, 94, 95, 148, 335, 339, 347, 371, 418, 419, 420 y 421 de la LOTT, donde se encuentra involucrado también el Delegado de Prevención según el Art. 44 LOPCYMAT, y los Art.(s) 71 al 75, 263 y 420 de la LOTT. el incumplimiento de la reincorporación de los trabajadores que recuperara su capacidad de trabajo, o lo reubique según sus condiciones, es sancionado por el Art. 120 numerales 12, 13 y 16 de la LOPCYMAT.

³¹⁴ En donde sólo recibe una indemnización según los Art.(s) 37, 85, 86, 87 y 207 de la LOT.

³¹⁵ Según Heisler Vaamonde, Director General del Movimiento Gay Revolucionario de Venezuela, a estas personas *"se les niega, en algunos casos extremistas, el acceso al empleo por su orientación sexual, o por el contrario, los ya (sic) tienen una plaza de trabajo son despedidos cuando el patrono presume su orientación sexual, sin tener en cuenta las capacidades de este en la acción laboral. Este es un problema el cual hay que intervenir de inmediato, no educando al colectivo a ser obreros ni empleados de otros, sino crearles el sentido de pertenencia con el apoyo a sus iniciativas empresariales, es decir, educarlos para que sean sus propios jefes."* Tomado de la página de **APORREA.ORG** escrito el 17/03/2004 por **VAAMONDE, Heisler. Una Alternativa para el Desarrollo del movimiento de homosexuales, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgéneros.** <http://www.aporrea.org/actualidad/a7457.html>, consultada el 15/07/2009.

tanto, este supuesto no les sería aplicable para el caso de la reasignación de género. Sí les será aplicable en cuanto a cualquier accidente o enfermedad que sea profesional o derivada del trabajo.

B) La enfermedad o accidente común no ocupacional que incapacite al trabajador para la prestación del servicio durante un período equivalente al establecido en el caso anterior. Similar a lo señalado en el supuesto previamente analizado, no se trata de una enfermedad, y en segundo lugar que dicha enfermedad debe ser consecuencia de su actividad no profesional, por lo tanto, este supuesto no les sería aplicable para el caso de la reasignación médico-quirúrgica de género. Sí les será aplicable en cuanto a cualquier enfermedad no profesional.

C) La licencia o permiso por maternidad o paternidad. En lo que concierne a este aspecto, en caso de convertirse en madre (intersexuales o transexuales que no han efectuado la reasignación quirúrgica), se les ha de conceder dicho permiso y producirse la suspensión de la relación laboral, además de aplicarse la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.³¹⁶

D) El cumplimiento del deber constitucional de prestar servicio civil o militar.³¹⁷

E) El conflicto colectivo declarado de conformidad con la Ley. Si los intersexuales, transexuales o transgéneros, participan en un conflicto colectivo, deben ser respetados y protegidos de conformidad con la ley, y no tomar dicho conflicto como un justificativo para tratar de terminar la relación laboral con ellos.

F) La privación de libertad en el proceso penal, siempre y cuando no resulte en sentencia condenatoria. Esta causal les es plenamente aplicable a los intersexuales, transexuales o transgéneros, sobre todo cuando observamos que suelen ser objeto de detenciones policiales simplemente por la condición que poseen y notar las autoridades de la fuerza pública que generalmente su aspecto

³¹⁶ Efectivamente, cualquiera de estas personas antes de proceder a realizar la reasignación de género de manera quirúrgica y que conlleva a la esterilidad, tiene hijos, goza de todos los derechos que otorga esta ley en cuanto al descanso pre o post natal, tanto a la madre que da a luz como al padre que debe coadyuvar a la madre.

³¹⁷ Sobre este punto se remite a lo señalado en el Capítulo VI del presente trabajo.

físico no corresponde con el sexo que señala su documentación, lo cual trae una serie de inconvenientes.

G) El permiso para el cuidado del cónyuge, ascendientes y descendientes hasta el primer grado de consanguinidad, en caso de necesidad y por el tiempo acordado entre las partes. Esta causal de permiso para atender y cuidar la salud de los familiares, es evidente que le es aplicable a los intersexuales, transexuales o transgéneros, ya que los mismos poseen familia y no son el resultado de una generación espontánea, motivo por el cual les debe ser concedido y aplicarse la causal de suspensión del trabajo.

H) La licencia concedida al trabajador por el patrono para realizar estudios o para otras finalidades en su interés. En este caso, es evidente que les es aplicable a los intersexuales, transexuales o transgéneros, este supuesto cuando lo piden en razón de efectuar su superación intelectual, pero además estimamos que cuando la norma habla de “otras finalidades de su interés,” allí se debe incluir cualquier actividad que se realice en la investigación que efectúen estas personas para conocer mejor todo lo relativo a su condición y lo procedente para poder efectuar los estudios y procedimientos necesarios para una reasignación de género médico-quirúrgica.

I) El último supuesto es el de los casos fortuitos o de fuerza mayor que tengan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión temporal de las labores, en cuyo caso deberá solicitarse autorización a la Inspectoría del Trabajo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la ocurrencia de los hechos que ameritan la suspensión, la cual no podrá exceder de sesenta días. Este supuesto, también les es aplicable a los intersexuales, transexuales o transgéneros, ya que se tratan de situaciones de las cuales estas personas no escapan cuando se producen.

Los efectos que produce la suspensión se encuentran en los Art.(s) 71 al 75, 260, 336 al 342 y 492 de la LOTTT; los Art.(s) 33, 34, 175 y 234 del Reglamento de la LOT, y el Art. 79 de la LOPCYMAT, normativa que se debe vincular a los Art.(s) 79 y 82 de la LOTTT. En tal sentido notamos que la suspensión de la relación de trabajo no pone fin a la vinculación jurídica existente

entre el patrono y el trabajador, siendo que durante la suspensión, el trabajador no está obligado a prestar el servicio ni el patrono a pagar el salario³¹⁸. Además, el patrono no puede despedir al trabajador afectado por la suspensión, sin causa justificada debidamente comprobada mediante el procedimiento establecido en el Capítulo I del Título VII de la LOTTT, siendo que si por necesidades de la empresa tuviere que proveer su vacante temporalmente, el trabajador será reintegrado a su cargo al cesar la suspensión. En tal sentido, una vez cesada la suspensión, el trabajador tiene el derecho de continuar prestando servicios en las mismas condiciones existentes para la fecha en que ocurrió aquella, salvo lo establecido en el literal a) del Artículo 72 de la LOT y otros casos especiales establecidos en dicha ley.

Es importante el hecho que la antigüedad del trabajador comprende el tiempo servido antes y después de la suspensión, salvo disposición especial, motivo por el cual se entiende mejor que los períodos pre y postnatales deben computarse a los efectos de determinar la antigüedad de la trabajadora en la empresa, todo lo cual les es aplicable por igual a los intersexuales, transexuales o transgéneros, tal como lo indicáramos en los supuestos previamente analizados.

También, en las situaciones de huelga que por su extensión, duración o por otras circunstancias graves, ponga en peligro inmediato la vida o la seguridad de la población o de una parte de ella, el Ejecutivo Nacional puede proveer a la reanudación de las faenas, en la forma que lo exijan los intereses generales, previo Decreto especial que indique los fundamentos de la medida, y someter el conflicto a arbitraje, siendo que no puede oponerse como justificativo para no integrarse a la faena laboral la condición de intersexual, transexual o transgénero.

La LOTTT y la LOPCYMAT establecen que cuando el trabajador, como consecuencia del accidente o enfermedad, no pueda desempeñar su trabajo

³¹⁸ Salvo ciertos casos como el de la suspensión de la relación laboral por los permisos pre y post parto en los cuales subsiste la obligación de pagar el salario. Igualmente, quedan a salvo las prestaciones establecidas por la seguridad social o por la convención colectiva y los casos que por motivos de equidad determine el Reglamento de la LOT, dentro de las condiciones y límites que éste fije.

anterior, pero sí otro cualquiera, el patrono está obligado a proporcionárselo,³¹⁹ si fuere posible, y con este objeto está facultado para hacer los traslados de personal que sean necesarios, pero se debe reiterar que esto en el caso de los intersexuales, transexuales o transgéneros, sólo procede cuando efectivamente se trate de un accidente o enfermedad profesional o a causa del trabajo y no por una intervención médico-quirúrgica de reasignación de género.³²⁰

En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, esta se produce por: 1) despido, 2) retiro, 3) conclusión de la obra, 4) vencimiento del término, 5) caso fortuito o fuerza mayor, 6) las causas válidamente estipuladas en la ley y los contratos, 7) el mutuo consentimiento, y 8) las demás causas de extinción de los contratos del derecho común que le sean aplicables a los contratos de trabajo. De esta forma existen causas justificadas de terminación del contrato establecidas en los Art.(s) 79 (para el trabajador) y 80 (para el patrono), 221, 243, 261, y 277 de la LOTTT, así como en el Capítulo VII, Secciones Primera y Segunda del Reglamento de la LOT (Art.(s) 50 a 74).

Por ello, para que el despido del trabajador sea justificado se requiere que ello sea como consecuencia de:

A) La falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo; tal como lo sería el faltarle el respeto a su patrono por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

B) Las vías de hecho, salvo en legítima defensa; como lo sería el caso de agredir a su patrono por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

³¹⁹ Respecto a la reinserción laboral el Art. 91 de la LOPCYMAT dice que se debe facilitar la reinserción laboral y el Art. 120 numerales 12, 13 y 16 *eiusdem* establece las sanciones por no efectuar la incorporación, reubicación o reingreso del trabajador, o efectuarlo de manera en que se desmejoren sus condiciones.

³²⁰ Sin embargo, nos llama la atención el caso de Alba Romero, quien después de tres años y de cambiar de sexo fue reintegrada a su cargo de Guardia Civil en la Comandancia de Castellón, España, tras ser declarada inútil para el servicio en 2004, una vez iniciado el proceso, por carecer de testículos, un dictamen que recurrió hasta que un tribunal médico reconoció su condición de mujer. Tomado de una noticia publicada el 17/01/2006 en **EL PAÍS**. *La Guardia Civil readmite a un agente transexual al que llegó a declarar inútil*. <http://www.cesarsalgado.net/200601/060117.htm>, consultada el 19/07/2009.

C) La injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al patrono, a sus representantes o a los miembros de su familia que vivan con él, sobre todo si tales hechos son por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

D) El hecho intencional o negligencia grave que afecte la seguridad o higiene del trabajo; las cuales se podrían producir debido a que el trabajador no desee tocar cosas ya tocadas por el patrono, o hacer cosas que le ordena efectuar un patrono que posee la condición de intersexual, transexual o transgénero.

E) Las omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo; por las mismas razones mencionadas en el punto anterior.

F) La inasistencia injustificada al trabajo durante tres (3) días hábiles en el período de un (1) mes, sobre todo si ello se debe al hecho de no querer ver a su patrono por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

G) El perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las máquinas, herramientas y útiles de trabajo, mobiliario de la empresa, materias primas o productos elaborados o en elaboración, plantaciones y otras pertenencias; máxime si se efectúa dicha acción por sentir repulsión hacia el patrono por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

H) La revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento; lo cual sería reprochable si además efectúa eso por venganza al patrono por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

I) La falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo; entre las cuales estaría el respeto y consideración para con su patrono, mucho más si no se otorga ese respeto y consideración por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

J) El abandono del trabajo, el cual posee unos supuestos específicos como lo son:

a) La salida intempestiva e injustificada del trabajador durante las horas de trabajo del sitio de la faena, sin permiso del patrono o de quien a éste represente; sobre todo si considera que puede tomar dicha actitud por estimar que no requiere solicitar autorización de un patrono que tiene la condición de intersexual, transexual o transgénero.

b) La negativa a trabajar en las faenas a que ha sido destinado, siempre que ellas estén de acuerdo con el respectivo contrato o con la ley; mucho más si su acción es debida a que estima que no debe cumplir con dicha faena, ante un patrono porque tiene la condición de intersexual, transexual o transgénero, teniendo en cuenta que no se considerará abandono del trabajo la negativa del trabajador a realizar una labor que entrañe un peligro inminente y grave para su vida o su salud.

c) La falta injustificada de asistencia al trabajo de parte del trabajador que tuviere a su cargo alguna faena o máquina, cuando esa falta signifique una perturbación en la marcha del resto o de la ejecución de la obra, sobre todo si dicha falta es debido a que presupone que no posee ninguna obligación para con un patrono que tiene la condición de intersexual, transexual o transgénero.

K) El acoso laboral o el acoso sexual, siendo que en este caso si un intersexual, transexual o transgénero, realiza cualquiera de estos dos tipos de acoso (el laboral o el sexual) en contra de alguno de sus compañeros o el patrono, podrá ser despedido justificadamente de su trabajo, pudiendo ser responsable penal y civilmente de su conducta.

En la derogada Ley Orgánica del Trabajo de 1997, una causal para autorizar la finalización de la relación laboral sin previo aviso por parte del patrono era toda enfermedad contagiosa de alguna de las personas que habitan en la casa, pero teniendo la obligación de trasladar al trabajador enfermo, a un establecimiento asistencial donde le pudieran prestar la atención debida. Ello seguramente debido a que las enfermedades contagiosas a que se hacían referencia eran las que señalan las normas sanitarias, donde algunas requieren de denuncia obligatoria, así como cualesquiera otras que involucraran un peligro serio para la salud de las personas que habitasen en la casa, motivo por el cual no se podía considerar que la condición de intersexual, transexual o transgénero, es una enfermedad contagiosa que justifique el despido del trabajador. No obstante, esta causal ya no existe, en la LOTTT ni en la LEDTTR.

Del mismo modo se prohíbe a los trabajadores: a) la ingestión de bebidas alcohólicas durante la prestación de servicios; y b) usar drogas dentro y fuera de

sus horas de trabajo, sin prescripción médica que acredite que su ingestión no altera su capacidad de servicio, con lo cual si se utilizan medicamentos necesarios para el proceso de reasignación de género médico-quirúrgico, esto no ha de ser entendido y comprendido dentro de las drogas de uso ilícito que establece la LOTTT, siempre y cuando no altere su capacidad de trabajar.

Por otra parte, dentro de las causas justificadas de retiro del trabajador para con el patrono por los hechos cometidos por él, sus representantes o familiares que con él vivan, están:

A) La falta de probidad; que tiene el patrono al faltarle el respeto y consideración a su trabajador sobre todo si ello es por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

B) Cualquier acto inmoral en ofensa al trabajador o a miembros de su familia que vivan con él; en particular si es por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

C) Las vías de hecho; sobre todo aquellas en las que agrede a trabajador por tener la condición de intersexual, transexual o transgénero.

D) La injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al trabajador o a miembros de su familia que vivan con él; mucho más si dicha actitud es en razón de tener el trabajador la condición de intersexual, transexual o transgénero.

E) La sustitución de patrono cuando el trabajador considere inconveniente la sustitución para sus intereses, con lo cual puede ocurrir que en un lugar de trabajo en donde labore un intersexual, transexual o transgénero, su patrono anterior fuera tolerante, respetuoso y comprensivo de su condición, siendo que al ser sustituido, el nuevo patrono sea todo lo contrario, intolerante, irrespetuoso e incomprensivo, con lo cual se encontraría plenamente justificado que el trabajador se retire de la empresa.

F) Las omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo; en particular si tales actitudes e imprudencias se deben a la condición de intersexual, transexual o transgénero del trabajador, siendo que desea mantenerlo asilado, apartado o segregado de los demás, o que no desee

efectuar una reasignación de las actividades a unas que estén cónsonas con la condición de éste tipo de trabajador.³²¹

G) Cualquier acto que constituya falta grave a las obligaciones que le impone la relación de trabajo; y si dicha falta es en razón de la condición de intersexual, transexual o transgénero del trabajador, se podrá considerar como una agravante para tal actitud sobre todo por la carga de discriminación que posee.

H) Por acoso laboral o acoso sexual, con lo que si un intersexual, transexual o transgénero, es objeto de cualquiera de estos dos tipos de acoso (el laboral o el sexual) por parte del patrono o de alguno de sus compañeros, podrá retirarse justificadamente de su trabajo, independientemente de las acciones civiles y penales que pueda interponer.

I) En los casos que el trabajador haya sido despedido sin causa justa y, luego de ordenado su reenganche, decida dar por concluida la relación de trabajo, lo cual es plenamente aplicable a los intersexuales, transexuales y transgéneros, a los cuales no se les puede obligar a permanecer en un sitio de trabajo no deseado.

J) Cualquier acto constitutivo de un despido indirecto, siendo que como tal se entenderá:

a) La exigencia que haga el patrono al trabajador de que realice un trabajo de índole manifiestamente distinta de la de aquel a que está obligado por el contrato o por la ley, o que sea incompatible con la dignidad y capacidad profesional del trabajador,³²² o de que preste sus servicios en condiciones que acarreen un cambio de su residencia, salvo que en el contrato se haya convenido lo contrario o la naturaleza del trabajo implique cambios sucesivos de residencia

³²¹ Esto significa que si un intersexual, transexual o transgénero, efectúa la reasignación de género médico-quirúrgica, se le debe asignar actividades que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, y que sean del mismo género de los que formen el objeto de la actividad a que se dedique el patrono, por lo que si cambia de hombre a mujer deben ser actividades propias femeninas y viceversa, ya que de no hacerlo dichas omisiones o imprudencias que podrían afectar gravemente a la seguridad o higiene del trabajador al desempeñar actividades que no le serían propias y ello justificaría la renuncia del trabajador.

³²² Esto se observa también en el derecho del trabajador de no acatar las instrucciones y cumplir con su deber de obediencia cuando las labores ordenadas fueran incompatibles con su dignidad, tal como lo establece el Art. 19 del Reglamento de la LOT.

para el trabajador, o que el cambio sea justificado y no acarree perjuicio a éste. Por ello, el patrono incurre en esta conducta si pretende obligar al trabajador intersexual, transexual o transgénero, a que realice un trabajo de índole manifiestamente distinta de la de aquel a que está obligado por el contrato o por la ley, sobre todo si se sometió a una operación de reasignación de género médico-quirúrgica y se pretende que efectúe una actividad propia del género opuesto al que le fuera reasignado. También, se produciría cuando se pretenda forzarlo a efectuar una actividad que sea incompatible con la dignidad y capacidad profesional del trabajador, colocándolo en situaciones que le puedan generar ofensas y desprecios por parte de sus compañeros, público o personas en general. Igualmente, se dará cuando se le obligue a que preste sus servicios en condiciones que acarreen un cambio de su residencia, por desear que se encuentre alejado del resto de las personas o mantenerlo oculto, salvo que en el contrato se haya convenido lo contrario o la naturaleza del trabajo implique cambios sucesivos de residencia para el trabajador, o que el cambio sea justificado y no acarree perjuicio a éste.

b) Por la reducción del salario; para lo cual damos por reproducido lo señalado en el punto 3 “El Salario” de este capítulo.

c) El traslado del trabajador a un puesto inferior; sobre todo si ello es a consecuencia de la condición del trabajador de ser intersexual, transexual o transgénero.

d) El cambio arbitrario del horario de trabajo; en particular cuando es debido a la condición del trabajador de ser intersexual, transexual o transgénero, porque se desea que trabaje en horas que no sea visto.

e) Otros hechos semejantes que alteren las condiciones existentes de trabajo, tal como lo sería el forzarlo a vestir según el género abandonado o utilizar el nombre que se cambió.

No obstante, no se considerará como despido indirecto:

a) La reposición de un trabajador a su puesto primitivo, cuando sometido a un período de prueba (no mayor de noventa (90) días) en un puesto de categoría superior se le restituye a aquél.

b) La reposición de un trabajador a su puesto primitivo después de haber estado desempeñado temporalmente, por tiempo que no exceda de ciento ochenta (180) días, un puesto superior por falta del titular de dicho puesto; y

c) El traslado temporal de un trabajador, en caso de emergencia, a un puesto inferior, dentro de su propia ocupación y con su sueldo anterior, por un lapso que no exceda de noventa (90) días.

El despido será justificado solamente cuando el trabajador incurra en una causal prevista en la ley o en el contrato, de no ser así se considera que es injustificado (Art.(s) 77 al 79 de la LOTTT), y tanto este como el retiro surten efectos una vez se pone en conocimiento a la otra parte.³²³ En tal sentido, los intersexuales, transexuales o transgéneros, sólo podrán ser despedidos justificadamente si incurren en alguna de las causales y supuestos establecidos en la ley, de lo contrario, se tratará de un despido injustificado, y mucho más si el motivo del mismo es su condición de intersexual, transexual o transgénero, con lo cual será evidente la procedencia del reenganche por el despido injustificado y la indemnización correspondiente por los daños ocasionados.³²⁴

³²³ Se debe destacar que la actual LOTTT, no establece nada respecto a cómo debe realizarse el despido a diferencia de la anterior ley que si lo indicaba al señalar que el despido debía notificarse por escrito con indicación de la causa en que se fundamenta, si la había, y una vez hecha la notificación al trabajador, el patrono no podía después invocar otras causas anteriores para justificar el despido, además de que la omisión del aviso escrito no impedía al trabajador demostrar el despido por cualquier otro medio de prueba (Art. 105 de la LOT derogada).

³²⁴ Como ejemplo de esto podemos observar que en España Carmen Martínez llevó ante los juzgados sociales de Terrassa de Barcelona, lo que consideró un caso de transfobia laboral, siendo discriminada y despedida de su trabajo por ser transexual, después de efectuar un cambio de sexo en agosto de 2007, llegando en un principio a un acuerdo entre las dos partes para ser indemnizada por efectuar un despido improcedente con una suma de 22.000 euros, aunque su objetivo principal y el del sindicato UGT, que la ha representado, era que fuera readmitida en su puesto de trabajo como moza de almacén en la empresa textil Cotesa, pero la compañía se negó a reincorporarla. Ella aseguró que sufrió *mobbing* laboral, ya que la obligaban a hacer tareas que no eran propias de su puesto, como limpiar los lavabos, siendo despedida de forma disciplinaria, alegando la empresa como motivo las continuas discusiones y disputas con los compañeros de trabajo. Tomado de **20MINUTOS.ES. Indemnizan a una transexual discriminada y despedida del trabajo tras cambiar de sexo.** <http://www.20minutos.es/noticia/430566/0/transexual/homosexual/trabajo/>, y del artículo *Primera denuncia por violencia en trabajo, mobbing, de una mujer transexual en Barcelona.* <http://atclibertat.spaces.live.com/blog/cns!D6C018FFA93FA29F!297.entry>, ambas páginas web consultadas el 15/07/2009, así como un artículo publicado el 21/12/2007, en el diario **EL MUNDO** de España, <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/11/27/comunicacion/1196158847.html>, consultada el 19/07/2009.

Un caso similar fue el de Sarah Schulze (Matthias Shulze), quien fuera despedida de la empresa Tüv Rheinland como director del Departamento de Certificación de Productos y Calidad, y una vez

Por lo tanto, el despido indirecto, como se observa de los párrafos anteriores, es cuando el patrono coloca al trabajador en otras condiciones de trabajo, justificadas o no, capaz de ocasionar un perjuicio al trabajador, de índole material o moral, por la alteración unilateral de la relación obligatoria establecida, siendo que este se encuentra en la libertad de aceptarlas o no (Art.(s) 16 y 80 de la LOTTT). Por lo tanto, si a un intersexual, transexual o transgénero, se le coloca en otras condiciones laborales, de manera justificada o no, que le ocasionen un perjuicio por su condición, de índole material o moral, debido a la alteración unilateral de la relación de trabajo, este se encuentra en la libertad de aceptarlas o no, además de alegar el despido indirecto para que se apliquen los correctivos y sanciones correspondientes al empleador ante tales hechos y circunstancias que le afectan.

Además no debemos olvidar lo estipulado en los Art.(s) 9.e, 12 y 15 del Reglamento de la LOT, que señalan que el trabajador víctima de discriminación (por razones de género o preferencia sexual), podrá extinguir la relación de trabajo invocando una causa justificada del retiro, agregando que si lo estima pertinente ejercer una acción de amparo constitucional para obtener la restitución de la situación jurídica infringida.

Sin embargo, algunos señalan que la discriminación es tal contra estas personas que se les coloca en una situación de minusvalía, ya que la mayoría de ellas desiste de ejercer cualquier tipo de acción ante la Administración u órganos judiciales, y las pocas veces que se atreven a intentarlo se les somete a un tratamiento despótico y denigrante, aunado a la falta de resolución oportuna y adecuada del asunto.³²⁵

En tal sentido, si en el contrato de trabajo celebrado por un patrono y un trabajador no hubiere estipulaciones expresas respecto al servicio que deba prestarse y a la remuneración, estos se ajustarán a lo establecido en el Art. 57 de

que cambió su género en un período de 4 meses fue despedida, siendo que la empresa se negó a su reincorporación y simplemente la indemnizó. Tomado de *Una empresa alemana despide a una transexual*.

http://atclibertadatclibertad.spaces.live.com/?_c11_BlogPart_BlogPart=blogview&_c=BlogPart&partqs=cat%3Dtransexualidad%2520laboral, consultado el 19/07/2009.

³²⁵ Señalado así por **ADRIÁN, Tamara**. *Op. Cit.*, pp. 304-305.

la LOTT, según el cual: a) el trabajador estará obligado a desempeñar los servicios que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, y que sean del mismo género de los que formen el objeto de la actividad a que se dedique el patrono;³²⁶ y b) la remuneración deberá ser adecuada a la naturaleza y magnitud de los servicios y no podrá ser inferior al salario mínimo ni a la que se pague por trabajos de igual naturaleza en la región y en la propia empresa (Art. 60 del Reglamento de la LOT). Por ello, cuando la labor ordenada no sea, a juicio del trabajador, de las que está obligado a ejecutar, deberá cumplirla, siempre que no sea manifiestamente improcedente y no ponga en peligro al propio trabajador (en su salud física y psicológica) o a la actividad de la empresa, establecimiento o explotación del patrono, consignando ante éste o su representante su no conformidad, sin que el haber cumplido la orden implique su aceptación de las modificaciones de las condiciones de trabajo, si fuere el caso, ya que si corriera riesgo el trabajador el incumplimiento se encontraría plenamente justificado.

En este sentido, hemos de hacer referencia en el derecho comparado, a la decisión de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea del 30 de abril de 1996, en la causa C-13/94, relativa al caso de P contra S y Cornwall Country Council, en el que realiza una interpretación de la directiva 76/207/CEE del Consejo del 9 de febrero de 1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo concerniente al acceso al empleo, a la formación y promoción de los profesiones, y a las condiciones de trabajo, que en su Art. 5 párrafo 1, se opone al despido de un transexual por motivo de su cambio quirúrgico de sexo.³²⁷ De aquí, observamos como en el derecho comparado, se prohíbe cualquier tipo de despido en razón de la reasignación quirúrgica de sexo por esta condición, ya que de efectuarse sería discriminatorio y desigual, debido a que la misma no tiene ni guarda relación con la actividad laboral ordinaria, ni la manera de prestarse.

³²⁶ Esto significa que si un intersexual, transexual o transgénero, efectúa la reasignación de género médico-quirúrgica, se le debe asignar servicios que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, y que sean del mismo género de los que formen el objeto de la actividad a que se dedique el patrono, por lo que si cambia de hombre a mujer deben ser actividades propias femeninas y viceversa.

³²⁷ **TEYSSIÉ, Bernard.** *Op. Cit.*, pp. 20-22.

Otra de las situaciones que se pueden presentar es el acoso laboral padecido en el centro de trabajo, sobre todo cuando inician el proceso de reasignación de sexo, pudiendo llegar a sufrir estas situaciones bien sea por parte de la dirección o gerencia de la empresa o procedente de los propios compañeros. Dentro de estas situaciones estarían entre otras la negativa a reconocer la identidad de género que asumen en el tratamiento cotidiano, así como la movilidad funcional,³²⁸ la degradación de las condiciones de trabajo; también se podrían tomar medidas disciplinarias, sanciones o decisiones extintivas del contrato de trabajo como efectuar el despido, encubierto bajo toda clase de triquiñuelas, con tal de no mantener en su plantilla a este tipo de personas.³²⁹

8. Derechos colectivos

El derecho a sindicarse se encuentra en el Art. 95 de la CRBV; en los Art 431 de la LOTT y en el Título III (Art.(s) 112 a 128) del Reglamento de la LOT; en la Declaración de Filadelfia de 1944; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, la Constitución de la OIT, y en los Convenio N° 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, y el Convenio N° 98 sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva. Así, notamos que tanto los trabajadores y los patronos se pueden asociar en sindicatos, federaciones y confederaciones (Art.(s) 353 y 360 de la LOTT y Convenio N° 98 OIT), siendo que tienen por objeto el estudio, defensa, desarrollo y protección del proceso social de trabajo, la protección y defensa de la clase trabajadora, del conjunto del pueblo, de la

³²⁸ Como lo sería el apartar a una persona intersexual, transexual o transgénero, de la atención al público, si antes desempeñaba ese trabajo, con la intención de “*ocultar e invisibilizar*.”

³²⁹ Sobre este particular se debe hacer referencia al caso tramitado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que dictó una sentencia el 30/04/1996, referido al caso de una mujer transexual, administradora de un centro docente, que fue despedida durante el proceso de reasignación de sexo, siendo que se pronunció en contra la decisión extintiva del contrato, por entender que el despido de una persona transexual durante el proceso de reasignación de sexo es contrario al objetivo de no discriminación por razón de sexo perseguido por la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, que tomando en cuenta el apartado 1 del artículo 5 de la citada Directiva, el tribunal interpretó que el despido de un transexual con motivo de su proceso de reasignación de sexo sería equiparable a una discriminación por razón de sexo, hecho expresamente prohibido por esta norma. Información tomada de **ELÓSEGUI ITXASO, María. La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica.** Ediciones Comares. Granada, España, 1999, (pp. 351-357).

independencia y soberanía nacional conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados (Art.(s) 365 y 367 de la LOTTT). Así, entre las atribuciones y finalidades de los sindicatos están:

A) Garantizar la formación colectiva, integral, continua y permanente de sus afiliados para su desarrollo integral y el logro de una sociedad justa y amante de la paz basada en la valoración ética del trabajo, siendo que dentro de esta formación para una sociedad justa no se limita únicamente al aspecto de crecimiento profesional dentro de cada área de desempeño, sino que también debe abarcar lo relativo a la tolerancia, comprensión, aceptación y modo de comportamiento en relación a sus demás compañeros en su ambiente de trabajo, lo cual incluiría la manera en que se trata a los intersexuales, transexuales y transgéneros.

B) Contribuir en la producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo, lo cual es un objetivo y finalidad de todo ciudadano trabajador sin distinción alguna de sexo, edad, género, orientación sexual, etc.

C) Ejercer control y vigilancia sobre los costos y las ganancias, para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo, el cual al igual que el punto anterior es un objetivo de todos los trabajadores sin distinción alguna.

D) Promover entre sus afiliados la responsabilidad con las comunidades y el medio ambiente, siendo que todo trabajador debe buscar propender este fin y al hablar de las comunidades, se deben incluir las comunidades LGBTTI, que suelen ser objeto de agresión y discriminación, motivo por el cual deberían buscar que esto no se produzca dentro de uno de sus fines.

E) Proteger y defender los intereses de sus afiliados en el proceso social del trabajo; por lo que si mediante alguna actitud o actividad generalizada por parte del patrono se produjeran discriminaciones en razón del sexo y género de los trabajadores (el ser hombre, mujer, intersexual, transexual o transgénero), ello justificaría la intervención del sindicato en protección y defensa de este sector marginalizado y discriminado.

F) Representar a sus afiliados en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo, y especialmente en los procedimientos de conciliación y arbitraje; siendo que dicha representación incluye a los intersexuales, transexuales o transgéneros, sobre todos si están afiliados a dicho sindicato.³³⁰

G) Promover, negociar, celebrar, revisar y modificar convenciones colectivas de trabajo y exigir su cumplimiento; lo cual puede incluir el que se coloquen cláusulas relativas a las contrataciones, condiciones y medio ambiente de trabajo de los intersexuales, transexuales o transgéneros.

H) Representar y defender a los trabajadores que lo soliciten, aunque no sean miembros de la organización sindical, en el ejercicio de sus derechos y la protección de sus intereses individuales o colectivos, en sus relaciones con el patrono o patrona y en los procedimientos administrativos, y, en el caso de los procedimientos judiciales ejercer la representación de los trabajadores y trabajadoras, con la debida asistencia jurídica; motivo por el cual, los trabajadores intersexuales, transexuales o transgéneros, sean o no miembros del sindicato pueden ser representados y defendidos por éste ante las desigualdades, discriminaciones e irregularidades que cometa el patrono en contra de ellos por la condición que poseen, en protección de sus derechos e intereses, inclusive los individuales.

I) Supervisar y defender el cumplimiento de todas las normas destinadas a garantizar la seguridad social y el proceso social de trabajo, a los trabajadores,

³³⁰ Un ejemplo de cómo en las convenciones colectivas españolas se ha buscado integrar a cualquier tipo de unión estable por parte de los sindicatos que participan en ella, a los fines de que gocen de los beneficios laborales y seguridad social, se puede observar en **ROJO TORRECILLA, Eduardo**. *Op. Cit.* Un caso de lo mencionado anteriormente sería el del Convenio colectivo de Telefónica para el período 2003-2005, que es un convenio muy importante porque de forma exhaustiva se regulan los derechos de las parejas de hecho en el apartado 12.2 dedicado a igualdad de género y no discriminación; se afirma, para justificar la regulación, que la empresa es “*sensible a la realidad social creciente*” de “*nuevas formas de convivencia que surgen en nuestra sociedad*”, definiendo la pareja de hecho como “*la unión estable de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, y que conste inscrita en el correspondiente Registro Oficial*”. También se ha producido en alguna ocasión la equiparación de derechos en materia de previsión social complementaria. Valga como ejemplo que en el pacto de exteriorización de pensiones, suscrito entre Citybank y CC OO, UGT, CIG y FITC, el 11 de noviembre de 2002, se permite que las parejas de hecho (compañeros sentimentales) que convivan con el empleado fallecido, y previa acreditación de dicha convivencia, “*puedan recibir el importe acumulado por pensión*” (por muerte de la pareja de hecho).

especialmente las de prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo, las de construcción de viviendas para los trabajadores, las de creación y mantenimiento de servicios sociales y actividades sanas y de mejoramiento durante el tiempo libre; con lo cual se debe velar también por la protección en este sentido de los intersexuales, transexuales o transgéneros, sobre todo una vez que hayan efectuado la reasignación de género mediante una operación médico-quirúrgica, con lo cual podría ser necesario que se modificasen las condiciones y medio ambiente de trabajo en relación a ellos.

J) Ejercer especial vigilancia para el fiel cumplimiento de las normas dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades, así como de las normas protectoras de la maternidad y la familia, menores y aprendices; siendo que dentro de esa protección de igualdad de oportunidades y no discriminación deben estar incluidos los intersexuales, transexuales o transgéneros, sobre todo porque es un grupo minoritario especialmente vulnerable y usualmente sujeto a arbitrariedades y abusos.

K) Crear fondos de socorro, de ahorro y cooperativas,³³¹ escuelas industriales o profesionales, bibliotecas populares y clubes destinados al deporte y a la recreación o al turismo. No obstante, para la organización de cooperativas de producción o servicios por trabajadores de una empresa, se requerirá autorización expresa de la misma, cuando se trate de producir mercancías o prestar servicios semejantes a los que produzca o preste la empresa correspondiente. La administración y funcionamiento de las cooperativas se regirá por las disposiciones pertinentes a ellas como lo es la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas. Así, se podría crear un fondo de socorro para los intersexuales,

³³¹ El 26 de junio de 2008 se inauguró en Avellaneda, Argentina, una cooperativa de trabajo (Cooperativa Escuela de Trabajo Textil de Travestis y Transexuales Nadia Echazú), como un tipo de trabajo autogestivo, siendo la primera cooperativa en Latinoamérica de travestis y transexuales, como un esfuerzo para salir de la prostitución en que las encierran los prejuicios y los estereotipos, y tratar de salir de la pobreza en la que vive la inmensa mayoría. Tomado de **TARINGA.NET. Primera Cooperativa de Trabajo de travestis y transexuales.** <http://www.taringa.net/posts/info/1347741/Primera-Cooperativa-de-Trabajo-de-travestis-y-transexuales.html>, y en http://argentina.indymedia.org/archives/archive_by_id.php?id=4367&category_id=31, consultadas ambas páginas web el 15/07/2009.

transexuales o transgéneros, a los fines de coadyuvar con ellos a la adaptación de su situación, sobre todo cuando deciden someterse a una operación médico-quirúrgica de reasignación de sexo.

L) Realizar estudios sobre las características de la respectiva rama profesional, industrial comercial o de servicios, costos y niveles de vida, educación, aprendizaje y cultura y, en general, sobre todas aquellas que les permita promover el progreso social, económico y cultural de sus asociados; y presentar proposiciones a los Poderes Públicos para la realización de dichos fines. En este sentido, podrían efectuar estudios respecto a la vida, condiciones sociales, efectos sociales, cultura, etc., en relación a los intersexuales, transexuales o transgéneros, con el propósito de proponer leyes y demás circunstancias necesarias para permitir la inserción de éstos en el mercado laboral en condiciones de igualdad.

M) Colaborar con las autoridades, organismos e institutos públicos en la preparación y ejecución de programas de mejoramiento social y cultural y en la capacitación técnica y colocación de los trabajadores; lo cual podría incluir la preparación y capacitación social y cultural tanto de los intersexuales, transexuales o transgéneros, para que ingresen a la actividad laboral, como a los demás trabajadores y patronos, para evitar conductas y situaciones de discriminación por la condición que estos poseen.

N) Colaborar con las autoridades, organismos e institutos públicos en la preparación y ejecución de programas de mejoramiento social y cultural y en la capacitación técnica y colocación de los trabajadores; sobre todo si se trata de informes acerca de la discriminación en todos los aspectos laborales en relación a los intersexuales, transexuales o transgéneros, con la finalidad de obtener soluciones apropiadas.

Ñ) Realizar campañas permanentes en los centros de trabajo para concientizar a los trabajadores en la lucha activa contra la corrupción, consumo y distribución de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y hábitos dañinos para su salud física y mental, y para la sociedad; en lo cual se puede incluir también

aquellas actividades destinadas a evitar cualquier discriminación en razón de sexo o género.

O) En general, las que señalen sus estatutos o resuelvan sus asociados, para el mejor logro de sus fines, en los cuales se podría encontrar alguna cláusula relativa a los intersexuales, transexuales o transgéneros, en búsqueda de su protección laboral.

También existen una serie de libertades como: a) la de constituir sindicatos (inclusive sindicatos conformados para intersexuales, transexuales o transgéneros); b) ingresar o egresar de ellos libremente (por lo cual no se les debe obligar o prohibir ingresar o salir de algún sindicato por la condición que poseen); c) de no poder ser excluido del sindicato más que por causa legal (Art.(s) 397 y 398 de la LOTTT y Art.(s) 2, 101 y 222 de la LOPNNA), con lo cual sería ilegal su expulsión por ser intersexual, transexual o transgénero, permitiendo la realización de acciones legales para su reingreso; d) de no asociarse a ningún sindicato, por lo cual no se les puede forzar a pertenecer a un sindicato exclusivo para intersexuales, transexuales o transgéneros, o cualquier otro sindicato; e) de no sufrir represalias con motivo de la participación de un conflicto de trabajo (Art.(s) 353, 355, 359, 362 y 422 de la LOTTT); f) la no sujeción a más requisitos para su constitución y funcionamiento que los expresamente señalados en la ley (Art. 365 de la LOTTT), con lo cual no se podría exigir a sus miembros el no ser un intersexual, transexual o transgénero; g) la pluralidad sindical y la independencia de cada una de las organizaciones frente a las restantes y al Estado, por lo que no se puede obligar a formar parte de un sindicato único y se podría constituir cuantos sindicatos sea posible en la que se permita la inclusión de los intersexuales, transexuales o transgéneros; h) la libertad de la agrupación para redactar sus estatutos, elegir sus representantes y perseguir con plena autonomía sus fines (Art.(s) 353, 355, 356 y 360 de la LOTTT), con lo cual podría ser un representante sindical un intersexual, transexual o transgénero, no pudiendo ser excluidos por tener tal condición; e i) la de constituir federaciones y confederaciones (Art. 356 de la LOTTT).

Para participar o crear un sindicato, solamente se exige una edad superior a 14 años (Art.(s) 2, 101 y 222 de la LOPNNA y Art. 117 del Reglamento de la LOTTT), incluso los extranjeros pueden formar parte de estas asociaciones, quedando en la actual ley del trabajo eliminada la normativa que no les permitía ser miembros de las juntas directivas, sino después de 10 años en el país (Art. 404 de la derogada LOT). Por ello, no se podría excluir de formar parte de un sindicato e integrar la junta directiva a las personas por el hecho de ser intersexuales, transexuales o transgéneros, aunque sean extranjeros, ya que ello sería una exclusión ilegal e inconstitucional, ya que no está establecido ello como excluyente ni en la Constitución ni en las leyes, por lo que ello generaría discriminación y desigualdad de género, debiéndoseles permitir participar y crear sindicatos a todos por igual, incluyendo a este sector minoritario de la población. En tal sentido, las causas de separación de los miembros de los sindicatos y federaciones serían únicamente las que se encuentran establecidas en el Art. 398 de la LOTTT.

Finalmente, el fuero sindical como garantía legal otorgada a los trabajadores que promueven la creación y constitución de un sindicato, y a los miembros de las juntas directivas (Art.(s) 94, 265, 418 al 420, 456 en relación con el 72 y 74 y 459 de la LOTTT), de no ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo sin justa causa, calificada por la inspectoría del trabajo (Art. 418, 419, 497, 498 y 536 de la LOTTT), abarca también a los intersexuales, transexuales o transgéneros, ya que lo contrario sería como ya se ha señalado tantas veces discriminatorio y atentatorio sus derechos fundamentales como personas.

9. Convención Colectiva.

El Art. 507 de la derogada LOT de 1997 (la actual ley no hace conceptualización alguna) nos decía que *“la convención colectiva de trabajo es aquella que se celebra entre uno o varios sindicatos o federaciones o confederaciones sindicales de trabajadores, de una parte, y uno o varios patronos o sindicatos o asociaciones de patronos, de la otra, para establecer las condiciones conforme a las cuales se debe prestar el trabajo y los derechos y*

obligaciones que correspondan a cada una de las partes.” Por lo tanto, se trata de un acto solemne (convención-contrato) efectuado entre uno o varios patronos y una o varias asociaciones sindicales, para implantar las circunstancias uniformes de trabajo y demás aspectos destinados a elevar la calidad de vida individual y familiar del trabajador, mediante las relaciones que surgen entre las partes involucradas.

Esto busca eliminar cualquier tipo de desigualdad entre los diferentes trabajadores de una empresa, para poder lograr la tranquilidad entre las partes que participan en ella, por medio de las regulaciones de la relación laboral que se establecen en ella, bajo la premisa de mejorar las condiciones ya existentes, en aspectos económicos, sociales o sindicales, mediante cláusulas normativas, obligacionales, de envoltura, eventuales, accidentales y accesorias.

En tal sentido es evidente que a través de las convenciones colectivas se pueden implantar circunstancias uniformes de trabajo y demás aspectos destinados a elevar la calidad de vida individual y familiar de los intersexuales, transexuales o transgéneros, como trabajadores que pueden ser; además, de eliminar cualquier tipo de desigualdad entre estos y los demás trabajadores de una empresa, para lograr la tranquilidad entre las partes involucradas, estableciendo las regulaciones de la relación laboral sobre las que se han de regir, mejorando de tal manera las condiciones ya existentes en diferentes aspectos como los económicos, sociales o sindicales, utilizando para ello cláusulas normativas, obligacionales, de envoltura, eventuales, accidentales y accesorias.

Las cláusulas obligacionales tendrían acá una gran importancia, ya que contienen los compromisos que ambas partes contraen y que generan derechos y obligaciones contrapuestos, en las cuales se pueden regular situaciones especiales y concretas relativas a los intersexuales, transexuales o transgéneros, o en todo caso hacerlas extensivas a ellos, como terceros beneficiarios de dichas cláusulas.

No olvidemos que entre patronos y sindicatos se pueden efectuar las negociaciones y solventar los conflictos que se pueden dar para modificar las condiciones de trabajo, para reclamar el cumplimiento de las convenciones

colectivas o para oponerse a que se adopten determinadas medidas que afecten a los trabajadores de la respectiva empresa, explotación o establecimiento (Art. 431 y siguientes de la LOTTT y Art.(s) 129 a 164 del Reglamento de la LOT), en donde se podría negociar todo lo relativo a los intersexuales, transexuales o transgéneros como trabajadores de la empresa.

Por último, se debe señalar que cuando no existe sindicato lo que se efectúa son acuerdos colectivos tal como se puede apreciar e inferir de los Art.(s) 95, 104, 367.11 y 435 de la LOTTT y el Art.(s) 24.c, 51.i y parágrafo único, 136-138, 164, 178 y 235.c del Reglamento de la LOT, con lo cual en dichos acuerdos colectivos también se pueden tratar los aspectos o temas pertinentes a los intersexuales, transexuales o transgéneros.

10. Conflicto colectivo.

Los conflictos colectivos de trabajo se presentan cuando existen evidentes pretensiones antagónicas entre el patrono y sus trabajadores, en donde se encuentra en juego un interés común, ante una posible lesión o peligro de producirse ésta, que se pueden producir incluso por medidas de orden individual, como podría ser el despido de un trabajador por afiliarse a un sindicato o en nuestra consideración el despido de cierto tipo de trabajadores por poseer cierta condición, la cual podría ser el que sean intersexuales, transexuales o transgéneros, con lo cual se evidencia la discriminación en razón del género.

De allí, que puedan surgir conflictos jurídicos o de derecho y conflictos económicos o de intereses. Ante esto se puede producir una huelga de trabajadores en la que se interrumpa el trabajo de manera colectiva, con abandono del lugar donde se ejecuta la actividad laboral, para que el patrono tome o deje de tomar ciertas medidas relativas a las condiciones de trabajo, durante un tiempo indeterminado aunque temporal (Art.(s) 486 y 488, 490 y 491 de la LOTTT y Art. (s) 165 a 190 del Reglamento de la LOT).

Así podrán ir a huelga los trabajadores para que el patrono tome prevenciones para evitar que se ejecuten actividades o medidas segregacionistas relativas a las condiciones de trabajo de los intersexuales, transexuales o

transgéneros, con la finalidad de evitar cualquier tipo de discriminación y desigualdad.

11. Accidentes de trabajo.

Los accidentes o infortunios de trabajo, se dan precisamente por aquellas enfermedades o accidentes profesionales, que se producen por efecto de la actividad que realiza el trabajador, o en razón directa a esta, ya sea que exista o no culpa o negligencia de la empresa, de los trabajadores o aprendices, que afecta la vida, salud y bienestar del empleado u obrero, generando una responsabilidad patrimonial del patrono como creador, identificador y evaluador del riesgo, así como obligado a vigilar las actividades de trabajo y beneficiario de la utilidad o rendimiento de la empresa (Art.(s) 129 y 130 de la LOPCYMAT).³³²

En tal sentido, los accidentes o infortunios de trabajo, que produzcan enfermedades o accidentes profesionales, producto de la actividad que realiza un trabajador intersexual, transexual o transgénero, en razón directa a esta, sobre todo si se ha producido una reasignación médico-quirúrgica de género, que requiere modificación de las condiciones de trabajo, o que por cierto tratamiento inherente a su condición requiera de la modificación de las mismas y no se produzca, generará responsabilidad patrimonial objetiva del patrono, ya sea que exista o no culpa o negligencia por parte de este, de los trabajadores o aprendices, bastando simplemente que se afectare la vida, salud y bienestar del trabajador intersexual, transexual o transgénero.

No se requiere demostrar culpa civil de conducta imprudente, negligente o falta de pericia capaz de producir un daño, ya que existe una responsabilidad objetiva del riesgo profesional, del riesgo de autoridad y del riesgo social. La empresa ha de contar con una organización y elementos que permitan un bienestar integral tanto en lo físico, psicológico, cultural y ambiental, para todos los trabajadores, incluyendo a los intersexuales, transexuales o transgéneros.

³³² Según el Art. 2 de la LOPCYMAT, todas las disposiciones de esa ley son de orden público en concordancia con la Constitución y la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. Igualmente, en sus Art.(s) 8 y 9 indica que las acciones prescriben a los 5 años. En este sentido, se debe tener presente lo establecido en el Título VI “Accidentes de Trabajo y Enfermedades Ocupacionales” de la LOPCYMAT en sus Art.(s) 69 al 77.

Así, si no existen las previsiones necesarias, se puede producir un accidente profesional generando una lesión, funcional o corporal, permanente o temporal, inmediata o posterior, o la muerte, como consecuencia de la acción violenta de una fuerza exterior sobrevenida en el trabajo, durante el trabajo y con ocasión a éste (Art. 69 de la LOPCYMAT).

También se puede generar una enfermedad profesional, entendida como el estado patológico contraído con ocasión del trabajo o exposición al ambiente en el que desempeña su actividad laboral, generado por agentes físicos, químicos o biológicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas, factores psicológicos o emocionales, que se manifiestan mediante una lesión corporal u orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, temporales o permanentes (Art. 70 de la LOPCYMAT).

En tal sentido, el empleador ha de responder igualmente de las secuelas o deformidades permanentes que se produzcan, así como de aquellas enfermedades ocupacionales de carácter progresivo, discapacidad parcial permanente, discapacidad total permanente, discapacidad absoluta permanente y gran discapacidad (Art.(s) 71, 72, 80, 81, 82 y 83 de la LOPCYMAT).³³³

Por ello, la muerte, los accidentes o enfermedades profesionales, generan el derecho a la obtención de una indemnización tarifada por la ley, dependiendo del grado y duración de la inhabilitación para el trabajo (Art. 130 de la LOPCYMAT). Además, tiene derecho a la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica, y gastos de entierro (Art.(s) 85 y 90 de la LOPCYMAT). Los

³³³ Nos parece pertinente mencionar que el 25/02/2005, en Varese, Italia, Frabrizia(o) B. de 50 años, quien ya se había sometido a una operación de reasignación de género a los 35 años, decidió cambiar también de sexo sus documentos, pero cuando lo supieron sus jefes, la despidieron, por considerar que "No da buena imagen de nuestros servicios". De este modo, decidió recurrir al juez laboral acusando a la administración del ayuntamiento de Uboldo de discriminación sexual, siendo que este rechazó las acusaciones indicando que ello no tiene nada que ver con el cambio producido. Fabrizia, además de trabajar para una cooperativa, trabajaba por cuenta de los servicios sociales del municipio atendiendo a un anciano que no se valía por sí mismo, siendo que ese empleo le fue entregado por tener una discapacidad de 90% debido a una enfermedad diagnosticada. No teniendo más trabajo, debe vivir con 230 Euro al mes que cobro por la discapacidad, mientras que antes podía disponer de 600 euros por el trabajo de la cooperativa y de otros 400 euros del ayuntamiento. Tomado de **CARLAANTONELLI.COM. Ayuntamiento de Italia despide a mujer transexual con discapacidad.** <http://lgtbdiscapacidad.blogspot.com/2009/03/ayuntamiento-de-italia-despide-mujer.html>, consultado el 18/07/2009.

parientes que tienen derecho a la indemnización sin ningún derecho preferente se establecen en el (Art.(s) 85, 86, 87, 88 y 89 de la LOPCYMAT). Por lo tanto, toda la normativa mencionada en este punto, es plenamente aplicable a los intersexuales, transexuales o transgéneros, sobre todo si ello se produce ante el incumplimiento por parte del patrono de las obligaciones legalmente establecidas.

Si el trabajador lesionado (inclusive los intersexuales, transexuales o transgéneros) no puede efectuar su trabajo anterior, pero si otro tipo de actividad, tiene el derecho a ser reemplado por su patrono en la actividad adecuada a su nueva condición (Art.(s) 91 y 120 de la LPOCYMAT; y los Art.(s) 18.3, 84, 90.8, 94 y 96 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y su Reglamento).

Dentro de las políticas nacionales de seguridad y salud en el trabajo, se establece un régimen prestacional de seguridad y salud en la que intervienen diferentes organismo y personas, siendo importantes entre otros el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Delegado de Prevención, y el Comité de Seguridad y Salud Laboral (11, 12, 38, 40, 42, 47 y 48 de la LOPCYMAT), que manejan todo lo relativo a esta materia y que también pueden actuar en relación a los intersexuales, transexuales o transgéneros y sus condiciones y medio ambiente de trabajo.

De este modo, observamos que el Art, 53 de la LOPCYMAT establece los derechos de los trabajadores, en donde están entre otras el derecho a ser informados de las condiciones de trabajo, recibir formación teórica y práctica, participar en todo lo relativo a las condiciones de trabajo, no ser sometidos a condiciones peligrosas e insalubres pudiendo rehusarse a ello, denunciar las condiciones inseguras, ser reubicados de sus puestos de trabajos por razones de salud, rehabilitación o reinserción laboral,³³⁴ que se realicen periódicamente exámenes de salud preventivos, la confidencialidad de sus datos personales de salud, participar en las actividades de recreación, expresar libremente sus ideas y opiniones, la privacidad de su correspondencia, recibir oportunamente las

³³⁴ Respecto a la reinserción laboral el Art. 91 de la LOPCYMAT dice que se debe facilitar la reinserción laboral y el Art. 120 numerales 12, 13 y 16 *eiusdem* establece las sanciones por no efectuar la incorporación, reubicación o reingreso del trabajador, o efectuarlo de manera en que se desmejoren sus condiciones.

prestaciones e indemnizaciones, entre otros derechos; así como también se les establecen una serie de deberes en el Art. 54 de la LOPCYMAT.

De este modo, guardan especial relación con la situación de los intersexuales, transexuales o transgéneros, el no ser sometidos a condiciones peligrosas e insalubres pudiendo rehusarse a ello, ya que se puede pretender establecerles otras condiciones de trabajo a los fines de pretender su renuncia o efectuar su ocultamiento del público o compañeros de trabajo; ante ello es que tienen el derecho de denunciar las condiciones inseguras que se les colocan, así como exigir el ser reubicados de sus puestos de trabajos por razones de salud, rehabilitación o reinserción laboral,³³⁵ por motivo de sus condiciones particulares; siendo además que pueden pedir que se realicen periódicamente exámenes de salud preventivos ante la posible afectación que pueda producirse en su actividad propia de trabajo bajo las condiciones que las realizan (trabajo con químicos u otros materiales) y su posible incompatibilidad con cualquier tratamiento médico al que se encuentren sometidos por situación particular; además cobra relevancia el derecho a la confidencialidad de sus datos personales de salud que establece dicha normativa, con lo cual no puede el patrono divulgar su condición particular a terceros; también es importante el que puedan expresar libremente sus ideas y opiniones en lo relativo a su situación peculiar y las condiciones de trabajos en las que se encuentren o se pretendan colocar; finalmente, la privacidad de su correspondencia es sumamente relevante en cuanto a su derecho de que cualquier comunicado de alguna institución médica, algún profesional de la salud, información sobre posible modificación de género, entre otros que pueda ser comunicado, se respete su derecho a la privacidad y no divulgación a otros.³³⁶

Esto guarda mucha relación con los deberes de los empleadores establecidos en los Art. 58 numerales 9 y 10, y 60 de la LOPCYMAT, en los que estos deben abstenerse de toda discriminación contra los trabajadores, respetar su libertad de conciencia, así como tomar todas las medidas para asegurar la

³³⁵ Respecto a la reinserción laboral el Art. 91 de la LOPCYMAT dice que se debe facilitar la reinserción laboral y el Art. 120 numerales 12, 13 y 16 *eiusdem* establece las sanciones por no efectuar la incorporación, reubicación o reingreso del trabajador, o efectuarlo de manera en que se desmejoren sus condiciones.

³³⁶ Éste último punto guarda relación con el Art.(s) 60 de la CRBV.

privacidad de sus correspondencia y comunicaciones, sobre todo los relativos a su persona; además debe adecuar todos los métodos, máquinas, herramientas y útiles de trabajo “a las características psicológicas, cognitivas, culturales y antropométricas de los trabajadores”, con lo cual si un transgénero cambió de hombre a mujer o viceversa, todos estos elementos deben ser adaptados a su nuevo género. Todo lo anterior también se vincula a lo consagrado en el Art. 59 numerales 1 y 5 de la LOPCYMAT, cuando se dice que en protección de los trabajadores el trabajo se debe desarrollar en el más alto grado posible de salud física y mental, incluso tomando en cuentas las necesidades especiales, y que se debe impedir cualquier tipo de discriminación.

En tal sentido el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales coordinado con el Instituto de Capacitación y Recreación de los Trabajadores deben elaborar documentación, estadísticas y estudios para mejorar la calidad de vida, salud y recreación de los trabajadores, siendo que en esas actividades se deben incluir a los intersexuales, transexuales o transgéneros (Art. 1147 de la LOPCYMAT).

12. Consideraciones finales.

Los intersexuales, transexuales y transgéneros, también deben soportar otro tipo de discriminación en el ámbito laboral por razón específica de su género, en particular ante la dificultad de inserción laboral que les deja como único camino el ejercicio de la prostitución,³³⁷ siendo por ello, perseguidas y acosadas por la policía,³³⁸ además de no tener protección sanitaria (corriendo el riesgo de contagio y transmisión de enfermedades como el VIH, la hepatitis, etc.) y sin el justo

³³⁷ Para el 2007 en España cerca del 75 por ciento de los transexuales en España se dedica libremente a esta práctica como medio de vida, igualmente la Asociación de Identidad de Género de Andalucía indica que la mayoría de los transexuales no pueden trabajar por cuenta ajena dados los prejuicios que todavía persisten en la sociedad. Tomado de un artículo publicado el 18/04/2007 en el diario **LA RAZÓN** de España. *Los transexuales españoles reclaman al Congreso su derecho a ejercer la prostitución.* <http://www.mujernueva.org/articulos/articulo.phtml?id=6612&td=5&tse=NOT>, consultado el 19/07/2009.

³³⁸ Como ejemplo podemos observar que en España *AET- Transexualia* se constituye el 2/07/1987, un año después de que varias mujeres transexuales trabajadoras del sexo se plantearan una serie de iniciativas para hacer frente a la situación de acoso policial que sufrían. Sobre la historia del movimiento transexual en España, véase CANTÓ RAMOS, Juana “*Las asociaciones de transexuales en España*”, publicado en BECERRA FERNÁNDEZ, Antonio (compilador). *La Transexualidad. La búsqueda de una identidad.* Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2003 (pp. 125-142).

reconocimiento de sus derechos legales como personas y trabajadoras, ya que al no cotizar a la seguridad social no gozan de estos beneficios, careciendo por tanto de las prestaciones sociales o paro forzoso vinculadas a este sistema; tampoco tributan por sus ingresos en el impuesto sobre la renta. Por ello, es importante que exista un proyecto de inserción laboral de estas personas, como lo tratan de hacer los proyectos de Ley de Igualdad y Equidad de Género, de ley propuesto por ACCIS y el de la Alcaldía Metropolitana de Caracas antes mencionados.³³⁹

Sin embargo, este tipo de legislación no se aprobará sin tener adversarios como la Conferencia Episcopal Venezolana, que ante el Proyecto de Ley de Igualdad y Equidad de Género, consideran que se cometen graves violaciones y daños irreparables a derechos y estructuras fundamentales de la sociedad

³³⁹ El problema de una falta de legislación no es único de Venezuela, en el caso chileno podemos observar que tampoco existe una norma que regule en concreto a estas situaciones, aunque el Ministerio del Trabajo y la Dirección del Trabajo, emitió en el año 2004 un dictamen en donde se señala expresamente que el Art. 2 del Código del Trabajo, según el cual están prohibidas las discriminaciones basadas en "raza, raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen", el cual es también aplicable a las minorías sexuales aunque no se encuentren expresamente señaladas. Tomado de **BASTTHIÁN, C.** *La no discriminación garantizada en la nueva jurisdicción laboral.* <http://atinachile.bligoo.com/content/view/178328/LA-NO-DISCRIMINACION-GARANTIZADA-EN-LA-NUEVA-JUSTICIA-LABORAL.html>, consultado el 19/07/2009. Esto ocurre sobre todo ante las situaciones que se presentan como la de docentes inhabilitados de hacer clases y policías expulsados de las Fuerzas Armadas y de Orden sólo en razón de su orientación sexual o identidad de género, en donde el VII Informe Anual de los Derechos Humanos de las Minorías Sexuales Chilenas, elaborado por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh), destacó que entre el 2002 y el 2008 se ha conocido de 28 denuncias de discriminación laboral que han afectado a cerca de 100 lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGTB). Por ello, el 11/06/2009, ingresó a la Cámara de Diputados el "Proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo", donde la iniciativa quedó radicada en la Comisión del Trabajo y Seguridad Social, que modifica el Art. 161 del Código del Trabajo, agregando un párrafo de gran relevancia en donde el patrono debe justificar el despido y agrega un nuevo párrafo al Art. 162, donde se obliga a los empleadores a indicar al trabajador su derecho a "*reclamar administrativa o judicialmente*" el despido por necesidades de la empresa, siendo deber también informar al afectado que puede contar con un abogado de la Defensoría Laboral. Tomado de **OPUSGAY.CL.** *Presentan proyecto de ley para modificar norma que posibilita despidos laborales por homofobia y transfobia.* <http://adhb.wordpress.com/2009/06/17/presentan-proyecto-de-ley-para-modificar-norma-que-posibilita-despidos-laborales-por-homofobia-y-transfobia/>, consultado el 18/07/2009. No obstante, se observa casos como el del Parlamento de Navarra en España, que el 11 de junio de 2009, aprobó en consideración la proposición de Ley de Foral de No Discriminación por Motivos de Identidad de Género y de Reconocimiento de los Derechos de las Personas Transexuales, que fue una La iniciativa legislativa fue presentada por Naforra Bai, que entre otras cosas que las administraciones elaborarán en materia laboral las medidas de discriminación positiva adecuadas para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales. Tomado de **ABERTZALE.EU.** *El Parlamento de Navarra tramitará la ley integral sobre transexualidad presentada por NaBai.* <http://www.abertzale.eu/20090612/3218/el-parlamento-de-navarra-tramitar-la-ley-integral-sobre-transexualidad-presentada-por-nabai/>, consultado el 18/07/2009.

venezolana reconocidos y garantizados en nuestro texto Constitucional, generando graves daños que ya ha estado sufriendo el matrimonio y la familia por el deterioro económico, social y moral y por el impacto de una cultura pan sexual que atenta contra su estructura social y jurídica.³⁴⁰

La situación de las personas transexuales se ve agravada, al no serles reconocida la identidad legal acorde con su identidad físico-psíquica, resultando a nuestro juicio, una de las situaciones de mayor vulnerabilidad. Sobre este particular, T. Adrián sostiene que “(...) *ante la ausencia de mecanismos que permitan el reconocimiento legal de la identidad de estas personas, de manera rápida y expedita, y asegurando el derecho a la privacidad, las ubica en una situación laboral fáctica muy parecida a la de un inmigrante sin papeles, pero en su propio país*”.³⁴¹

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IV.

En la materia laboral, es preciso hacer frente a la discriminación que se presenta en materia de empleo de los intersexuales, transexuales o transgéneros, lo cual se puede lograr mediante una la legislación antidiscriminatoria donde se especifique muy claramente la no discriminación por orientación sexual u opción de género y tomar medidas tendientes a cambiar las prácticas y políticas de empleo, siendo que en este último caso, los empleadores y los sindicatos cumplen un papel importante a la hora de evitar que se produzcan situaciones de fobias por parte de los trabajadores o empleadores que se consideren inaceptables.

En tal sentido, se debe tratar de conformar, impulsar y desarrollar una cultura por parte de los empresarios y trabajadores de tolerancia, donde el Estado tiene la función fundamental de garantizar que se dé un trato igualitario a todos los trabajadores, donde no se acepte la discriminación, el acoso y la violencia en cualquiera de sus formas ni por ningún motivo, ya que dichas actitudes afectan en forma negativa la eficacia y el rendimiento en el trabajo –tanto en lo público como

³⁴⁰ Tomado de una comunicación del 10/07/2009 titulado **CONFERENCIA EPISCOPAL VENEZOLANA**. *Comunicado de la CEV ante el Proyecto de Ley Orgánica para la Equidad e Igualdad de Género*. http://www.cev.org.ve/noticias_det.php?id=359, consultado el 18/07/2009.

³⁴¹ **ADRIAN, Tamara**. *Discriminación laboral por razón de orientación sexual e identidad de género*. Revista del Derecho del Trabajo, N° 7. Fundación Universitas. Barquisimeto, Venezuela, 2009. p. 300.

en lo privado— debido a un clima que impide a los trabajadores a nivel individual o colectivo desarrollar en sus puestos de trabajo toda su potencialidad personal.

De este modo, los empleadores que desarrollen amplias estrategias antidiscriminatorias y una buena práctica laboral tendrán mejores oportunidades a la hora de obtener a los mejores solicitantes para los puestos a cubrir y se asegura que los candidatos sean seleccionados y ascendidos en base a sus capacidades. Así, mediante la eliminación de las prácticas discriminatorias se evita que se afecte negativamente al personal y a la imagen de la empresa.

Consideramos que los sindicatos cumplen un papel importantísimo ya que ellos deben incluir en sus agendas no sólo el bienestar en sus puestos de los trabajadores comunes, sino acompañar a los intersexuales, transexuales o transgéneros, -inclusive como colectivo- en sus demandas por los derechos que les corresponden, ya que ellos también son trabajadores.

Hasta ahora en nuestro conocimiento, las organizaciones sindicales nunca han incluido seriamente en sus estrategias de lucha la situación de los trabajadores intersexuales, transexuales o transgéneros, aunque tal vez, se haya mencionado la discriminación en forma vaga, confusa y generalizada, quizá también es posible que se le haya restado importancia por ser minoría. Pero no obstante lo anterior, es bueno reiterar que estas corporaciones están para defender los derechos de todos los trabajadores y que no existe democracia y espíritu democrático si no se toman en cuenta a las minorías.

En tal sentido es necesario que se comience a trabajar en forma continua con los empleadores y sus organizaciones, los sindicatos y también el Estado para el desarrollo de programas específicos y focalizados sobre la discriminación por orientación sexual y opción de género con el objetivo de permitir un cambio de conciencia con el afán de lograr una mejor calidad de vida para todos sin distinción.

Además, se producirán mayores oportunidades laborales, cuando las personas que viven bajo la condición de intersexual, transexual o transgénero se les permita lograr rectificar sus documentos, con lo cual podrán acceder con mayor facilidad al mercado laboral, motivo por el cual se observa la relevancia de

las iniciativas legislativas que contemplan con claridad que toda persona intersexual, transexual o transgénero tiene derecho al trabajo digno y que su condición o expresión de género no es causal para rescindir la relación laboral. Por lo tanto, no ha de poder aplicarse discriminación laboral de ningún tipo, ni de trato, ni de remuneración, ni ser causa de despido o cese, el hecho de poseer dichas condiciones o estar realizando un proceso de reasignación de sexo o querer realizarlo, ni el hecho de poseer y manifestar la propia identidad de género.

Por ello, es importante que la Administración pública en todos sus manifestaciones y los organismos públicos a ellas adscritas se aseguren, en la contratación de personal y las políticas de promoción, la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, debiéndose elaborar medidas de discriminación positiva adecuadas para favorecer la contratación y el empleo de personas intersexuales, transexuales o transgéneros, aunque no se haya procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo y nombre. Todo esto, con el fin de mejorar las posibilidades de inserción y de participación en la vida social, económica, política y cultural de estas personas, incrementando su capacidad de intervención activa en la sociedad y contribuyendo así a la superación de las desigualdades sociales.

También la Administración Pública deberá elaborar medidas de discriminación positiva adecuadas, dentro de los mecanismos de empleabilidad e inclusión ya existentes, para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales. Estas medidas irán dirigidas a mejorar las posibilidades de inserción y de participación en la vida social, económica, política y cultural de las personas transexuales, incrementando su capacidad de intervención activa en la sociedad y contribuyendo así a la superación de las desigualdades sociales.

En este mismo sentido, consideramos que la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos acogen y protegen toda unión estable, ya sea basada en el matrimonio o fuera de él, aunque concede un amplio margen al legislador para que regula esta materia por vía legal por lo que respecta a la equiparación de todas las parejas. De tal forma, que se requiere que el legislador extienda la pensión de viudez, y demás indemnizaciones de seguridad

social a las uniones estables de hecho (sin importar que sean del mismo sexo), aun cuando también se podría crear una pensión de supervivencia para aquellas personas que no estando casadas convivan de forma estable y duradera, aunque tal vez esto serviría para profundizar en las diferencias por razón del carácter de hecho o de derecho del vínculo que une a dos personas, aún cuando sea bajo la apariencia de dar cobertura a una situación anteriormente desprotegida.

CAPÍTULO V

DERECHO PENAL

*Dime lo que crees ser
y te diré lo que no eres
(Henri Frédéric Amiel)*

En este capítulo, abordaremos de una manera muy genérica ciertos artículos puntuales relacionados con algunos de los delitos sexuales que consideramos importantes de destacar en cuanto a su relación al tema objeto del presente trabajo, así como en lo atinente al delito de lesiones.³⁴²

1 ¿Conductas sexuales disfuncionales y/o patológicas desde el punto jurídico?

“La violencia sexual es el acto que atenta contra la dignidad y la libertad de una persona mediante el uso de fuerza física, psíquica o moral, con el propósito de imponer una conducta sexual en contra de su voluntad,”³⁴³ es un sometimiento por medio de la fuerza, el miedo y la intimidación.

La regulación de este tipo de delitos por el Código Penal se refieren a las buenas costumbres y al buen orden de las familias, en donde las buenas costumbres son las que forman parte de la moralidad pública relativa a las relaciones sexuales, en cuanto a lo que se considera el uso recto de las relaciones carnales opuesto a toda práctica viciosa (mala costumbre o desvergüenza). Así los delitos contra las buenas costumbres son: la violación, la seducción, la prostitución, la corrupción de menores, los actos lascivos violentos, los ultrajes al pudor, el rapto y los delitos de los corruptores (inducción a la prostitución y la facilitación y favorecimiento de la misma), que se consideran atentados contra la corrección o licitud de las relaciones sexuales; y contra el buen orden de las familias, el incesto, el adulterio, la bigamia y la supresión y suposición de estado,

³⁴² Para mayor profundidad sobre estos temas se recomienda leer la literatura especializada al respecto, en donde se encuentra parte de ella citada en la bibliografía del presente trabajo. Del mismo modo, por no ser objeto del presente trabajo, no se tratará la problemática del concurso de normas que se presenta ante diferentes normas y cuerpos normativos que regulan una misma materia y supuestos de hecho.

³⁴³ **MARTÍNEZ R., Annie.** *Acoso sexual: una forma de violencia contra la mujer.* Revista Nueva Época, Universidad Libre de Colombia, N° 30, año XII. Editorial Kimpres Ltda.. Bogotá D.C., Colombia. Septiembre 2008, p. 231.

que se consideran que afectan en mayor o menor grado, la organización de la familia como grupo primario y célula fundamental de la sociedad.³⁴⁴

Lo usual es que se cataloguen como delito conductas que son: 1) contra el consentimiento del sujeto pasivo; 2) que protegen a las todas las personas, empleando un criterio también según determinadas edades para su salvaguardia; 3) las cometidas bajo un consentimiento viciado por error o por engaño (estupro); 4) la inducción de terceros a relaciones sexuales donde el actor tiene finalidad de lucro; 5) normas que castigan ciertas acciones, que en sí mismas podrían ser indiferentes pero que debido a su comisión en determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar, constituyen escándalo para la mentalidad media del país; 6) los actos que estiman perjudican el bien jurídico protegido de la libertad, integridad e indemnidad (sexual)³⁴⁵ o de la familia, por afectar la unidad familiar; 7) la protección de la “normalidad sexual”;³⁴⁶ y, 8) las que castigan aquellas conductas que afectan al matrimonio.³⁴⁷

Las tendencias penales modernas dejan de hablar de honestidad sexual para hablar de libertad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

1.1 Violación.

El Art. 374 del CP,³⁴⁸ define a la violación como:

*“Quien por medio de violencias o amenazas haya **constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de***

³⁴⁴ Así lo reseña **GRISANTI AVELEDO, Hernando** y **Andrés GRISANTI FRANCESCHI**. *Manual de Derecho Penal (parte especial)*. Vadel Hermanos Editores. Séptima edición. Valencia-Venezuela, 1997, p. 399.

³⁴⁵ En cuanto a la libertad sexual sería en lo referente al derecho de una persona a elegir voluntariamente el tipo de relación y de compañero que mejor prefiera, como el derecho de otras personas a no ser ofendidas o lesionadas en su recato y sentimientos mediante exhibiciones de conductas sexuales. Sobre libertad sexual también hablamos en el Capítulo IX.

³⁴⁶ Es un punto que puede generar mucha controversia y de larga extensión en cuanto a qué se ha de entender por normalidad sexual, lo cual no es objeto de este trabajo.

³⁴⁷ **MUÑOZ SABATÉ, Luis**. *Sexualidad y Derecho (elementos de sexología jurídica)*. Editorial Hispano-Europea. Colección De Iure et Vita. Barcelona-España, 1976, p. 235.

³⁴⁸ Esta disposición proviene del Art. 331 del Código Zanardelli, que fue tomado por el legislador en su totalidad en 1897. **INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**. *Código Penal de Venezuela*. Vol. VI. Art.(s) 344 al 406. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1999, p. 323. Esta norma no había tenido modificación alguna sino hasta la publicación del CP publicada en la G.O. Ext. N° 5.768 del 13 de abril de 2005.

prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión.

La misma pena se le aplicará, aun sin haber violencias o amenazas, al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo:

1. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

2. O que no haya cumplido dieciséis años, siempre que para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.

3. O que hallándose detenida o detenido, condenada o condenado, haya sido confiada o confiada la custodia del culpable.

4. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido.

Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley, ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.”
(Resaltado nuestro)

Como se puede observar se trata de castigar a la persona que haya tenido acceso carnal o introducido objetos, lo que implica que se requiere de penetración, pero tal penetración no es únicamente con el órgano sexual masculino sino a través de cualquier objeto o medio que sirva con el mismo fin. Igualmente, la violencia no es solamente en el sentido de fuerza física, sino también en el de coacción o violencia moral, para obtener un consentimiento. Este delito es aplicable tanto en las relaciones matrimoniales como en las uniones de hecho.

Actualmente, Muñoz Conde señala que acceso carnal ha de ser entendido como una relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé la penetración, bastando la práctica fricativa o *coniunctio membrorum*, es más un problema valorativo que gramatical y toma mayor relevancia cuando el sujeto activo es femenino y el activo masculino. Así la ambigüedad de la expresión permite todas las posibles combinaciones: hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, y mujer-mujer.³⁴⁹

³⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal (Parte Especial)*. Editorial Tirant lo Blanch. Decimotercera Edición. Valencia-España, 2001, p. 206.

La primera parte del artículo exige la existencia del constreñimiento, en la segunda parte ese elemento se presume y no necesita probarse, ya que la ley supone que no existe consentimiento en los supuestos señalados en los numerales siguientes, que establecen motivos biológicos, de autoridad que impide o disminuye la resistencia y motivos patológicos.

En este sentido el sujeto activo puede ser cualquier hombre o mujer, quedando excluido el adolescente que no sea apto para el acto sexual por no haber llegado a la pubertad, también puede ser ejercido por un colectivo y agrava el hecho (Art. 377 del CP). El sujeto pasivo puede ser cualquier persona indistintamente de su sexo, edad y condición social. Siempre en la ejecución de este delito se debe configurar la imputabilidad objetiva por estar presentes los elementos constitutivos psíquicos y materiales, siendo siempre doloso sin preterintención ni culpa, tampoco posee justificantes.

Basta que haya existido constreñimiento mediante violencias o amenazas por parte del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, para efectuar el acto carnal o introducción de objeto³⁵⁰ que no requiere que la penetración sea total es suficiente la parcial o coito vestibular, al igual que se admite la *fellatio in ore* o coito oral, como forma de violación. También se debe destacar que se admite la violación sobre la cónyuge, tutelado, pupilo o prostitutas, siempre y cuando no exista el consentimiento.

El ordinal primero se refiere a la presunción que la persona se encuentra ante una inexistencia de libertad para resistir, por lo que se considera que siempre existe violación ante la falta de esa capacidad en la que el consentimiento es inoperante y que da una *presuntio iuris et de iure* de esa incapacidad.

El ordinal cuarto se da una presunción de violencia debido a que la víctima no se encuentra en capacidad de resistir por cualquiera de los motivos señalados en ese numeral. Se trata de una violencia presunta ante la incapacidad de oponer resistencia como cuando atrae con falsas apariencias, induce a creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose para ello de palabras o de obras aparentes o

³⁵⁰ Que es distinto a la aproximación sexual (*coito inter femora*), ya que requiere de una penetración total o parcial, tampoco se requiere que exista desfloración o que exista eyaculación (*seminatio intra vas*).

fingidos para lograr el acto carnal, es decir medios fraudulentos. Se incluye también la promesa de dinero o favores; o la inducción al error sobre la identidad del propio actor; o el uso del hipnotismo.

Si estos actos son cometidos por un funcionario público además se estima que existe abuso de autoridad.³⁵¹

Este tipo de delito no admite la culpa sólo el dolo y la tentativa. Es un delito contra la honestidad, ofende el pudor y la moral pública, y es un ataque contra la libertad de la personas, es específico de su libertad, integridad e indemnidad sexual, que recae sobre personas que se encuentran en una situación débil y sin su consentimiento de sujetos que buscan satisfacer pasiones brutales.

Las amenazas o intimidación recaen sobre la psiquis de la persona que se quiere violar, que anule, paralice o impida el libre ejercicio de su voluntad de resistir la ejecución del acto carnal, de manera seria y constante, por lo que el consentimiento dado está viciado en razón del temor causado.

Podemos observar entonces que de conformidad con el tipo penal establecido en el Código Penal, como el sujeto activo puede ser cualquier persona independientemente del sexo, el hecho que una persona sea intersexual, transexual o transgénero será irrelevante, ya que independientemente de su condición podrá ser imputado y responsable de sus actos. Ahora bien, en cuanto al sujeto pasivo, como puede también ser cualquier persona indistintamente de su sexo, edad y condición social, también será irrelevante que la víctima sea una persona intersexual, transexual o transgénero.

La Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia en su Art. 43,³⁵² regula también por su parte el delito de violencia sexual, siendo el

³⁵¹ Art. 77.8 del CP, sería una agravante de este delito, aunque algunos autores como Tulio Chiossone, estiman que la condición de funcionario público en el agente no sirve para agravar la responsabilidad de éste, por ser el elemento constitutivo del delito, así se señala en **INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. Código Penal de Venezuela**. Vol. VI. Art.(s) 344 al 406. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1999, p. 354. No obstante también se debe tomar en consideración la agravante establecida en el Art. 375 del CP que no se refiere al abuso de autoridad pública sino al de autoridad privada (padre, tutor, etc.).

³⁵² Allí se establece que:

“Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun

sujeto activo en el primer párrafo cualquier persona y el sujeto pasivo la mujer; pero en el segundo y tercer párrafo se establecen circunstancias agravantes atendiendo a la condición del autor del hecho y el sujeto pasivo no es sólo la mujer sino también las niñas y adolescentes, lo cual se ha de concatenar con los Art.(s) 258, 259 y 260 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.³⁵³ Se trata de un delito doloso que es similar al delito de violación y al de abuso sexual establecidos en los Art.(s) 259 y 260 de la LOPNNA, en los que los sujetos activos pueden ser simples o calificados (que ejerza autoridad, responsabilidad de crianza o vigilancia) según se encuentre o no dentro del supuesto del tipo penal, el sujeto pasivo será un niño, niña o adolescente.

En el supuesto de hecho que regula la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia, en cuanto al sujeto activo en vista que es genérico y amplio, este puede ser cualquier persona independientemente del sexo, edad y condición social, por lo que no genera duda, conflicto o

mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Si el autor del delito es el cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien la víctima mantiene o mantuvo relación de afectividad, aun sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

El mismo incremento de pena se aplicará en los supuestos que el autor sea el ascendiente, descendiente, pariente colateral, consanguíneo afín de la víctima.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de quince a veinte años de prisión.

Si la víctima resultare ser una niña o adolescente, hija de la mujer con quien el autor mantiene una relación en condición de cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien mantiene o mantuvo relación de afectividad, aún sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.”

³⁵³ **GRANADILLO COLMENARES, Nancy Carolina.** *Los Delitos y otros aspectos procesales previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violencia.* Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela, 2008, pág. 51, indica que “el procedimiento previsto en esta Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia atiende a la disminución de los lapsos procesales por la especialidad con la cual el legislador ha previsto la preeminencia de atención y tratamiento a los casos de violencia contra la mujer.” Por ello, estima que en el caso de delito cometido en una niña o adolescente hembra este es el procedimiento aplicable por tener lapsos más breves y por la remisión de la LOPNNA; pero en caso que el delito sea en un niño o adolescente varón el procedimiento aplicable será el de la LOPNNA. También se ha de tomar en cuenta los Art. 19, 32, 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) relativo a las obligaciones de los Estados miembros de legislar sobre la materia y regular ciertos aspectos específicos. En nuestra opinión consideramos que esta norma es discriminatoria y contraria al derecho de igualdad de los niños, niñas y adolescentes, además de ser violatoria del principio del interés superior del niño que busca proteger a este grupo vulnerable especialmente, ya que permite una protección más expedita a las niñas o adolescentes femeninas que a los varones, que son de este grupo igualmente.

incertidumbre, el hecho que una persona sea intersexual, transexual o transgénero, ya que responderá igualmente de los actos cometidos. Sin embargo, en el caso del sujeto pasivo sí se puede presentar un conflicto o una problemática jurídica que resolver, ya que la víctima sólo puede ser una mujer, una niña o adolescente, con lo cual el sexo y lo que entendamos como tal, juega un papel importante para determinar quién puede o no considerarse sujeto pasivo bajo esta normativa. Así, en este sentido hemos de recordar lo señalado en el Capítulo I “Aspecto Médico” y en el Capítulo II “Consideraciones necesarias en el ámbito Jurídico”, en relación a lo que se debe entender por sexo biológico, que desde el punto de vista médico es complejo donde aún no se sabe qué es lo que lo determina y va más allá de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento, por lo que el sexo en el derecho ante los descubrimientos científicos y nuevos tratamientos se ha quedado atrasado, debiendo enfrentar nuevas realidades, siendo que el derecho se basa en ficciones estableciendo verdades-creencia-convicción-apariencia, en las que se dice que es verdad,³⁵⁴ por lo que, el sexo de una persona, será aquel que la ley considere que tiene.

De este modo, en el caso de los intersexuales que con posterioridad al registro civil obtienen una reasignación de sexo por la equivocación de la asignación que le fuera efectuada al momento de nacer, y los transexuales o transgéneros sometidos a su reasignación quirúrgica de género, el derecho los ha de considerar que poseen el sexo nuevo reasignado, con lo cual si se produce el cambio de una mujer a un hombre, ésta persona ya no podrá ser considerada como mujer y sujeto pasivo dentro de la LODMVLV, y por el lado contrario si un individuo considerado como hombre se transforma en mujer, se le debe considerar como tal y, por lo tanto, posible víctima o sujeto pasivo de la LODMVLV, con lo

³⁵⁴ Ya dijimos en las conclusiones del Capítulo I, que el descubrimiento, creación y gestión de la verdad en el ámbito del derecho, no son garantía de apego a la realidad por tres razones fundamentales: 1) la verdad es un concepto ambiguo, una adhesión intelectual a la realidad, donde la verdad jurídica es y, además, es funcional; 2) el derecho tiene la función social de decir lo que es y también lo que es justo: la verdad jurídica es y, además, es lo que es justo; y 3) el derecho tienen también una función arbitral, es una instancia de juicio ideológico: la verdad jurídica es y, además, es seguridad.

que si son objeto de una violación³⁵⁵ el victimario debe ser sancionado por la normativa de esta y a la víctima se le ha de considerar como mujer.

Ahora, en cuanto al caso establecido en la LOPNNA, en vista que tanto el sujeto activo como el pasivo puede ser cualquier persona, independientemente del sexo, edad y condición social, se dan por reproducidas las razones expuestas para el análisis del supuesto del Código Penal.

1.2 Actos lascivos.

El Art. 376 del CP,³⁵⁶ entiende por actos lascivos aquellos que producen en el sujeto activo u otro un placer sexual, apetito de lujuria o deseo sexual, referido a aquellos actos sustitutos del coito, siendo punible cuando se usa la violencia o la amenaza, o se ha aprovechado de alguna de las circunstancias mencionadas en dicho artículo, en donde se requiere que exista contacto físico. Se ejecutan actos impúdicos y obscenos sin conjunción carnal, se encuentran dirigidos a excitar la propia concupiscencia hacia placeres carnales o a suscitar tal lubricidad. Estos actos pueden ser simples, complejos, contemporáneos o progresivos hasta conseguir el fin libinidoso, quedando excluidas las palabras, gestos, ademanes o invitaciones deshonestas.

En este supuesto el sujeto activo puede ser un hombre o mujer, al igual que el sujeto pasivo, poseyendo unas agravantes que menciona ese artículo entre las que se encuentra los ordinales 1 y 4 del Art. 374 del CP ya analizados. En este caso también se utiliza la violencia física, mental o moral y la presunta o amenaza, que se utiliza para vencer la resistencia de la víctima y no sólo como desahogo libinidoso, también está el aprovechamiento de las condiciones o circunstancias que sirven para determinar la violencia presunta. Del mismo modo debe ser un acto lascivo ilícito ya que hay lícitos, como los de los cónyuges entre ellos. Es suficiente un acto para que se configure el delito, al igual que no requiere que el victimario obtenga satisfacción.

Como es un delito material admite tentativa y es de acción privada,

³⁵⁵ Donde el agresor considerará que está agrediendo a una mujer, ya que no tiene forma de saber que no es mujer, salvo que tenga conocimiento del cambio quirúrgico.

³⁵⁶ Aparece por primera vez en el CP de 1863, siendo tomado del Art. 355 del CP español de 1850 y modificado posteriormente en 1897 por la influencia del CP Zanardelli.

exigiéndose un dolo genérico (estimular la lujuria, sensualidad o lascivia propia o ajena), por ende es doloso y nunca culposo. Si no hay fin lascivo o contacto físico según las circunstancias se podría configurar el delito de injuria y si lo que se busca es la ofensa del honor o la reputación se da el delito contra estas figuras.

Como observamos, tanto el sujeto activo como pasivo puede ser de cualquier sexo, por lo que en el caso de los intersexuales y los transexuales, no se produce ningún inconveniente en cuanto al tipo penal, su interpretación y consecuencias.

Por su parte el Art. 45 de la LODMVLM, consagra el delito de actos lascivos, en donde el sujeto activo es indeterminado, de tipo doloso, donde la víctima es solamente del sexo femenino, sin embargo en su redacción es similar al Art. 376 del CP.

Con la LODMVLM, en cuanto al sujeto activo en vista que es genérico y amplio, este puede ser cualquier persona independientemente del sexo, edad y condición social, por lo que no genera duda, conflicto o incertidumbre, el hecho que una persona sea intersexual, transexual o transgénero, ya que responderá igualmente de los actos cometidos. Pero al igual que con el tipo penal de violación analizado anteriormente, en el caso del sujeto pasivo sí se puede presentar un conflicto o una problemática jurídica que resolver, ya que la víctima sólo puede ser una mujer, una niña o adolescente, pero damos por reproducido el análisis efectuado en relación al Art. 43 de la LODMVLM.

1.3 Acto carnal.

Esta disposición del Art. 378 del CP,³⁵⁷ en su primer supuesto de tener el acto con una menor entre 12 y 16 años, siempre es punible, ya que el legislador desea proteger la inviolabilidad carnal de las personas menores de esa edad y protégelas contra la concupiscencia y contra los actos que generen corrupción y vicio de perversión sexual, considerando que entre esas edades la víctima puede prestar consentimiento o no. En estos casos el sujeto activo puede ser cualquiera,

³⁵⁷ Contemplada por primera vez en el CP de 1873, inspirada en el Art. 458 del CP español de 1870, siendo modificado en el CP de 1897 cuando se inspira en el Art. 335 del CP de Zanardelli, pero en el CP de 1912 se modifica y ha permanecido casi igual con algunos cambios desde entonces.

al igual que el sujeto pasivo. Los medios de corrupción pueden ser cualquiera ya que no están determinados, por lo que se puede emplear el engaño, el fraude. Se exige que el actor lo haga con dolo. Acá debemos recordar lo que se dijo previamente sobre lo que se ha de entender por acto carnal.

Por ende, visto que tanto sujeto activo como pasivo puede ser cualquier persona, los casos de intersexualismo y transexualismo, no generan ningún inconveniente jurídico o problemática a ser resuelta.

Por su parte el Art. 44 de la LODMVLV, consagra el delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable, siendo que acá se sanciona el delito contenido en el Art. 43 *eiusdem*, pero con un incremento cuando se dan los supuestos de hecho allí establecidos, donde la conducta es punible incluso cuando no se actúa con violencia o amenaza, ya que lo que se sanciona es el valerse de determinada condición que le permite abusar de la víctima. Aunque en el tipo penal se establece que es “acto carnal” guarda mayor similitud en su redacción con el Art. 374 del CP.

En este caso en relación a los intersexuales y los transexuales, en cuanto al sujeto activo en vista que es genérico y amplio, no hay problemas con la persona que es cualquiera independientemente del sexo, edad y condición social, respondiendo todos por igual de los hechos cometidos. Pero al igual que con el tipo penal de violación analizado anteriormente, en el caso del sujeto pasivo sí se puede presentar un conflicto o una problemática jurídica que resolver, ya que la víctima sólo puede ser una mujer, una niña o adolescente, pero damos por reproducido el análisis efectuado en relación al Art. 43 de la LODMVLM, sobre todo al tomar en cuenta que el Art. 44 *eiusdem*, remite al mismo.

En lo relativo a niños, niñas y adolescentes no se aplica este delito sino el de abuso sexual establecido en los Art.(s) 259 y 260 de la LOPNNA,³⁵⁸ siendo que en este caso tanto el sujeto activo como pasivo puede ser de cualquier sexo, no presenta ningún problema o complicación el hecho que el agresor o la víctima sean intersexuales, transexuales o transgéneros.

³⁵⁸ Sent. SCP N° 82/12.02.2008, exp. N° c07-0049.

1.4 Seducción con promesa matrimonial (Art. 378 del CP)³⁵⁹

El mismo artículo comentado anteriormente, contiene la tipicidad de la seducción con promesa matrimonial. En este caso se produce con las mujeres comprendidas entre 16 y 21 años, no casada por lo que puede ser una soltera, una viuda o divorciada, debiendo la mujer ignorar la incapacidad jurídica del seductor para la promesa matrimonial, además de demostrar su honestidad (que tiene que ver con la moralidad) ya que la persona ya corrompida no está protegida. En este caso el sujeto activo debe ser un varón, ya que la norma indica que el sujeto pasivo puede serlo sólo una mujer comprendida entre la edad señalada. En este caso el medio de corrupción debe ser la promesa matrimonial, pero no toda promesa genera responsabilidad, debido a que la misma debe ser eficaz, ya que debe usarse el ofrecimiento del matrimonio para seducir, por lo tanto ha de ser seria dicha promesa y capaz de comprobarse fehacientemente. Se exige que el actor lo haga con dolo. Este delito no se da si quien tiene la iniciativa es la mujer ante la promesa efectuada o ante la creencia que obligará al hombre con tal acto a casarse, ya que no existe seducción. Existen diferentes supuestos en los que observamos que en un tipo penal el sujeto activo es cualquier persona que no guarde una relación de ascendencia, tutoría o instrucción sobre la víctima y el sujeto pasivo es cualquier persona mayor de doce años pero menor de dieciséis (estupro), independientemente de su sexo; en otro de los supuestos en el segundo párrafo, que es la promesa matrimonial propiamente dicha, el sujeto activo debe ser un hombre y el sujeto pasivo ha de ser una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintiuno.

Para este tipo penal, se exige que el sujeto activo sea un hombre y que el sujeto pasivo sea una mujer entre 16 y 21 años, no casada por lo que puede ser una soltera, una viuda o divorciada. En cuanto al sujeto activo, cuando se trate de una persona intersexual, transexual o transgénero, el sexo importa ya que sólo puede ser un hombre, por lo tanto, tiene un rol importante para determinar quién puede o no considerarse sujeto pasivo bajo esta normativa. Acá, reiteramos que

³⁵⁹ Se introduce por primera vez este artículo en el CP de 1897, siendo tomada del CP Italiano de 1889, manteniéndose sin modificación hasta nuestro Código Penal actual.

se ha entender por sexo no el biológico, que es complejo, sino que el sexo debe ser visto desde el punto de vista jurídico que se debe adaptar a las nuevas realidades sociales, descubrimiento científicos y nuevos tratamientos, debiendo enfrentar nuevas realidades, por lo que, el sexo de una persona, será aquel de la reasignación sexual y que debe ser reconocida por el derecho y por lo tanto tras el proceso médico-quirúrgico que reasigne a una mujer transexual, a un intersexual en hombre, ha de ser tratado y considerado como tal, por lo que incurrirá en el supuesto de hecho de este tipo de delito en caso de cometerlo una vez que haya pasado por la operación correspondiente.

Igualmente, en el caso del sujeto pasivo, que ha de ser una mujer entre 16 y 21 años, efectivamente se ha entender por sexo el visto desde punto de vista jurídico y no biológico, por lo que, el sexo será aquel de la reasignación sexual, por lo que transexual, un intersexual, ha de ser tratado y considerado mujer luego de la operación, por lo que se le ha de considerar víctima si cumple con el requisito de edad exigido por la norma.

1.5 Incesto.

El Art. 380 del CP,³⁶⁰ establece lo relativo al incesto, siendo entendida esta como la unión sexual entre determinadas personas que se encuentran vinculadas por lazos de parentesco consanguíneo o de afinidad, pero para que sea ilícita dicha actuación se ha de realizar en circunstancias que sean capaces de causar escándalo público.

Como se puede observar del propio artículo, para que sea punible este hecho se requiere que se verifique una condición objetiva de punibilidad, es un delito bilateral ya que son dos sujetos responsables, siendo que lo que se ha de entender por “escándalo público”³⁶¹ será determinado por el juez dentro de su época y sociedad. Es un delito doloso, instantáneo, de consecuencias permanentes, que no admite tentativa ni frustración, siendo que el error en cuanto al parentesco y no la punibilidad del delito puede eliminar su sanción. El sujeto activo es cualquier persona que guarde una relación de parentesco como

³⁶⁰ Se presenta este artículo por primera vez en el CP de 1873, y con la redacción actual desde el Art. 344 del CP de 1897, inspirándose en el Art. 337 del Código de Zanardelli.

³⁶¹ Lo cual se diferencia de la reacción ética provocada por el escándalo mismo.

ascendiente o descendiente con el sujeto pasivo, o que tenga un grado de afinidad en línea recta, o se efectúa de manera colateral con un hermano o hermana, consanguíneos o uterinos, con lo cual se observa que el sujeto pasivo es el otro familiar.

En este caso en relación a los intersexuales y los transexuales, en cuanto al sujeto activo y pasivo en vista que es genérico y amplio, no hay problemas con la persona en razón de su sexo, ya que es cualquiera independientemente del sexo, edad y condición social, por lo que será responsable por igual de los hechos cometidos o podrá considerarse víctima, siempre y cuando se cumpla con el requisito de parentesco y filiación.

1.6 Ultraje al pudor.

Este delito consagrado en el Art. 381 del CP,³⁶² referente a aquellos actos que ultrajan el pudor o las buenas costumbres y que se vincula a los actos contra la decencia pública establecidos en el Art. 536 del CP. Estos actos son los actos obscenos que ofenden o ultrajan el pudor o las buenas costumbres, y que no siempre tienen carácter sexual sino que puede revestir otra forma. De este modo, se puede entender al pudor como las normas consuetudinarias que permiten la convivencia civil en relación a la sexualidad y que se manifiesta a través de la reacción psíquica que mantiene el equilibrio de la vida moral. Por otra parte, el ultraje a las buenas costumbres se considera sinónimo de ultraje público al pudor, relativo a las costumbres honestas y de la moral propia de una colectividad.

Además, la decencia pública es una falta contra la moralidad pública, que incluye al pudor y a la vergüenza sexual, por lo que se sanciona independientemente de la existencia del dolo o la culpa ya que se infringe un precepto prohibitivo.

Este tipo de delitos no admite tentativa ni frustración, es instantáneo y de realización permanente y es subsidiario en cuanto se produce cuando no se da alguno de los delitos descritos en los puntos anteriores, y distinto a la falta consagrada en el Art. 536 del CP ya comentado, al igual que puede ser ejecutado

³⁶² Inspirado en el Art. 338 del CP Italiano de 1889, se ha mantenido invariable desde el CP de 1897 hasta la reforma de 1964 y posteriormente en la reforma de 2001.

por personas de cualquier sexo y edad, y el sujeto pasivo es la sociedad o un particular de cualquier sexo y edad.

En consecuencia los intersexuales y los transexuales, en cuanto al sujeto activo y pasivo en vista que es genérico y amplio, independientemente de la reasignación de género de manera quirúrgica, por lo que no hay problemas con la persona en razón de su sexo, ya que es cualquiera independientemente del sexo, edad y condición social, pudiendo ser responsable por los actos cometidos conforme a la norma.

1.7 Rapto.

El Art. 383 del CP,³⁶³ es un delito que afecta la libertad individual, efectuándose por violencia, amenaza o engaño, que son los medios de comisión; debiéndose arrebatar, sustraer o retener a la persona raptada. El sujeto activo puede ser cualquiera persona, hombre o mujer, ya que se puede incluso actuar en interés de un tercero; pero el sujeto pasivo es la mujer mayor de edad o la emancipada no casada, viuda o divorciada. Con este delito se atenta contra las buenas costumbres si se obra con un fin libidinoso (delito de daño), y el buen orden de las familias si es con fines matrimoniales (delito de peligro de la libertad sexual). En este delito existe la tentativa y se exige un dolo genérico y específico y puede existir concurso material con otros delitos como actos lascivos y violación.

En este caso el sujeto activo es genérico y amplio, por lo que no hay problemas con la persona, que es cualquiera independientemente del sexo, edad y condición social, la cual ha de responder de los hechos cometidos, por lo que en relación a los intersexuales y los transexuales, no existe conflicto. Pero en el caso del sujeto pasivo sí se puede presentar una problemática jurídica que resolver, ya que la víctima sólo puede ser una mujer mayor de edad o la emancipada no casada, viuda o divorciada, por lo que al igual que en los casos anteriores consideramos que en relación a lo que se debe entender desde el punto de vista del derecho no es el biológico, sino lo que el ordenamiento jurídico indique es tal, por lo que, el sexo de reasignación es el que se ha de considerar como cierto y

³⁶³ Se consagraba este artículo en términos diferentes en los códigos penales de 1863 y 1873 y adopta la redacción actual a partir de 1897, tomado del Art. 304 del CP de Zanardelli.

verdadero, con lo cual si se ha transformado en una mujer, se debe estimar a la persona perteneciente a ese sexo y por ende susceptible de ser víctima por este hecho y el sujeto activo a de responder por el tipo penal establecido al cometer la agresión en contra de esta.

1.8 Proxenetismo y corrupción.

El Art. 387 del CP,³⁶⁴ establece lo que se conoce como lenocinio, que es la inducción a la prostitución a través de promesas, halagos u otros medios que despierten en el menor el deseo sexual o la ambición de lujo por ofertas de mejores condiciones de vida. En este delito no es necesario que se caiga en la prostitución sino que basta que se induzca o se le lleve a lugares en donde puedan ser verificados estos actos. El sujeto activo puede ser cualquiera sin importar el sexo, al igual que el sujeto pasivo, a quien simplemente se le exige que sea menor de edad. El dolo es genérico (387 del CP) y específico (387 numerales 2 y 3 del CP) de satisfacer las paciones de otro, siendo que no se acepta la culpa.

Como notamos, tanto el sujeto activo como pasivo puede ser cualquier persona, por lo que como hemos mencionado hasta ahora el que el sujeto activo o pasivo sea un intersexual, un transexual o transgénero, es irrelevante.

También se debe tomar en cuenta al Art. 46 de la LODMVLV, acá el sujeto activo también puede ser cualquier persona, pero el sujeto pasivo sólo es del sexo femenino, el delito es doloso que puede ser genérico o específico, dependiendo de las condiciones y supuestos que se den según la norma, y su comisión es esta constituida por el uso de la fuerza física, la amenaza de violencia, la coacción psicológica o el abuso de poder.

La LODMVLV, como en los casos anteriores representa una problemática, aunque con el sujeto activo no hay problema porque puede ser cualquier, en lo relativo al sujeto pasivo esta sólo puede ser del sexo femenino, con lo cual al igual que en los casos anteriores, el sujeto pasivo o la víctima, el derecho los ha de considerar que poseen el sexo nuevo reasignado, con lo cual si se produce el cambio de una mujer a un hombre, ésta persona ya no podrá ser considerada como mujer y sujeto pasivo dentro de la LODMVLV, y por el lado contrario si un

³⁶⁴ Permanece sin modificación desde el CP de 1897, y que se tomó del CP de Zanardelli.

individuo considerado como hombre se transforma en mujer, se le debe considerar como tal y, por lo tanto, posible víctima o sujeto pasivo de la LODMVLV, y el victimario debe ser sancionado por la normativa de esta y a la víctima se le ha de considerar como mujer.

1.9 Adulterio.

El Art. 394 del CP,³⁶⁵ se trata de un delito bilateral, ya que se efectúa entre una mujer casada³⁶⁶ y un hombre que no es su marido quien es coautor y debe estar consciente que yace con una mujer casada. Para que se considere producido el delito se requiere que exista acto carnal y no se trata de un delito permanente, ya que existen tantos hechos punibles como actos carnales se realicen y puede concurrir con otros delitos. Se castiga la violación del orden familiar que representa el matrimonio. Se exige el dolo de la mujer y del hombre, siendo que se trata de un delito instantáneo, de concurso necesario y admite tentativa pero no frustración. Los sujetos activos deben ser una mujer casada y un hombre, no se da el supuesto de hecho de la norma entre dos mujeres; y el sujeto pasivo es el marido de la mujer.

Acá, los sujetos involucrados deben ser una mujer casada y un hombre distinto a su cónyuge, ya hemos señalado que el ordenamiento jurídico ha de considerar que los intersexuales, transexuales o transgéneros, poseen el sexo nuevo reasignado, por lo que si el cambio es de una mujer a un hombre, ésta será considerada como hombre, y si un individuo se transforma de hombre a mujer, se le debe considerar como tal. Sin embargo, acá se presenta un problema y que tiene que ver con el matrimonio, en cuanto a si este se produjo previamente a la operación quirúrgica o no. Si el matrimonio se efectuó con anterioridad a la reasignación de género, con la reasignación al obtener la condición del nuevo género adquirido, se anularía el matrimonio existente hasta ese momento, ya que si fue de una mujer a hombre la unión previa se efectuó con otro hombre; y si es de hombre a mujer la unión previa fue con una mujer; siendo que en Venezuela no se

³⁶⁵ Este delito es consagrado desde 1863, siendo tomado del Art. 87 del CP español de 1850, pero luego se toma como modelo el Art. 353 del CP italiano de 1889, lo cual se refleja en el CP de 1897.

³⁶⁶ Otro tipo de vínculo no es protegido y castigado con este delito, tal como lo serían las uniones de hecho.

permiten los matrimonio entre personas del mismo sexo, se anularía el matrimonio por una causa sobrevenida y no tendría ya efectos y validez, y por lo tanto no se podría incurrir en este delito por ninguno de ellos, ya que es nula la unión previa, y por lo tanto no existe la condición de mujer casada. No obstante, la mujer que se reasigna como hombre, si mantiene una relación con mujer casada, sí incurriría en el tipo penal y debería ser sancionado por la conducta de mantener una relación con una mujer casada, e incurrir en adulterio.

Por otra parte, en relación a contraer matrimonio después de efectuada la reasignación de género, observamos que éste puede contraer nupcias ya que adquiere todos los derechos y obligación del nuevo sexo adquirido, aunque este podría ser anulado por la infertilidad,³⁶⁷ mientras ello no suceda el matrimonio tiene plena validez y por lo tanto la persona reasignada como mujer podrá incurrir en este delito.

Por otra parte el Art. 395 del CP,³⁶⁸ consagra también un delito bilateral entre el hombre casado y la concubina, pero a esta última no se le considera coautora sino cómplice ya que tiene una pena inferior a la del marido, siendo considerados estos los sujetos activos y el sujeto pasivo la esposa del hombre. Se exige que exista un concubinato y que el mismo sea notorio y permanente, por lo que no procede el simple adulterio como en el caso de la mujer, es decir no es un delito instantáneo. El delito requiere que se efectúe con dolo tanto del hombre como de la mujer concubina y como es un delito permanente no procede ni la tentativa ni la frustración.

En este tipo penal, los sujetos activos son un hombre casado y su concubina mujer, siendo que se repite lo analizado con relación al Art. 394 del CP, observando que el hombre que tras la operación quirúrgica se reasigna como mujer, se anula su matrimonio y no incurre en el delito, pero si mantiene relación concubinaria con un hombre sí incurriría en el tipo penal. Igual que con el Art. 394, si el matrimonio es con posterioridad a la resignación quirúrgica como hombre,

³⁶⁷ Para mayor detalle sobre la procedencia o no de la celebración de matrimonio por parte de los intesexuales, transexuales y transgéneros, véase lo señalado en el Capítulo III.

³⁶⁸ Aparece igualmente que el artículo anterior desde 1863, tomado también del CP español de 1850 de su Art. 452, pero su redacción actual se tomó del Art. 354 del CP de Zanardelli de 1897.

mientras no se anule el matrimonio, éste podrá ser sancionado por la conducta que efectúe e incurra en el tipo penal.

1.10 Bigamia.

El Art. 400 del CP,³⁶⁹ exige que para que se produzca este delito quien contraiga matrimonio debe tener previamente otro vínculo matrimonial válido, por lo que es un delito instantáneo que se da con la celebración del matrimonio, de efectos permanentes, por lo que no procede la tentativa (aunque algunos dicen que si) ni la frustración, pero si puede concurrir con otros delitos. El bien jurídico protegido es la garantía del ordenamiento jurídico familiar que establece la monogamia por lo que es un régimen de interés público. El sujeto activo son dos personas de distinto sexo, donde por lo menos una debe tener un vínculo matrimonial previo; el sujeto pasivo es el cónyuge del primer matrimonio y el no culpable del segundo (si es el caso). Este delito tiene un carácter doloso.

En el análisis de este caso, observamos que se requiere la intervención de dos sujetos activos que posean sexo distinto y uno posea vínculo matrimonial previo. Ya hemos mencionado varias veces que los intersexuales, transexuales o transgéneros, poseen el sexo nuevo reasignado y así ha de ser considerado por el ordenamiento jurídico. Pero al igual que con el caso del adulterio, se exige que se tenga un vínculo matrimonial previo, con lo cual se deben reiterar las consideraciones efectuadas anteriormente en relación a si dicho vínculo existía antes o después de la operación médico-quirúrgica.

1.11 Esclavitud sexual. (Art. 47 de la LODMVLV)

Este delito se establece de manera específica en la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia, en donde el sujeto activo es indeterminado y el sujeto pasivo debe ser del sexo femenino, una mujer; el delito es doloso y pluriofensivo,³⁷⁰ la acción punible es la privación ilegítima de la libertad con la finalidad de la explotación sexual mediante la compra, venta, trueque, préstamo u otra negociación análoga que implique la obligación de efectuar acto

³⁶⁹ Este artículo se establece por primera vez en el Art. 366 del CP de 1897, tomado del Art. 359 del CP italiano de Zanardelli.

³⁷⁰ Se dice que es pluriofensivo debido a que una misma conducta punible atenta contra la libertad personal y contra la libertad sexual, ya que la acción implica privación ilegítima de la libertad y explotación sexual con fines económicos.

de naturaleza sexual; los medios de comisión pueden ser cualquiera ya que el legislador no estableció ninguno en específico.

El sujeto activo al ser indeterminado, puede ser cualquier persona independientemente del sexo, edad y condición social, por lo que no genera duda, conflicto o incertidumbre, el hecho que una persona sea intersexual, transexual o transgénero, ya que responderá igualmente de los actos cometidos. En cuanto al sujeto, pasivo ya sabemos que poseen el sexo nuevo reasignado, por lo que si un individuo se transforma de hombre a mujer, se le debe considerar como tal y sujeto pasivo de la norma; en cambio si cambia de de hombre a mujer, se le debe considerar como tal y cualquier agresión en su contra bajo este tipo penal no le sería aplicable la LODMVLV, por ya no considerarse mujer.

También se ha de tomar en cuenta lo consagrado en los Art.(s) 33, 34 y 258 de la LOPNA, siendo que el sujeto activo puede ser cualquiera aunque también hay un sujeto calificado cuando se trata de las personas que ejercen autoridad, guarda o vigilancia; el sujeto pasivo es un niño, niña o adolescente; la acción delictiva es fomentar, dirigir o lucrarse de la explotación sexual.

En el caso de la LOPNA como el sujeto activo puede ser de cualquier sexo, al igual que el sujeto pasivo, no se presenta inconveniente ante las personas que se han sometido a la reasignación de género médico-quirúrgica, ya sea intersexual, transexual o transgénero, ya que podrán ser tanto sujetos activos como víctimas.

1.12 Acoso sexual. (Art. 48 de la LODMVLV)

Al igual que en el caso anterior, es un delito que se establece de manera específica y por primera vez en la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia. El sujeto activo en nuestra opinión es indeterminado³⁷¹ y el sujeto pasivo es una mujer, es de tipo doloso en donde la

³⁷¹ Decimos en nuestra opinión, porque **GRANADILLO COLMENARES, Nancy Carolina**. *Los Delitos y otros aspectos procesales previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violencia*. Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela, 2008, pág. 58, indica que "En cuanto al sujeto activo, la norma emplea el término 'el que' con lo cual pareciera que debe inferirse que sólo puede ser un hombre." Sin embargo, no compartimos dicha posición, ya que, la acción de acoso en procura de un comportamiento de contenido sexual para sí o para otro, de conformidad con lo establecido en dicho artículo puede ser efectuado por cualquier persona independientemente del sexo que esta posea, y no tendría sentido buscar una protección especial

conducta consiste en solicitar un acto o comportamiento de contenido sexual, en provecho propio o de otro, o procurar un acercamiento sexual no deseado bajo amenaza.

De este modo, así como en el caso anterior, el sujeto activo al ser indeterminado, puede ser cualquier persona independientemente del sexo, edad y condición social, por lo que no genera duda, conflicto o incertidumbre, el hecho que una persona sea intersexual, transexual o transgénero, ya que responderá igualmente de los actos cometidos. En cuanto al sujeto, pasivo ya sabemos que poseen el sexo nuevo reasignado, por lo que si un individuo se transforma de hombre a mujer, se le debe considerar como tal y sujeto pasivo de la norma; en cambio si cambia de de hombre a mujer, se le debe considerar como tal y cualquier agresión en su contra bajo este tipo penal no le sería aplicable la LODMVLV, por ya no considerarse mujer.

1.13 Trata de mujeres, niñas y adolescentes (Art. 56 de la LODMVLV)

Dentro de la legislación venezolana se consagra en la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia. De este delito nos interesa para el presente trabajo lo que tiene que ver con su acometimiento con fines de explotación sexual, prostitución o esclavitud sexual, por lo que se ha de vincular con los Art.(s) 46 y 47 de la LODMVLV y los Art.(s) 381 y 387 del CP. En este delito el sujeto activo es indeterminado y el sujeto pasivo una mujer, una niña o adolescente; es de tipo doloso genérico o específico según el caso; la acción consiste en promover, favorecer, facilitar o ejecutar la captación, transporte, la acogida o la recepción de mujeres, niñas o adolescentes con fines de explotación sexual, prostitución, trabajos forzados, esclavitud, adopción irregular o extracción de órganos; los medios de comisión pueden ser la violencia (física o psicológica), amenazas, engaños, rapto, coacción o cualquier otro medio fraudulento dirigido a

para las mujeres víctimas que gozará de la normativa especial (en lo adjetivo y sustantivo) solamente si lo efectúa un hombre y no una mujer en este tipo de delito, de lo contrario perdería su finalidad la norma, ya es suficiente con la discriminación de la que es objeto el hombre al no estar protegido por una norma similar para este tipo de supuestos. Además las palabras “el que” son indeterminadas, en cuanto no establecen un género específico y por lo tanto es aplicable tanto a hombres como mujeres.

ejecutar específicamente el delito de trata.

También como en los casos anteriores, sujeto activo puede ser cualquier persona independientemente del sexo, edad y condición social, por lo que una persona intersexual, transexual o transgénero, responderá de los actos cometidos. Igualmente reiteramos que como sujetos pasivos, poseen el sexo reasignado, por lo que si un individuo se transforma de hombre a mujer, se le debe considerar como tal y sujeto pasivo de la norma; en cambio si cambia de de hombre a mujer, se le debe considerar como tal y no le sería aplicable la LODMVLV.

También en cuanto a este delito, como es considerado como parte de la delincuencia organizada se encuentra regulado en el Art. 16 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, por lo cual se debe tomar en cuenta para determinar la naturaleza sustantiva y procesal a seguir.

En el caso de la LODO como el sujeto activo puede ser de cualquier sexo, al igual que el sujeto pasivo, no se presenta inconveniente ante las personas que se han sometido a la reasignación de género médico-quirúrgica, ya sea intersexual, transexual o transgénero, ya que podrán ser tanto sujetos activos como víctimas.

2 De las lesiones personales.

En los Art.(s) 413 al 420 del CP, se regula todo lo relativo a las lesiones personales, tratándose de aquellas acciones efectuadas sin intención de matar, pero sí de causar daño, que ocasionen a alguna persona un sufrimiento físico, un perjuicio a la salud o una perturbación en las facultades intelectuales, y en el caso particular de los médicos, estos incurrirían dentro de este delito en caso de haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, ordenes o disciplinas. El sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona independientemente del sexo, y se puede efectuar mediante cualquier medio, siendo que en este delito cabe la autoría,³⁷² la inducción, la cooperación, la complicidad, etc. es decir se aplican las reglas generales como, por ejemplo en el homicidio.

Por lo tanto, las lesiones se refieren al resultado de la conducta que afecta

³⁷² Antes conocida como autoría material, para distinguirla de la intelectual, aunque actualmente se habla sólo de autoría y de participación.

el "principio de incolumidad", debido a que lo que se ataca es la salud de una persona (integridad física o psicológica), todo lo que afecte o imponga un problema de inutilidad. La idea de fondo es la salud, si ésta no se ve atacada no podemos hablar de lesión tal y como la entiende el Código Penal.

Ante, esto deberíamos preguntarnos, si en caso de efectuarse en Venezuela una operación de cambio de sexo

Así se plantea el problema de la validez del consentimiento en cuanto a la lesión a producirse mediante una operación de cambio de género, sobre todo tomando en cuenta si el ser humano puede disponer de su propia salud o es ésta indisponible. De este modo observamos que el Código Penal no le da validez al consentimiento si éste hubiere sido dado por un menor o incapaz, ya que el consentimiento ha de ser "válido" y "libre", sin condicionamiento por la intervención de un tercero y además ha de darse antes o previamente a la causación de la lesión, igualmente ha de ser "espontáneo", surgiendo de la propia persona que va a ser lesionada y no ha de mediar recompensa precio o promesa, efectuándose de manera "expresa" y no tácita o presunta.

Por ello, en la realización médica de trasplante de órganos realizados conforme a la esterilizaciones y cirugía transexual realizados por facultativos, no deberían ser punibles, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o el otorgarte sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso, no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales, la autorización ha de ser dada por sus representantes de forma previa o debe mediar autorización judicial, sobre todo si se trata de una persona incapaz que adolece de grave deficiencia psíquica.

Esto se entiende mejor cuando observamos que los tratamientos médico quirúrgicos que necesariamente ocasionan algún tipo de lesión no son castigados ya que se dirigen a la curación y no perjudican la salud (Art. 65.1 del CP), por ello no se le exige al médico responsabilidad penal ya que su actuación va dirigida en todo caso a mejorar su salud, salvo en los casos de imprudencia grave previstos

en el Art. 420 del CP.³⁷³

3 Derecho comparado

En España la Administración Penitenciaria, por Instrucción 1/2001, de 12 de febrero, estableció criterios para ordenar el ingreso penitenciario de "internos transexuales", en el marco de la separación interior que, por razón de sexo, establece el Art. 16 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; anteriormente ya estaba la Instrucción 0/2000 relativa al Ingreso de Transexuales y el Procedimiento para la separación Interior de Internos Transexuales. A estos efectos, se estableció como criterio el de la "identidad sexual aparente" de estas personas, tomando en consideración sus caracteres fisiológicos y su apariencia externa. Posteriormente se dictó la Instrucción 7/2006 de la Dirección General de instituciones penitenciarias (TGP) sobre integración

³⁷³ Sin embargo, señala **PAREDES, Carina Claudia R.** *Transexualidad, la cirugía de adecuación del sexo físico al sexo psíquico.* <http://www.cenesex.sld.cu/webs/diversidad/transexualidad%20cirugia%20adecuacion%20fisica%20psiquica.htm>, consultado el 20/05/2009, que en Buenos Aires-Argentina, en 1966, un médico ablacionó pene y testículos e implantó una pseudovagina en un paciente, con pleno consentimiento de éste, se encontró culpable de delito de lesiones gravísimas y condenado a tres años de prisión, por considerarse que no había mediado "enfermedad", rechazando tal calificación para la transexualidad. De ese modo se adoptó el criterio del vicio en el consentimiento del paciente que fue descrita como "personalidad anormal, debido a su propia desviación sexual. Con una torpe inteligencia, media inferior, de tipo práctico, con una moral sin juicio crítico reflexivo" y a la intervención como una "desgraciada faena". El juez de primera instancia, confundía homosexualidad y transexualidad, por lo que consideró una pericia médica de la que surgía que la cirugía "no le reportará ningún beneficio en su salud mental ni en su salud física" al paciente. Por su parte el fiscal de Cámara, recurriendo al argumento de que, de efectuarse todos los hombres esa operación, la humanidad no subsistiría, dijo: "La extracción de un pene sano a un hombre físicamente sano carece de razón científica", sin embargo, no pudieron desprenderse del criterio de la enfermedad. Finalmente, la Cámara de Apelaciones consideró al juez "exhaustivo, prolijo, convincente, objetivo, serio", y negó relevancia al consentimiento del paciente, salvo como atenuante, junto a "los excelentes antecedentes del acusado." En este caso en el cual el médico fue condenado por lesiones gravísimas en razón de haber extirpado el pene a una persona y efectuado una vaginoplastia, el resultado fue diferente a un segundo caso el mismo Tribunal en lo Criminal de la Capital Federal en el que absolvió al médico que había efectuado la intervención mutilante, la defensa arguyó que no se trataba de un cambio de sexo sino de la adaptación al verdadero sexo, de un acomodamiento al sexo dominante y el tribunal señaló que el médico había actuado sin ventaja venal, sin clandestinidad alguna, exteriorizando y discutiendo con otros profesionales su opinión, además se tuvo en cuenta al tiempo de absolución que se contaba con el consentimiento de la persona intervenida. Todo esto se dio ante de la vigencia del Art. 19 inciso 4 de la Ley local 17.132, que obliga a los médicos a "no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo salvo que sean efectuadas con posterioridad una autorización Judicial». Esta Ley también "Prohíbe a los profesionales practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista mediación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores". Estas normas se reproducen en las Leyes provinciales de ejercicio de la medicina.

penitenciaria de personas transexuales.³⁷⁴

Relacionado con el tema penitenciario, llama la atención que un juez de EEUU ha sentenciado al Departamento de Prisiones a pagar y gestionar la operación de Kosilek, que es una presa transexual que nació varón, pero que recibió, ya en el presidio, tratamiento hormonal para convertirse en una mujer aunque aún no se ha sometido a una operación para reasignación de sexo y vive ya como mujer en una cárcel para hombres de Massachusetts. Sin embargo, el Departamento de Prisiones está estudiando recurrir la sentencia, alegando que si se reasignara de sexo a Kosilek ésta podría ser blanco de los ataques y agresiones sexuales por parte de otros presos. Igualmente, en Colorado, California, Idaho y Wisconsin otros presos están reclamando el mismo derecho que ha obtenido ahora Kosilek.³⁷⁵

Volviendo a España, ha de mencionarse que no existía una legislación propia sobre la identidad de género hasta el 1 de marzo de 2007, fecha en que entró en vigencia la Ley de Identidad de Género. El Art. 156 del Código Penal español aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que establece que el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizada por facultativos, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio de recompensa, o el otorgante sea menor o incapaz, en cuyo caso no es válido el prestado por éste ni por sus representantes legales. En 1983 se excluye del delito de lesiones las operaciones que modificaban el sexo anatómico (antes consideradas castración), estableciéndose una cierta cobertura legal (Reforma del Código Penal, 1983); y en 1995 (Reforma del Código Penal, 1995), además de esa despenalización, se especifica lo citado anteriormente en el

³⁷⁴ Así lo indica **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *La transexualidad: de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. Plaza Edición. Madrid, 2008. Tomado de <http://vlex.com/vid/perspectiva-eacute-dica-54110105>, consultado el 21/05/2009.

³⁷⁵ Tomado de <http://www.lapatilla.com/site/2012/09/06/permiten-cambio-de-sexo-a-un-asesino-que-esta-en-prision/>, consultado el 06/09/2012.

Art. 156.³⁷⁶

El en el Código Penal español de 1995, sí reconoce como delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por la pertenencia de sus miembros a una orientación sexual determinada. Igualmente se castiga la difusión de informaciones injuriosas, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, sobre grupos o asociaciones en relación con su orientación sexual. Finalmente, se castiga también a los empleados o cargos públicos, profesionales y empresarios que denegasen una prestación a la que se tenga derecho por motivo de la orientación sexual de la persona que la solicite. Al mismo tiempo, se considera como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal el que cualquier delito se produzca motivado por la orientación sexual de la víctima. Como delito contra los derechos de los trabajadores, el Código Penal de 1995 también castiga la discriminación por orientación sexual en el empleo público o privado. Más específicamente, el Art. 22, en su apartado cuarto, cita la orientación sexual de la víctima como agravante en la causalidad de cualquier delito; el Art. 314 castiga con pena de seis meses a dos años de prisión a *"los que produzcan grave discriminación en empleo público o privado contra alguna persona"*, el Art. 510 condena a penas de uno a tres años de prisión a *"los que provocaren la discriminación, odio, violencia contra grupos o asociaciones"*; el Art. 511 castiga con de seis meses a dos años de prisión a *"el particular encargado de servicio público que deniegue a una persona una prestación"*; el Art. 512 condena a de uno a cuatro años de prisión a *"quienes en ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho"* y el apartado quinto del Art. 515 considera que *"son punibles las asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones"*.³⁷⁷

Del mismo modo en España la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas

³⁷⁶ Tomado de **DERECHO SANITARIO**. *Cirugía Transexual y Derecho de los Menores*. <http://derechosanitario-rdl.blogspot.com/2009/03/cirugia-transexual-y-derechos-de-los.html>.

³⁷⁷ Tomado de **FUNDACIÓN TRIÁNGULO**. *El Capítulo sobre España del Informe de ILGA-Europa*. <http://fundaciontriangulo.es/documentos/informes/InformeILGAEspana.htm>.

de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual,³⁷⁸ Ley 35/1995 de 11 diciembre de 1995 reconoce expresamente sus beneficios al conviviente homosexual de una persona víctima directa o indirecta de delitos dolosos y violentos cometidos en España o de delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia, cuando en el apartado a) del Art. 2 dice que podrá acceder a estas ayudas *"el cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento..."*.³⁷⁹

También el Art. 225-1 del CP francés, establece que "constituye una discriminación toda distinción efectuada entre las personas físicas en razón de su origen, su sexo, su situación de familia, su estado de salud, su discapacidad, sus costumbres, sus opiniones políticas, sus actividades sindicales, su pertenencia o no pertenencia, verdadera o supuesta a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada". En el inciso segundo se extiende ese concepto de discriminación a la distinción efectuada entre las personas morales (personas jurídicas), en razón del origen, sexo, etc. de sus miembros, este artículo se complementa con el Art. 225-2,³⁸⁰ las contraexcepciones se previenen en el Art. 225-3,³⁸¹ que hay que relacionarlo con el Art. 432-2, situado entre los "abusos de

³⁷⁸ Boletín Oficial del Estado número 296 del 12 de diciembre de 1995, pp. 35576 a 35581.

³⁷⁹ Tomado de **FUNDACIÓN TRIÁNGULO**. *El Capítulo sobre España del Informe de ILGA-Europa*. <http://fundaciontriangulo.es/documentos/informes/InformeILGAEspana.htm>.

³⁸⁰ Art. 225-2: "la discriminación definida en el Art. 225-1, cometida respecto de una persona física o moral está penada con dos años de prisión y 200.000 francos de multa, cuando ella consista:

- 1) En rehusar el suministro de un bien o de un servicio;
- 2) En impedir el ejercicio normal de una actividad económica a una persona;
- 3) En rehusar la contratación, sancionar o despedir a una persona;
- 4) En subordinar el suministro de un bien o de un servicio a una condición fundada en alguno de los elementos tenidos en vista por el Art. 225-1".

³⁸¹ Artículo 225-3: "No son aplicables las disposiciones del artículo precedente:

- 1) A las discriminaciones fundadas en el estado de salud, cuando ellas consistan en actuaciones que tengan por objeto la prevención y la cobertura del riesgo de muerte, de riesgos que importen atentado a la integridad física de la persona o de riesgos de incapacidad para el trabajo o invalidez;
- 2) A las discriminaciones fundadas en el estado de salud o discapacidad, cuando ellas consistan en rehusar la contratación o en un despido, en razón de ineptitud médicamente constatada, sea en el marco del título IV del Libro II del Código del Trabajo, sea en el marco de las leyes que contienen las disposiciones estatutarias relativas a la función pública:

la autoridad contra particulares”, en que, bajo el epígrafe “De las discriminaciones”, se castiga a la persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión del servicio público que, en el ejercicio de sus funciones, comete discriminación, según la definición del antes citado artículo, respecto de una persona física o jurídica, si ella consiste en rehusar el beneficio de un derecho acordado por la ley o impedir el ejercicio normal de una actividad económica cualquiera. También hay que analizar concomitantemente a los artículos anteriores, la norma que permite incrementar la responsabilidad de los agentes públicos en consideración a los actos o actitudes discriminatorias, donde el Art. 432-2 del CP francés, el desempeño de los agentes del Estado merece una observación especial, que permita garantizar la no aplicación de criterios discriminatorios en el diseño de las políticas públicas.³⁸²

En México existe una “Iniciativa que reforma el Código Civil, Código de procedimientos Civiles, Código Penal y Ley de Salud del Distrito Federal,” siendo que en materia penal, se hace una pequeña modificación al Art. 206 del Código Penal para el Distrito Federal, incorporando, las sanciones que este numeral establece, a quien discrimine a persona alguna por su expresión de rol de género.³⁸³

Por su parte Ecuador, está trabajando en la inclusión de delitos de odio o delitos agravados por discriminación en un nuevo capítulo que la Comisión Legislativa pretende incluir en el Código Penal y que consiste en sancionar más drásticamente un delito grave, como el asesinato, en caso de que este haya sido cometido en contra de una persona que, además, haya sido discriminada por su

3) A las discriminaciones, en materia de contratación laboral, fundadas en el sexo, cuando la pertenencia a uno u otro sexo constituya, conforme a las disposiciones del Código de Trabajo o de las leyes que contienen las disposiciones estatutarias relativas a la función pública, condición determinante para el ejercicio de un empleo o de una actividad profesional”.

³⁸² Tomado de **PAPALIAS, Nicolás**. *La objetivización del reconocimiento: discriminación y delito en el caso de las personas trans*. <http://www.nicolaspapalia.com.ar/notaop.php?notaop=7>, consultado el 30/05/2009.

³⁸³ Tomado de **TRANSEXUALELEGAL A.C.** *Iniciativa que reforma el Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código Penal y Ley de Salud del Distrito Federal*. <http://www.transsexuallegal.com/legis/iniciativlocal1.html>, consultado el 30/05/2009, se puede ver igualmente **BERMÚDEZ, Juan**. *Insiste ALDF en Aprobar Ley Transexual*. <http://www.argonmexico.com/reportajes/insiste-aldf-en-aprobar-ley-transexual.html>, y **ENKIDU**. *Para marzo se presentará la ley de reasignación sexual ante el pleno de la ALDF*. http://www.enkidumagazine.com/art/2008/200108/e_200108_014_a.htm, consultado el 30/05/2009.

sexo, raza, nacionalidad o creencia religiosa. El Código Penal vigente contempla un capítulo de los “crímenes raciales” pero el concepto fue ampliado a “delitos de odio”, condicionantes que aumentarán la gravedad de un delito de cualquier naturaleza, aunque también se contemplan sanciones a quienes a través de medios de difusión pública inciten al odio en contra del diferente, ya que el Código Penal Ecuatoriano sanciona los insultos, el acoso, el hostigamiento, el ataque a bienes, las agresiones, la violencia e incluso el asesinato que se realice contra una víctima seleccionada, pero no se considera la condición de la víctima, si es afrodescendiente, indígena, inmigrante, homosexual, indigente, ni su ideología u opción religiosa, afinidad deportiva u otra circunstancia. El objetivo es actualizar las leyes ecuatorianas y reconocer los delitos alimentados por la intolerancia y la discriminación. Además serán sancionados con prisión de uno a tres años quienes nieguen el servicio a una persona por ser diferente, o al servidor público que tarde un trámite, que correrá el riesgo de ser inhabilitado para su puesto.³⁸⁴

Del mismo modo en Chile la ONG Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) inició acciones para modificar el Código Penal (Art.(s) 373 y 365), de manera que los niños y niñas homosexuales, lesbianas y transexuales no sean discriminados por su orientación sexual o identidad de género en nuestras leyes.³⁸⁵

También Uruguay se efectuó una reforma en el Código Penal a través de la modificación de su Art. 149, incluyendo a las minorías sexuales como uno de los grupos que es necesario proteger, junto a las minorías étnicas, religiosas y los inmigrantes, estableciendo como delito la discriminación contra dichos grupos.³⁸⁶

³⁸⁴ Tomado de **ZAMBRANO, Ela (Colegas)**. *Nueva ley ecuatoriana incluye los delitos de odio*. http://www.colegaweb.org/index.php?option=com_content&task=view&id=418&Itemid=138, consultado el 30/05/2009.

³⁸⁵ Tomado de **AG MAGAZINE**. *Niños y niñas gay, lesbianas y transexuales de Chile y sus derechos como personas serán un nuevo eje de trabajo del Movilh*. <http://www.agmagazine.com.ar/index.php?IdNot=1442>, referente a una información publicada el 13/07/2007, se puede ver también **MOVIMIENTO CHILENO DE MINORÍAS SEXUALES (MOVILH)**. *66 países llamaron en la ONU a terminar con las leyes que penalizan a las minorías sexuales*. http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=688&Itemid=1, consultado el 30/05/2009.

³⁸⁶ Tomado de **HERRERA, Catalina (OPUSGAY)**. *Uruguay: primer país latinoamericano que sancionará con prisión a los homofóbicos*. <http://www.opusgay.cl/1315/article-34671.html>, consultado el 30/05/2009.

En Argentina la transformación quirúrgica de los genitales (mal llamada cambio de sexo), en el ámbito penal constituye el delito de lesiones gravísimas, ya que en una operación mutilante de cambio morfológico de los genitales debe mediar necesariamente la extirpación o modificación de los mismos (Art. 91 del CP),³⁸⁷ aunque existiera consentimiento del individuo o de allegados, el mismo carece de validez debido a que la víctima recibirá lesiones que no tienen fin terapéutico. Sin embargo, posteriormente entró en vigencia el Art. 19 inciso 4 de la Ley local 17.132, que obliga a los médicos a "no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo salvo que sean efectuadas con posterioridad una autorización Judicial». Esta Ley también "Prohíbe a los profesionales practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista mediación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores". Estas normas se reproducen en las Leyes provinciales de ejercicio de la medicina.³⁸⁸

El Salvador en el Art. 147 del CP de 1997, al igual que el Código Penal español, exime de responsabilidad penal en los supuestos de donación o trasplante de órganos o tejidos humanos, esterilizaciones y cirugía transexual, ejecutadas con arreglo al Código de Salud y por facultativo.

Australia posee la Ley Anti-Discriminación de 1977 que fue enmendada en el año 1996 para proteger a las personas transgéneras contra la discriminación y la Ley de Delitos de 1914 fue enmendada por la Ley de Delitos del Commonwealth.

Igualmente, se debe destacar que para el 18 de diciembre de 2008, 66 países llamaron en la ONU a terminar con las leyes que penalizan a las minorías sexuales, al leer una declaración impulsada por Francia donde se llama a derogar toda sanción penal que afecte a las personas por la única razón de ser lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales, en la que se pide tomar todas las medidas necesarias, legislativas o administrativas, para asegurar que la

³⁸⁷ "Si la lesión produce un daño corporal o de la capacidad de engendrar o concebir".

³⁸⁸ Tomado de **PORTAS, Adriana; Silvina GUERRA; ZAPATA, Beatriz y Graciela FORNARI.** *Transexualismo: Aspecto éticos legales y religiosos.* <http://www.aap.org.ar/publicaciones/forense/forense-10/tema-4.htm>, consultado el 20/05/2009.

orientación sexual o identidad de género para que no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención. Esto se efectuó recordando que los Estados condenaron en la “Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, “las violaciones de derechos” por esos motivos “dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud”. Así pidieron que se promoviera, protegiera de los derechos humanos de estos grupos y se investigara las violaciones efectuadas a sus derechos. De aquí surgió una declaración conjunta que no es una resolución, ni tampoco se sometió a votación, simplemente aclaró que todas las normas sobre derechos humanos aprobadas ya en los niveles internacionales o locales son y deben ser aplicables a las minorías sexuales.³⁸⁹

La anterior iniciativa contó con el respaldo de Argentina, Brasil, Croacia, Gabón, Japón, Noruega y el Reino de los Países Bajos; donde participaron diversas asociaciones del mundo que realizaron variadas gestiones antes sus respectivas autoridades o ante la ONU para conseguir el apoyo de sus Estados, destacando en el Cono Sur las acciones en el ámbito del Mercosur, en el que ya se había conseguido el 7 de agosto del 2007 que los países miembros y asociados de ese bloque regional sacaran su primer pronunciamiento a favor de

³⁸⁹ La Declaración fue firmada por Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Cabo Verde, República Central de África, Chile, Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, Ecuador, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauritania, México, Montenegro, Nepal, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, San Marino, San Tomé y Príncipe, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suiza, Yugoslavia, Timor, Uruguay, y Venezuela. Esta información fue tomada de **MOVIMIENTO CHILENO DE MINORÍAS SEXUALES (MOVILH)**. *66 países llamaron en la ONU a terminar con las leyes que penalizan a las minorías sexuales*. http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=688&Itemid=1, consultado el 30/05/2009, se puede ver también **EL MAPOCHO**. *ONU: 66 países llamaron a terminar con leyes que criminalizan a las minorías sexuales en el mundo*. http://elmapocho.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=887&Itemid=52, consultado el 30/05/2009.

los derechos humanos de las minorías sexuales, rompiendo la tendencia de apatía o silenciamiento en la región. Luego, y junto a gestiones de otras instancias, como la Comisión por los Derechos Humanos de Gays y Lesbianas (IGLHRC), dio paso para que los países del Mercosur respaldaran la resolución "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género" aprobada en la Organización de Estados Americanos (OEA), en el marco del 38 período de sesiones, efectuada en junio de 2007 en Medellín.³⁹⁰

En Colombia, Costa Rica y México, se han redactado instrumentos para penalizar la discriminación por orientación sexual, así como Bolivia está a punto de dictar una ley similar. Igualmente Nueva Zelandia, respecto a la protección de la identidad sexual o causas asociadas, prohíbe los crímenes de odio y sus derivados, pero ningún país prohíbe la discriminación por razón de identidad sexual, sin embargo, existen legislaciones similares en algunas zonas de Australia, Canadá, Puerto Rico y Estados Unidos de Norte América.³⁹¹

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU dictó también la Resolución 2004/37 sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en la que manifestó su preocupación por las prácticas de limpieza social, las cuales incluye asesinatos motivados por la orientación sexual de las víctimas.³⁹²

³⁹⁰ Tomado de **MOVIMIENTO CHILENO DE MINORÍAS SEXUALES (MOVILH)**. *66 países llamaron en la ONU a terminar con las leyes que penalizan a las minorías sexuales*. http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=688&Itemid=1, consultado el 30/05/2009.

³⁹¹ **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**. *Elementos conceptuales, psicosociales y políticos para una política de defensa y protección de los derechos humanos de las Minorías Sexuales*. Serie Derechos Humanos. Fundación Juan Vives Suriá. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 57-58.

³⁹² Esto cobra más relevancia si se toma en cuenta que en diez países se permite el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, y en doce se admite la adopción conjunta de una pareja de igual género, mientras que la homosexualidad es ilegal en 78 y en cinco puede implicar la pena de muerte, según el "Informe sobre Homofobia Patrocinada por el Estado", difundido hoy por ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales). El texto revela que 113 países en el mundo autorizan la homosexualidad, mientras que 78 naciones consideran que practicar sexo entre dos personas del mismo género constituye un acto ilegal, entre ellos, diez del Caribe. Irán, Arabia Saudí, y Yemen, en Asia; Mauritania, Sudán, y las regiones del norte de Nigeria y el sur de Somalia, en África penalizan la homosexualidad con la pena de muerte. Tomado de <http://www.eluniversal.com/vida/120515/ser-homosexual-puede-implicar-la-pena-de-muerte-en-cinco-paises>, consultado el 15/05/2011. También se puede consultar en <http://www.noticias24.com/salud/noticia/4999/homofobia-e-intolerancia-la-homosexualidad-vista-como-un-delito-fotos-y-videos/>, consultado el 16/05/2012, en la que se indica que en cifras divulgadas por el GGB reseñan que en el año 2008 fueron asesinadas en Brasil 190 personas entre lesbianas, gays, bisexuales y transgéneros (LGBT) siendo 64% gays, 32% travestis y 4%

Con respecto a nuestro país, en el año 2003, ACCSI³⁹³ elaboró un informe sobre impunidad en Venezuela, en el que se evidencia la grave situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos sectores con una peligrosa tendencia hacia la impunidad que es contradictoria a un Estado de Derecho, dada la falta de sanción a los violadores de derechos humanos, donde se cometen (por autoridades y particulares) delitos comunes sin ser juzgados ni castigados por ello; a pesar que la lucha en contra de la impunidad constituye una obligación del Estado venezolano, derivada de los compromisos internacionales asumidos y los impuestos por la Constitución (Art.(s) 27 y 29, referidos a la tutela judicial efectiva y la obligación de sanción por violación de los derechos humanos). Este Informe de ACCSI, se hace un especial énfasis acerca de la impunidad existente en Venezuela en relación con la población LGBTTI; señalando:

“(...) las víctimas por el estigma en el que han vivido, muchas veces justifican las agresiones o simplemente consideran que no hay salida, y lo único que queda es soportar. En fin, podríamos no dejar de considerar que en el caso de la impunidad por violación de DDHH en la comunidad GLBT casi siempre opera un factor de “complicidad obligada” generada por el amedrentamiento y la vergüenza de la víctima, que prefiere el silencio antes que se de (sic) a conocer las circunstancias en que se dieron los hechos y la orientación sexual de la víctima. Esta complicidad tiene su componente pragmático, dado a las consecuencias de enfrentar el sistema de impunidad y visibilizar su condición de ser GLBT. Encontramos también un profundo desconocimiento de los derechos y de los procedimientos para levantar una denuncia (...).

Muchas de las víctimas de la impunidad son personas transgéneras (sic) que simplemente quieren transitar por la calle, u otras personas GLBT, que

lesbianas, aunque, activistas en defensa de LGTB creen que la cifra puede ser superior, ya que no existe un control estadístico oficial; igualmente señala que en la India, varios países de África, tales como: Senegal, Tanzania, Zambia, Kenia, Sierra Leona, Etiopía, Malawi y Eritrea, así como en otros países como Guyana, Malasia, Papúa Nueva Guinea, algunas repúblicas de Asia central y en un gran número de países islámicos la homosexualidad es legalmente condenada con prisión; a diferencia de otros países en los que la pena de muerte es el castigo por tener relaciones homosexuales, como Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Mauritania, algunos estados del norte de Nigeria, Somalia, Sudán y Yemen donde se aplica de manera legal esta medida. Aunque no todo es negativo ya que en países como Argentina, Chile, Cuba, Ecuador, Panamá y Puerto Rico han despenalizado la homosexualidad, y en Ecuador se han creado leyes para eliminar y sancionar la discriminación por orientación sexual, así como en Puerto Rico ya cuenta también con una ley que tipifica, sanciona y castiga las agresiones motivadas por la homofobia, tales como los crímenes de odio.

³⁹³ Informe sobre Impunidad, Proyecto ILGALAC-OASIS-UNIÓN EUROPEA, elaborado por ACCSI, Édgar Carrasco y Marcia Ochoa. 2008. p.5.

buscan reunirse en bares o sitios donde se facilite el intercambio acorde con su orientación sexual, pero dado los prejuicios y la discriminación, se lo considera incurso en actividades ilegales e inmorales (...) Todo esto refuerza de parte de las autoridades policiales, militares y particulares la falsa creencia de que se encuentran ante personas que no tienen reconocimiento ni protección legal”.

En razón de esto, se puede señalar que la impunidad recae directamente sobre la responsabilidad del Estado al no realizar los esfuerzos suficientes para garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en los grupos denominados sexodiversas y entre los cuales se encuentran los transexuales y los transgéneros, los cuales ante la falta de políticas públicas, de una legislación proteccionista acorde o de cualquier otra medida positiva de protección, hacen más complejo este problema haciendo que se vuelva cíclico ante la impunidad y el temor de ser rechazados (por falta de aceptación o sus consecuencias), llegando a actuar a veces como cómplices de estas situaciones, lo cual genera que se mantengan las condiciones delictivas, las agresiones y los agresores, así como la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, sin que haya una reacción colectiva o estatal orientada a erradicar este flagelo.

En Venezuela, para el 5 de junio de 2008, se supo que catorce funcionarios de la Policía Municipal de Sotillo en Puerto La Cruz, fueron destituidos por vejar a una mujer transexual al darse a conocer un video realizado en la sede policial.³⁹⁴ Igualmente, el jueves 7 de mayo 2009, una transexual conocida como Xiomara Duran natural de Bogotá Colombia, de 27 años, quien llevaba más de cuatro años viviendo en el país, fue víctima de seis impactos de bala, por parte de una persona no identificada quien sin mediar palabras procedió a disparar contra su humanidad, cuando se encontraba trabajando en la avenida Libertador de Caracas, muriendo ocho días después.³⁹⁵

También, más recientemente para el 30 de abril de 2011, dos transexuales

³⁹⁴ Tomado de **TRANSBITACORA (El Telégrafo)** Ecuador: *Latinoamérica es inmadura con gays (...)*. http://www.transbitacora.blogspot.com/2008_06_01_archive.html, consultado el 30/05/2009.

³⁹⁵ Tomado de **INSURRECTASYPUNTO.ORG**. *Otra vez! Caracas: Sigue la Violencia en la Libertador*. http://www.insurrectasypunto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1248:caracas-sigue-la-violencia-en-la-libertador&catid=3:notas&Itemid=3, consultado el 19/07/2009.

fueron asesinados frente a las residencias El Pórtico del Este, de la avenida Libertador;³⁹⁶ así como para el 12 de mayo de 2011, frente al hotel Dallas en El Rosal estaban varios transexuales laborando y fue asesinado uno de ellos de múltiples puñaladas por un sujeto que se bajó del carro;³⁹⁷ igualmente, el 22 de julio de 2011, fue secuestrado un transexual de la avenida Libertador y lo mataron en la avenida Coche, presuntamente por un funcionario del CICPC, recibió seis impactos de bala, le robaron una cadena, pulseras, la cartera y tres mil bolívares en efectivo.³⁹⁸ En este mismo sentido, el 2 de junio de 2012, fue asesinado un transexual en la avenida Libertador, donde una persona que llegó a bordo de un vehículo Corsa gris sin mediar palabras le disparó.³⁹⁹ Más recientemente, el 20 de enero de 2013, fue hallado el cadáver de un transgénero en el río Guaire, a la altura de San Agustín del Sur, siendo que las autoridades presumen que fue arrollado por un vehículo;⁴⁰⁰ también el 23 de febrero de 2013, se halló sin vida el cuerpo de un travesti en un edificio abandonado e invadido, ubicado en la avenida Los Haticos, parroquia Cristo de Aranza, en Maracaibo.⁴⁰¹

No obstante lo anterior, la violencia se comete también por personas transexuales, como ejemplo podemos ver el caso de "La Prince", de 27 años, es una de las líderes de los transgéneros que laboran en las calles de Caracas, quien realmente se llama Ernis Manuel Rodríguez Romero, y es la principal sospechosa de haber asesinado a tres de sus compañeras mientras ofrecían sus servicios en la avenida Libertador y en El Rosal, junto con otros dos transexuales que también

³⁹⁶ Tomado de <http://caracas.eluniversal.com/2011/05/02/a-pualadas-asesinan-a-dos-transexuales-en-la-avenida-libertador.shtml>, consultado el 02/05/2011, siendo que Johnatan Matheus, Director General de la organización Venezuela Diversa dijo que no descarta que haya un grupo dedicado a atacar a los transexuales, debido a que en lo que iba de ese año habían ultimado a cuatro transexuales, tres en la avenida Libertador y uno en Sabana Grande.

³⁹⁷ Tomado de <http://caracas.eluniversal.com/2011/05/14/transexual-asesinado-en-el-rosal-habiasido-amenazado.shtml>, consultado el 14/05/2011.

³⁹⁸ Tomado de <http://www.eluniversal.com/2011/07/24/secuestran-a-transexual-y-lo-matan-en-avenida-de-coche.shtml>, consultado el 24/07/2011.

³⁹⁹ Tomado de <http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/110646/asesinado-transexual-apodado-la-lulu-en-la-avenida-libertador-de-caracas/> y <http://www.eluniversal.com/sucesos/120604/acribillan-a-un-transexual-en-la-avenida-libertador>, consultado el 04/06/2012.

⁴⁰⁰ Tomado de <http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/146927/hallan-el-cadaver-de-un-transgenero-en-el-rio-guaire/>, consultado el 20/01/2013.

⁴⁰¹ Tomado de <http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/152654/hallan-el-cadaver-de-un-travesti-en-un-edificio-abandonado-tras-caer-del-noveno-piso/>, consultado el 24/02/2013.

actuaron, lo que se obtuvo luego de las investigaciones del CICPC.⁴⁰² También se puede observar que a los transgénero Anthony Alay Requena de 22 años y Laine Díaz de 21 les fue dictada una medida privativa de libertad por parte del Tribunal 10° de Control del área metropolitana de Caracas, por su presunta responsabilidad en la muerte de Eloy Palacios (21), hecho ocurrido el 14 de enero de 2012, en la urbanización Las Acacias, Caracas, siendo que Palacios y dos amigos caminaban por la calle de los hoteles, cuando se produjo una discusión entre los muchachos y los transgéneros, pasando de la agresión verbal se pasó a la física.⁴⁰³

Los órganos policiales utilizan la normativa existente para violentar y marginar a estos grupos, antes utilizaban la anulada Ley de Vagos y Maleantes y posteriormente la Ordenanza de Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Metropolitana y normativas similares de otros entes político territoriales, siendo que los grupos LGBTTI afectados, según encuestas realizadas en el 2003, no denuncian y ven negativamente a la policía en un ochenta y siete por ciento. Además, esto es un reflejo de que la sociedad se impone violentamente para demarcar el territorio del género, resultando en su exclusión social, económica, jurídica, política e interpersonal, negándoseles la participación social, por lo que muchas de estas personas se niegan a participar de forma que se espera de un buen ciudadano.⁴⁰⁴

Recientemente, la situación de vulnerabilidad de este sector de la población, quedó palpable a través de la Consulta Nacional sobre la Reforma Policial en Venezuela,⁴⁰⁵ realizada en el marco del diagnóstico sobre seguridad, criminalidad y percepciones de desempeño policial por parte de los denominados grupos de vulnerabilidad y riesgo, que tal como es expresado en la presentación general del trabajo final de consulta, estos grupos vulnerables se identifican como

⁴⁰² Tomado de <http://caracas.eluniversal.com/2011/05/15/lider-de-los-transexuales-fue-quien-mato-a-sus-compaeras.shtml> y de <http://caracas.eluniversal.com/2011/05/16/ser-transexual-es-vivir-atada-y-con-miedo-a-la-muerte.shtml> consultado el 16/05/2011.

⁴⁰³ Tomado de <http://www.eluniversal.com/sucesos/120203/privan-de-libertad-a-dos-transgeneros-por-presunto-homicidio>, consultado el 04/02/2012.

⁴⁰⁴ **OCHOA, Marcia.** *Ciudadanía perversa: divas, marginación y participación en la "localización"*. Políticas de Ciudadanía y Sociedad Civil en tiempos de globalización. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 240-243.

⁴⁰⁵ **EL ACHKAR, SORAYA.** *La Consulta Nacional sobre la reforma policial en Venezuela, una propuesta para el dialogo y el consenso.* 2007. p. 441-448.

personas que por su perfil profesional, condición social, estilo de vida o desempeño ocupacional constituyen candidatos a tener encuentros con la policía, de conformidad con el método del grupo focal de ciudadanos que han sido definidos como de vulnerabilidad y riesgo.⁴⁰⁶

En relación con la población con orientación sexual o identidad de género alternativa, se determinó en la consulta realizada que entre los principales abusos de la policía predomina “el matraqueo, la corrupción, la extorsión, el encubrimiento (100%), el abuso de poder, las agresiones y los maltratos (75%); y un acuerdo moderado en cuanto a los prejuicios y la discriminación (50%)”, con lo cual se evidencia que estas personas constituyen una población vulnerable a los abusos policiales.

Lamentablemente en nuestro país, no existe ley que penalice o sanciones de forma general la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, siendo que los grupos LGBTTI, son víctimas de la violencia verbal y física, sin poder hasta ahora obtener algún tipo de protección concreta y efectiva por parte del Estado, en donde muchos funcionarios judiciales y policiales en casos de denuncias tienen una reacción vejatoria, con lo cual se disuade el noventa por ciento de las personas que sufren agresiones o violaciones de derechos de intentar cualquier acción, tal como se evidencia del estudio realizado por Acción Ciudadana Contra el Sida (ACCIS) en 2008, en el que incluso se señala que este tipo de agresiones tratan de hacerlas pasar como pasionales y los familiares tratan de ocultar los hechos.⁴⁰⁷

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO V.

La problemática principal surge en esta clase de delitos en los que se encuentra involucrado el género ante el intersexualismo, la transexualidad y los transgéneros, es que se produce una confrontación entre identidad legal e

⁴⁰⁶ Aquí se incluyeron ocho grupos focales por separado, tales como: madres de sectores populares, familiares de víctimas de abuso policial, jóvenes de clase media y alta, transgresores no intervenidos por el sistema de justicia, transgresores intervenidos por el sistema de justicia, jóvenes de sectores populares, trabajadoras/es sexuales y travestis, y “población con orientación sexual alternativa” o sexodiversos.

⁴⁰⁷ **ADRIÁN, T.** *Supresión de las disposiciones legales que segregan y limitan derechos a las comunidades LGBTTI en Venezuela: una deuda no cumplida.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 69-76

identidad sexual y de género de estas personas, sobre todo cuando se someten a una operación médico-quirúrgica que efectúa una reasignación de género distinta al que legalmente tiene establecida en un principio y que consta en su documentación original.

Por ello, ante esta realidad se debe dar una solución actual a la problemática jurídica que se presenta con estas situaciones, sobre todo porque ello tiene relevancia para determinar si estos individuos deben ser considerados sujetos activos o pasivos. De este modo cuando el sujeto activo puede ser cualquier persona independientemente del sexo, edad y condición social, el hecho que una persona sea intersexual, transexual o transgénero será irrelevante, ya que independientemente de su condición podrá ser imputado y responsable de sus actos. Del mismo modo ocurre cuando el sujeto pasivo, también puede ser cualquier persona indistintamente de su sexo, donde será irrelevante que la víctima sea una persona intersexual, transexual o transgénero.

En aquellos casos en los que el sujeto activo o pasivo debe ser calificado o determinado por poseer determinado sexo como ocurre usualmente con la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia, estimamos que al sexo no lo debemos entender como el sexo biológico, que desde el punto de vista médico es complejo y aún no se sabe qué es lo que lo determina, yendo más allá de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento, por lo que siendo que el derecho ante los descubrimientos científicos y nuevos tratamientos se ha quedado atrasado, debe enfrentar las nuevas realidades, y partiendo de que el derecho se basa en ficciones estableciendo verdades-creencia-convicción-apariencia, en las que se dice que es verdad, el sexo de una persona, será aquel que la ley considere que tiene.

De este modo, en el caso de los intersexuales que con posterioridad al registro civil obtienen una reasignación de sexo por la equivocación de la asignación que le fuera efectuada al momento de nacer, y los transexuales o transgéneros sometidos a su reasignación quirúrgica de género, el derecho los ha de considerar que poseen el sexo nuevo reasignado, con lo cual si se produce el

cambio de una mujer a un hombre, ésta persona ya no podrá ser considerada como mujer; y, por el lado contrario si un individuo considerado como hombre se transforma en mujer, se le debe considerar como tal.

Además, esta clasificación de esta manera para determinar el sexo de las personas, también tendrá influencia en cuanto a la Administración Penitenciaria, para el momento en que tenga que efectuar el ingreso penitenciario y la separación interior por razón de sexo, debiéndose considerar que poseen la "identidad sexual aparente", tomando en consideración sus caracteres fisiológicos y su apariencia externa.

Igualmente, siempre que exista un consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido (consentimiento informado), exime de responsabilidad penal al médico o demás involucrados en los supuestos de trasplante de órganos efectuados a estas personas para realizarles la reasignación de sexo, sobre todo al tomar en cuenta que ello implica esterilizaciones, por lo que ha de quedar excluido el delito de lesiones las operaciones que modificaban el sexo anatómico.

También se debería reconocer como delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por la pertenencia de sus miembros a una orientación sexual determinada; también la difusión de informaciones injuriosas, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, sobre grupos o asociaciones en relación con su orientación sexual; así como castigar a los empleados o cargos públicos, profesionales y empresarios que denegasen una prestación a la que se tenga derecho por motivo de la orientación sexual de la persona que la solicite, tal como ocurre en otros países.

No obstante, todo lo anterior dependerá de la posición que la legislación tome en el futuro, que puede encontrarse orientada en el sentido aquí señalado u en otro, aunque consideramos que lo más adecuado en lo que hemos expuesto.

CAPÍTULO VI CONSCRIPCIÓN MILITAR

*Quizás debamos aprender que lo imperfecto
es otra forma de perfección:
la forma que la perfección asume
para poder ser amada”
(Roberto Juaroz)*

1. Servicio militar

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su Art. 43, indica como una obligación del Estado el proteger la vida de las personas que se encuentren prestando el servicio militar; dicho artículo lo debemos relacionar con el Art. 134 *eiusdem*, que establece que toda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de prestar los servicios militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública; teniendo como punto relevante que nadie puede ser sometido a reclutamiento forzoso, con lo cual el alistamiento es voluntario y no obligatorio como solía ser.⁴⁰⁸

Por su parte, la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar en sus Art.(s) 1, 2, 4, 5, 26, 55 al 59 se indica que el servicio militar debe ser cumplido por todos los venezolanos, sin efectuar distinción de sexo, sólo una condición de edad,⁴⁰⁹ todo lo cual se ve reiterado en el Art. 18 de la Ley Nacional de Juventud, y con el Art. 50 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

Así podemos notar que el servicio militar ha de ser prestado tanto por hombres como mujeres, sin existir distinción entre unos u otros, de allí que la condición de intersexual, transexual o transgénero no es impedimento para prestar el servicio militar. La diferencia se encontrará en cuanto a su clasificación una vez que haya ingresado dentro de las filas militares.

En tal sentido, y siendo coherentes con lo expuesto hasta ahora en relación a lo que se debe entender por sexo, no es desde el punto de vista biológico o

⁴⁰⁸ La Constitución de 1961, en su Art. 53, establecía que el servicio militar era obligatorio y se prestaría sin distinción de clase o condición social, en los términos y oportunidades fijadas en la ley.

⁴⁰⁹ Incluso el Art. 65 de la derogada Ley de Conscripción y Alistamiento Militar 1978, hablaba del servicio militar femenino.

médico que es bastante complejo, ya que aún no se sabe qué es lo que lo determina y va más allá de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento, por lo que el sexo en el mundo jurídico ante los descubrimientos científicos y nuevos tratamientos debe actualizarse, afrontar las nuevas realidades, y partiendo de que el derecho se basa en ficciones estableciendo verdades-creencia-convicción-apariencia, en las que se dice que es verdad para el derecho, el sexo de una persona, será aquel que la ley considere que tiene y en el presente caso ha de ser el género que se adquiere con la operación médico-quirúrgica.

Por lo tanto, si un hombre se somete a una operación para adquirir el género femenino, deberá ser considerada mujer; y si una mujer se somete a la transformación para el género masculino, se ha de estimar como hombre. Por ende, al producirse la reasignación de género de estas personas, han de prestar su servicio militar en el componente militar que se le asigne, cumpliendo las funciones y actuaciones propias que corresponden a su nuevo género y con todas las personas pertenecientes a este.

Afortunadamente, en la legislación venezolana no existe ningún tipo de discriminación de las personas en razón de su sexo u orientación sexual, algo similar es lo que ocurre en Tailandia, donde se dejó de considerar a los transexuales y travestidos como personas con "desordenes mentales", a quienes con ese "diagnóstico" se excluía del servicio militar obligatorio,⁴¹⁰ a tal efecto, se les inscribirán como personas de "tercer sexo";⁴¹¹ algo similar, ocurre en

⁴¹⁰ Ante la Ley de Reclutamiento de 1954, permitía tal exclusión, pero como la sociedad ha cambiado rápidamente, las Fuerzas Armadas han emprendido un proceso para enmendarla y omitir esos términos del certificado", sobre todo al considerar que los varones tailandeses están obligados por ley a prestar dos años de servicio militar una vez cumplidos los 20 años. Tomado de **(EFE). Transexuales serán aceptados en el servicio militar** <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/164016.transexuales-seran-aceptados-en-el-servicio-m.html>, consultado el 30/05/2009. Previamente, el 30/11/2006, una joven transexual (Samart Meecharoen) sentó precedente jurídico en al solicitar a un tribunal que le fuera derogada la calificación de retrasado mental de su certificado militar, trato que el Ejército otorga a los homosexuales considerados no aptos para el servicio militar, alegando que su calificación como mentalmente enferma es discriminatoria y significa un serio obstáculo para acceder a un trabajo digno, tomado de *Tailandia. Mujer transexual sienta precedente jurídico al demandar al Ejército*. <http://sucre.indymedia.org/es/2006/12/37800.shtml>, consultado el 30/05/2009.

⁴¹¹ Para probar que realmente son transexuales, o sea, que intentan vivir como mujeres, esas personas deberán presentarse durante tres años seguidos en las oficinas de reclutamiento y

España⁴¹² que ha aprobado la orden del Ministerio de la Presidencia el 2 de marzo de 2009, que permite que todos los transexuales carentes de órgano genital masculino puedan ingresar en las Fuerzas Armadas en todas las escalas de los Ejércitos de Tierra y del Aire, la Armada, los Cuerpos Comunes de la Defensa y la Guardia Civil, lo cual implica una modificación del cuadro médico de exclusiones que mantenía vigente desde 1989 "la ausencia total o parcial de pene" como uno de los motivos "médicos" para rechazar una persona que solicita su ingreso en cualquier cuerpo o unidad de las Fuerzas Armadas.⁴¹³

Las políticas y actitudes hacia los homosexuales, lesbianas y transexuales como miembros de los ejércitos varían mucho en el mundo, siendo que disfrutan en algunos países de los mismos derechos y deberes que sus compañeros heterosexuales, en otros aunque no existen restricciones legales para su servicio sufren el acoso homófobo de los mandos y compañeros. Por supuesto, en todos los países donde la homosexualidad es ilegal ni siquiera existen normativas que restrinjan su función en el ejército porque son ya perseguidos por la normativa penal. También existe un grupo de países donde la homosexualidad

registro militar. Tomado de *Los transexuales también serán llamados a filas en Tailandia*. <http://sp.rian.ru/onlinenews/20080319/101734387.html>, consultado el 30/05/2009.

⁴¹² El Ministerio de Defensa tenía vigente desde el año 1989 el artículo legal del Cuadro Médico de Exclusiones que impedía que un transexual sin pene o testículos ingrese en los Ejércitos de Tierra y del Aire, la Armada, los Cuerpos Comunes de la Defensa y la Guardia Civil. Este criterio de exclusión del servicio militar de los transexuales también se puede observar en la sentencia española del Tribunal Supremo Sala I de lo Civil N° 158/2008 de 28 de febrero de 2008, en la que se puede leer que "*Cuando tuvo edad militar compareció ante las Autoridades Militares, que, al comprobar su aspecto física, les remitieron a los Servicios Médicos, resultando eximido de realizar el servicio militar por presentar, además del aspecto físico de mujer, trastornos de identidad sexual*" y "*3. La Sala de Apelación, dejó constancia de que la parte actora había presentado un informe del Servicio de Psiquiatría del Hospital Militar Central 'Gómez Ulla', en el que se afirma que fue diagnosticado de trastorno de la identidad sexual y por este motivo fue excluido del servicio militar*". La primera transexual aceptada fue María del Mar (José Antonio) Gordo Pantoja, luego de que el tribunal médico de la Armada resolvió favorablemente el expediente de la cabo segunda, siendo que ella invocaba el Real Decreto 944/01 que admite la transexualidad, tomado de **GONZALEZ, Jorge**. *La Armada admite a la primera militar transexual*. <http://www.elmundo.es/papel/2004/03/26/espana/1612190.html>, y en **VILLAMIL, Jenaro**. *Triunfo de transexuales en la armada española*. http://www.thegully.com/espanol/articulos/gay_mundo/040401_derecho_transgenero.html consultadas el 30/05/2009.

⁴¹³ Tomado de *Los transexuales ya pueden ingresar en el Ejército. El Gobierno aprueba una orden que elimina una discriminación vigente en los procesos de elección de militares desde 1989*. <http://www.publico.es/espana/actualidad/206920/transexuales/ingresar/ejercito>, consultado el 30/05/2009. También de *Defensa elimina las trabas para que los transexuales puedan acceder a las Fuerzas Armadas* <http://www.lasprovincias.es/valencia/20090305/mas-actualidad/sociedad/defensa-elimina-trabas-para-200903052007.html>, consultado el 30/05/2009.

es legal pero prohíben la incorporación de homosexuales a sus ejércitos, aduciendo diversas razones. Por otra parte, los transexuales ven restringida la incorporación a los ejércitos de los países en los que el servicio está restringido a los varones debido a que ni los transexuales femeninos ni los masculinos pueden cumplir el requisito de tener genitales masculinos intactos y funcionales, en otros son excluidos aduciendo razones psiquiátricas, tal como hemos visto en el párrafo anterior. los países donde prohíben o restringen el servicio de los homosexuales en sus ejércitos, aunque la homosexualidad sea legal en la mayoría de ellos, son: Brasil,⁴¹⁴ Bielorrusia, Chipre, Corea del Sur,⁴¹⁵ Filipinas, Libia, Grecia, Serbia,

⁴¹⁴ Sin embargo, debe destacarse que la Justicia brasileña ordenó al Ejército readmitir a una mujer transexual (sargenta Fabiane Barros Portela) que se desempeñaba como sargento antes de someterse a una cirugía de reasignación sexual, obligando al Ejército a volver a pagarle el salario a la militar y a ofrecerle todo tipo de asistencia médica, luego que había sido licenciado por las Fuerzas Armadas contra su voluntad, un mes después de que apareciera en el cuartel tras la operación que le asignó definitivamente su cuerpo femenino, basándose en el Código Internacional de Enfermedades, que trata el transexualismo como un trastorno mental; del mismo modo un capitán de corbeta de la Marina de Guerra de Brasil, que está de licencia médica por tiempo indeterminado desde que asumió su condición de transexual, anunció públicamente su deseo de operarse para convertirse en mujer, aunque inicialmente pretendía luchar por el derecho a permanecer en la institución con un nombre femenino, actualmente negocia amigablemente con sus superiores alguna forma de abandonar las filas sin perder derecho a la jubilación y otros beneficios. Tomado de **ENEWS PAPER**. *Una militar transexual debe ser readmitida en el Ejército de Brasil*. <http://www.eradio.com.mx/enews/?noticia=1035>, consultado el 30/05/2009. También se puede ver *La justicia brasileña obliga al Ejército a reincorporar a un transexual*. <http://expresos-sociales.blogspot.com/2008/05/la-justicia-brasilea-obliga-al-ejrcito.html>, consultado el 30/05/2009.

⁴¹⁵ Aunque la Constitución de Corea del Sur garantiza la libertad de conciencia, la negativa a prestar el servicio militar o a empuñar armas letales durante la instrucción militar por motivos de fe o creencias religiosas constituye un delito en el país, así quienes se niegan a prestar el servicio militar son juzgados por tribunales civiles y reciben penas de hasta 18 meses de prisión por violar la Ley sobre el Servicio Militar, son juzgados por tribunales penales de la jurisdicción militar por presunta sublevación. Por ello, Lim Tae-hoon fue detenido el 26 de febrero de 2004 tras negarse a realizar el servicio militar por causa de la discriminación de que son objeto los gays, bisexuales y transexuales en el ejército. Lim Tae-hoon ha pedido que se amplíe el ámbito del servicio militar alternativo a fin de que puedan realizarlo los objetores de conciencia gays, bisexuales y transexuales. Tomado de **AMNISTÍA INTERNACIONAL**. *Document - South Korea: Amnesty International condemns detention of a conscientious objector*. <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA25/001/2004/en/f41c3efb-d612-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/asa250012004es.html>, consultado el 30/05/2009. Igualmente, el ejército de Corea del Sur recibió en el 2007 un pedido de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Corea del Sur para el cambio de sus métodos de revisión médica con el fin de no incomodar a los ciudadanos transexuales, a raíz de saber del caso de un transexual de 29 años de edad, identificado como Kim, quien reportó haber sido humillado durante su examen físico para establecer si era candidato a cumplir con el servicio militar obligatorio y que había asentado su cambio de sexo en el registro civil, de acuerdo a lo establecido en una decisión de la Corte Suprema que se llevó a cabo el mes de junio de 2006, y que también estableció que estos individuos son candidatos a realizar el servicio militar obligatorio; la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Corea del Sur consideró que las reglas no consideran los sentimientos de los transexuales respecto a la revisión médica del ejército y que nuevas regulaciones deberían ser formuladas con el fin de "minimizar el sentimiento

Singapur, Turquía; Estados Unidos⁴¹⁶ y Rusia⁴¹⁷ tienen restricciones legales parciales y ambiguas.⁴¹⁸

Otra peculiaridad la observamos en Israel, que tiene una de sus facetas menos conocida en su papel de punta de lanza de los derechos de los homosexuales, lesbianas y transexuales en sus filas, algo en lo que va por delante de la sociedad, donde en su ejército ((Tsaah), es de los pocos países que permite servir en sus filas a personas que abiertamente declaran su homosexualidad. En Israel nunca se ha prohibido formalmente realizar el servicio militar a homosexuales, principalmente porque el reclutamiento es obligatorio -tanto para hombres como para mujeres-, aunque antes de 1980 se destituía a militares que se sabía que eran homosexuales, pero en 1983 se reguló por primera vez su integración en el Ejército pero no su acceso a puestos destacados en la inteligencia, siendo que una década después, cuando el primer diputado abiertamente homosexual, Uzi Eben, reveló que había sido destituido del cargo de oficial y se le había impedido acceder a determinados contenidos dentro de la inteligencia militar por la única razón de su condición sexual generó una tormenta política y forzó al Ejército a cambiar las prácticas restrictivas a los homosexuales,

de vergüenza de los conscriptos transexuales y transgénero", tomado de **MINGUK, Daehan.** *Transexual masculino de Corea del Sur humillado ante el ejército.* <http://expresos-sociales.blogspot.com/2007/09/transexual-masculino-de-corea-del-sur.html>, consultado el 30/05/2009, también de *El ejercito de Corea del Sur humilla a los transexuales.* <http://www.amicsgais.org/forums/showthread.php?t=2231>, consultado el 30/05/2009.

⁴¹⁶ Los Estados Unidos de América prohíben el servicio en las filas de sus ejércitos a los homosexuales a no ser que mantengan completamente en secreto su orientación sexual y se abstengan de practicar relaciones sexuales en las instalaciones militares o hablar del tema durante su servicio, incluso casarse públicamente con una persona de su mismo sexo. Si se contraviene cualquiera de las premisas el soldado será expulsado del ejército, como establece la norma conocida como "*Don't ask, don't tell*". Por su parte la administración se compromete a no preguntar sobre la orientación sexual en el proceso de reclutamiento y no hacer investigaciones sobre la vida privada de los soldados. No obstante, el presidente norteamericano Barack Obama acaba de enviar en 2009 un proyecto al Congreso en el que establece que las escuelas militares no podrán poner reparos a los declarados homosexuales, a los fines de eliminar que la conducta homosexual sea considerada una violación de la ley militar, aunque ser homosexual no lo es, tomado de *Gobiernos eliminan leyes discriminatorias.* <http://www.larepublica.com.uy/politica/364657-gobiernos-eliminam-leyes-discriminatorias>, consultado el 30/05/2009

⁴¹⁷ En Rusia se prohíbe la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas en tiempos de paz, pero se los recluta en tiempos de guerra.

⁴¹⁸ La información de los países que permiten o no homosexuales y transexuales en el ejército fue tomada de **WIKIPEDIA, la enciclopedia libre.** *LGBT y servicio militar* http://es.wikipedia.org/wiki/LGBT_y_servicio_militar, consultado el 30/05/2009.

que desde entonces han recorrido un largo trecho en defensa de sus derechos en las Fuerzas Armadas de Israel.⁴¹⁹

Por otro lado, Cuba en 1965 se crearon las llamadas Unidades Militares de Ayuda a la Producción, campamentos de trabajo agrícola en régimen militar donde homosexuales y otros colectivos sociales realizaban tareas sustitutorias del servicio militar. Un poco más tarde, en los primeros años 70, se vivió en el campo de la cultura cubana el llamado “quinquenio gris”, período de marcada influencia soviética en el que la política cultural oficial aceptó el “realismo socialista” como marco de referencia creativa, e intelectuales y artistas homosexuales fueron apartados de la vida cultural pública. Las Unidades Militares de Ayuda a la Producción desaparecieron para el año 1967, es decir, 2 años después de su creación.⁴²⁰ Aunque hoy en día, Cuba es el único país del mundo en el que es más fácil cambiar de sexo que de partido político. Si usted es un señor inconforme con sus atributos masculinos, o usted es una señora que sueña con afeitarse todos los días, el comprensivo estado cubano le soluciona quirúrgicamente sus deseos y paga con gusto el enorme costo de esas complejas operaciones. Ahora bien, si lo que usted quiere es abandonar el Partido Comunista e integrarse en una formación socialdemócrata o liberal, el gobierno lo expulsa de su trabajo, le envía turbas a la casa para que le peguen y lo humillen, lo acusa de agente de la CIA y lo condena a largas penas de cautiverio en unas cárceles horribles.⁴²¹

Finalmente, llama la atención que la cantante transexual turca Bülent Ersoy, fue acusada de haber insultado al Ejército y no se presentó el 19 de junio de 2008 a la primera sesión del juicio en su contra, por lo que éste tuvo que ser aplazado hasta el 24 de septiembre de 2008, fue acusada de haber dañado el prestigio del ejército por haber afirmado en la televisión que si hubiera tenido un hijo, nunca lo hubiera dejado cumplir el servicio militar, puede ser condenado hasta a tres

⁴¹⁹ Tomado de **LAOPINIÓNDZAMORA.ES**. *El ejército israelí, un armario abierto*. [http://www.laopiniondezamora.es/secciones/noticia.jsp?pRef=2008102200_8_309542__Internacion al-ejercito-israeli-armario-abierto](http://www.laopiniondezamora.es/secciones/noticia.jsp?pRef=2008102200_8_309542__Internacion%20al-ejercito-israeli-armario-abierto), consultado el 30/05/2009.

⁴²⁰ Tomado de **CUBAINFORMACIÓN NOTICIAS**. *¿En Cuba se persigue la homosexualidad?*. http://www.cubainformacion.tv/index.php?option=com_content&task=view&id=1876&Itemid=65, consultado el 30/05/2009.

⁴²¹ Tomado de **MONTANER, Carlos Alberto**. http://forums.terra.com/foros/noticias/Noticias_C5/Noticias_F5/Sexo_y_Comunismo..._P1065546/, consultado el 30/05/2009.

años de prisión, según el artículo 318 del CP turco, que estipula el delito de "*disuadir del servicio militar a través de la prensa*".⁴²²

CONCLUSIONES CAPÍTULO VI.

De todo lo anterior, podemos observar que en Venezuela no existe legislación que prohíba a los intersexuales, transexuales o transgéneros prestar el servicio militar, siendo que al momento de efectuar su ingreso en las Fuerzas Armadas Nacionales deberá tomarse en consideración que si un hombre se somete a una operación para adquirir el género femenino, deberá ser considerada mujer; y si una mujer se somete a la transformación para el género masculino, se ha de estimar como hombre.

Por lo tanto, al producirse la reasignación de género de estas personas, han de prestar su servicio militar en el componente militar que se le asigne, cumpliendo las funciones y actuaciones propias que corresponden a su nuevo género y con todas las personas pertenecientes a este.

Sin embargo, el hecho de que la legislación patria no establezca ninguna limitante para ingresar a las Fuerzas Armadas Nacionales, nos queda la duda si existirá dentro de dicha institución la amplitud de mente y la comprensión necesaria para tomar la actitud necesaria de aceptar efectivamente a estas personas, darles un trato digno y asignarlas con las personas de su género adquirido y no con las del otro género, a los fines de evitar un trato discriminatorio, así como guardar la reservas de su condición.

⁴²² Tomado de <http://blogs.periodistadigital.com/gente.php/2008/06/19/una-popular-cantante-transexual-turca-pl-1>, consultado el 30/05/2009.

CAPÍTULO VII

ÁMBITO DEPORTIVO

“No hay nada repartido más equitativamente en el mundo que la razón: todo el mundo está convencido de tener suficiente...”
(Descartes)

En este capítulo breve, efectuaremos algunas consideraciones que estimamos pertinentes en lo que tienen que ver con el deporte y el caso de las personas intersexuales, transexuales y transgéneros, y la manera en que se ha tratado de dar solución a las situaciones que se presentan.

1. El deporte y la Constitución

Nuestra Constitución, posee un reconocimiento efectivo del derecho de todos los individuos al deporte y a la recreación; luego se enuncian los deberes del Estado para garantizar este derecho, que son el presupuesto para la condicionalidad material del derecho y, el establecimiento de la reserva de su regulación por ley orgánica o especial, como medio auxiliar para lograr una eficacia real del mismo, tal como se desprende de su Capítulo VI "Derechos Culturales y Educativos", Art. 111 que dice:

“Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley. La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país.”

Por lo tanto existe el reconocimiento del deporte como un derecho fundamental, lo que no ocurre en todas las constituciones del mundo, pero en nuestro país el Estado está en la obligación de fomentar y proteger el deporte; y

además se le concede al ciudadano un derecho al deporte en sentido estricto, sin dejar de lado la obligación que tienen los poderes públicos de promoción de la cultura física y deportiva.

Junto con el reconocimiento del derecho al deporte se encuentra también el derecho a la educación física, ya que esta es una de las bases del desarrollo integral de la persona humana, sobre todo como condición indispensable para lograr la plenitud, ya que el deporte es importante para mejorar la calidad de vida, siendo parte importante de ello la educación. De este modo, el deporte al ser reconocido como un derecho inalienable del individuo, goza de un tratamiento de derecho social.

De este modo los artículos 2, 5 y 11 de la Ley Orgánica del Deporte, Actividad Física y Educación Física, evidencian que el Estado venezolano ha establecido como un valor constitucional fundamental el incentivo y el estímulo al deporte, los atletas y la actividad deportiva en el país, conjuntamente con el derecho a la salud y a la calidad de vida individual y colectiva de todos los venezolanos, pero también esa importancia se ve reflejada en otros cuerpos normativos como la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; la Ley Orgánica de Educación, la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, entre otras. Por lo que en tal sentido, la Ley del Deporte se encuentra a tono con las disposiciones constitucionales al prever la importancia del fomento, la promoción, el desarrollo y la práctica del deporte como una obligación compartida entre el Estado venezolano y el sector privado. De allí, que el Estado realiza una labor rectora en la planificación de políticas relativas al fomento y promoción deportiva, especialmente, con el fin de concatenarlas a las políticas educativas, de salud y de protección a niños y adolescentes, de manera que dichas políticas no sean tratadas de forma aislada, sino armonizadas en su propósito y fin último que es su

utilidad pública al servicio de los atletas e instituciones deportivas.⁴²³

Esto ha sido también mencionado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 255/15.03.2005, en el exp. N° 05-0487, en la que dijo:

“Como se evidencia, el Constituyente de 1999 reconoció que el deporte se encuentra asociado, por un lado, al derecho a la salud, y por otro, a una pretensión básica fundamental *autónoma*, referida ésta, al derecho intrínseco del ser humano a desarrollar actividades deportivas, siendo de tan gran magnitud dichos aspectos que la norma constitucional *supra* citada reseña, que el propio **“Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado...”**; dicha actividad, por lo tanto, es un derecho fundamental en una doble vertiente.

De lo antes expuesto, se afirma que desde el punto de vista del principio de libertad *“Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva”*; desde el punto de vista del principio de igualdad, la Constitución garantiza, que *“El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción”*. Por lo tanto, desde una óptica jurídica, se observa un espacio individual y colectivo en el cual los ciudadanos practiquen las formas deportivas de su preferencia; y desde una óptica económica y política, se le señala al Poder Público la tarea de planificar y fundar los servicios necesarios para que el deporte sea una actividad igualitaria, posible, real, alcanzable y efectiva en los términos de la llamada cláusula de Estado Social.

La Constitución, en el artículo citado, ahonda en el tema, y declara que *“La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia”*. En este pronunciamiento se ratifica la mención que se hizo poco antes en relación a la vinculación del deporte con la salud y la recreación, no sólo de los que lo practican activamente, sino también de sus espectadores, sin diferenciación de los niveles deportivos, en cuanto a las distintas categorías para su ejercicio en la formación integral de todos los venezolanos.

El derecho al deporte, por lo tanto, está asociado, y ello es crucial para la decisión que se tome en este caso, tanto a la cláusula de Estado de Derecho (ámbito personal o colectivo de actuación protegido), como con la cláusula de Estado Social (proyección de las tareas del Estado hacia su satisfacción). Por otra parte, el fenómeno deportivo trasciende las fronteras de los Estados, al punto que en la categoría del *deporte élite* o de alta competición *“parece prevalecer un esfuerzo individualista por la superación de marcas homologables internacionalmente y requiere, por ello, una absoluta primacía*

⁴²³ Esto ha sido señalado así por la SPA-TSJ en sentencia N° 00932/25.06.2009, exp. N° 2006-1553.

y la sumisión estricta a un orden jurídico supranacional”, a cuyas normas habrá que atenerse para que las individualidades o los equipos que los practiquen no vean a lo interno de los Estados, por desconocimiento de los ordenamientos que los rigen, frustradas su participación en los eventos o justas internacionales (la cita es del artículo “*Constitución y ordenamiento deportivo*” de J. Bermejo Vera, REDA, núm. 63, 1989).

De ese orden jurídico supranacional al que se refiere el autor citado, son actores principales las organizaciones deportivas internacionales, tales como el Comité Olímpico Internacional (COI) y las Federaciones deportivas internacionales, a las que se encuentran vinculadas las Federaciones deportivas de los distintos países en adaptación a la normativa dictada. *“Estas últimas son las que fijan las reglas de los juegos deportivos, con resoluciones eficaces universalmente, en orden a cuya aplicación, ni siquiera las autoridades jurisdiccionales de los Estados tienen poder alguno. Además, las Federaciones tienen potestad propia en relación a los juegos deportivos internacionales y potestad disciplinaria con relación a los atletas y a las sociedades deportivas”*. La cita, que es de Massimo Severo Giannini, de su libro: *El Poder Público, Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, 1991, p. 24, se transcribe con el fin de dar cuenta de la trascendencia del fenómeno deportivo internacional.

Todos estos elementos reunidos: por un lado, los derechos de rango constitucional a la participación, asociación, el derecho al deporte, a la salud, a la recreación, que afectan tanto dimensiones individuales como colectivas y difusas de su regulación y ejercicio, y por el otro lado, el asunto no menos importante y delicado, de la incidencia en el ordenamiento jurídico interno de otros ordenamientos que la doctrina ha denominado “*supraestatales*”, encabezados por órganos llamados “*administraciones supraestatales compuestas por elementos no estatales*” (como los denomina el último autor citado, p. 24); así como la afectación que, en su conjunto, podría producir a los principios y al bienestar social un desequilibrio o inadecuada ponderación que tiene incidencia en el derecho a la recreación y esparcimiento, hace que la materia del amparo planteada por el ciudadano Jesús Berardinelli ante la Sala Electoral, escapara de la estricta competencia electoral que la Constitución y las leyes le asignan; y que su trámite correspondía, vista la conjunción de derechos y principios de tan relevante importancia, a esta Sala Constitucional. Así se establece.”

Por lo tanto, como se observa la Sala Constitucional reconoce que se trata de un derecho autónomo e independiente de los demás, aunado al hecho de estar estrechamente vinculado al derecho a la salud y a la recreación, y que por el principio de igualdad se debe garantizar a todos por igual, sin ningún tipo de distinción con lo cual se ha de garantizar también a los intersexuales, transexuales y transgéneros, este derecho (Art. 3 de la Ley del Deporte), y teniendo en cuenta

que la misma sentencia señala que la normativa deportiva depende del Comité Olímpico Internacional (COI) y las Federaciones deportivas internacionales, a las que se encuentran vinculadas las Federaciones deportivas de los distintos países y sobre las cuales no tienen poder los Estados (Art.(s) 26 a 38 de la Ley del Deporte), estos también deben tomar las medidas para la integración de estas personas a los fines de que puedan ejercer su derecho ya sea de manera profesional o recreacional.

2. El deporte y los intersexuales, transexuales y transgéneros.

Una vez visto lo anterior, debemos observar que la actividad deportiva, especialmente la competitiva, indistintamente de que se realice de una forma profesional o no, no posee en nuestra legislación y en la mayoría de los países, una regulación que señale si un deportista debe integrarse con los deportistas de su sexo biológico o su sexo psicosocial, indistintamente de que se hubiese sometido al cambio quirúrgico de reasignación de sexo, y su cambio de documentación. Así, se presenta la dificultad de si tal hecho le otorga una ventaja ante los demás deportistas por tener un sexo biológico diferente, lo cual sería más palpable en el caso de los transexuales masculinos. Por lo tanto, han de ser las Federaciones Internacionales de cada especialidad deportiva y no los Estados los que han de establecer cuáles serán las normativas a seguir, evitando de esa manera criterios nacionales que pueden llegar a ser diferentes y contradictorios entre sí y que podrían generar problemas en las competiciones internacionales, aunado al hecho que cada deporte tiene una características propias con lo cual la influencia del sexo puede ser variable.

Algo que también se ha de tomar en cuenta es el hecho de que en las competencias deportivas se suelen utilizar vestuarios colectivos en las instalaciones deportivas entre las personas del mismo sexo, lo cual tampoco posee regulación alguna, siendo que frente a la discrepancia entre el sexo legal y las características sexuales visibles es indudable que se plantea un conflicto entre los demás usuarios y los encargados de estos, en permitirles usar o no el mismo vestuario, usar el del otro sexo o poseer uno propio para ellos.

En sentido de lo señalado previamente, se debe tomar en cuenta que existe

un Código Médico del COI del 1 de enero de 2006 (Art. 8) y los reglamentos de las Federaciones Internacionales que establecen que las competidoras de las pruebas femeninas deberán someterse a los exámenes prescritos para el control de sexo (así también lo indicaba la derogada Carta Olímpica del 16/06/1991, norma 2-2.2). El control del sexo de los atletas tuvo lugar por primera vez en el año 1964 en Tokio, siendo que antes de esa época hubo un gran número de fraudes, compitiendo como mujeres y batiendo una tras otras repetidas plusmarcas y records atléticos femeninos quienes en realidad eran varones con la fuerza muscular propia del sexo masculino. Este control comenzó a efectuarse de manera más seria, cuando luego de los juegos olímpicos de invierno de Grenoble (Francia) de 1968, luego que la esquiadora austríaca Erika Schinegger, campeona mundial de esquí en Chile en 1966, señaló que no era realmente una mujer sino que padecía de un pseudohermafroditismo masculino, sometiéndose ulteriormente a una intervención quirúrgica y se reasignó al sexo masculino, pasando a llamarse Erik, además de contraer matrimonio y tener una hija, motivo por el cual devolvió en 1988 la medalla de oro obtenida.⁴²⁴

Este control de sexo se efectúa mediante el test de Barr, examen cromosómico que se estableció en 1968 (olimpiadas de México), siendo que el llamado “test de Barr”, en 1972 derivó en una prueba genética más perfeccionada, que revisa las células de la mucosa bucal, nasal o de la raíz del cabello, para poder descubrir la presencia del gen SRY en el cromosoma Y. La presencia de dicho gen demuestra el cariotipo XY del participante y ello supone el inmediato retiro de la persona en la competición femenina. Si el participante se niega a someterse a la prueba, ello implica su inmediata expulsión (norma 48 de la Carta Olímpica). Este tipo de control ha sido duramente criticado desde los juegos olímpicos de invierno de Albertville (Francia) en 1991-1992, en razón de su fiabilidad, que es tan sólo del 85%, con lo cual posee un margen de error muy grande; también se critica por el hecho que los especialistas en biogenética señalan que existen personas que teniendo ese gen no dejan de ser por ello

⁴²⁴ Tomado de **REVERTE COMA, José Manuel.** *Transexualismo.* <http://www.gorgas.gcb.pa/museoafc/loscriminales/paleopatologia/de%20word/TRANSEXO.doc>, consultado el 22/08/2009.

mujeres.⁴²⁵

Ante la importancia del sexo en las competencias deportivas, es indudable que un cambio de registro del sexo de la persona tendrá una importante relevancia en tal aspecto, con lo cual la persona transexual operada, que biológicamente sigue siendo hombre o mujer, puede solicitar ingresar a la competición deportiva propia del nuevo sexo al que pertenece, lo cual plantea una diatriba jurídica que se debe resolver, ya que, de admitirse su participación deportiva de conformidad con el sexo reasignado, según esta solución, el transexual de hombre a mujer que compita con otras mujeres puede tener una ventaja física de rendimiento sobre el resto de las deportistas, sobre todo dependiendo de la disciplina deportiva, lo cual pondría en duda la igualdad de condiciones físicas naturales propias del sexo femenino entre todas las atletas. Sin embargo, el prohibirle el competir a un transexual que ya ha efectuado la reasignación médico quirúrgica y modificado su registro civil, se podría considerar como un acto inconstitucional ya que sería una discriminación en razón del sexo o de la condición de la persona (Art. 21 de la CRBV), así como una limitación al libre desarrollo de su personalidad (Art. 20 de la CRBV), lo que genera un problema complejo.

Un ejemplo de lo anterior sería el caso del tenista norteamericano Richard Raskind, posteriormente René Richards, que luego de obtener el cambio registral fue apartada en 1976 por la Asociación de Tenis de Estados Unidos de las competiciones femeninas, por considerar que su configuración cromosómica XY le impedía competir entre las mujeres, motivo por el cual acudió a los tribunales y a la Corte Suprema de Justicia del Estado de Nueva York, en la cual obtuvo la razón un año más tarde al considerar que el sexo no sólo viene determinado por criterios genéticos sino también por componentes anatómicos y psicológicos.⁴²⁶ Por ende, una vez que el transexual de hombre a mujer ha sido aceptada para participar en la competencia deportiva, éste ha de quedar exento de realizar los controles de femeneidad, ya que estos siempre serán negativos, debiendo ser suficiente el

⁴²⁵ Tomado de **REVERTE COMA, José Manuel.** *Transexualismo.* <http://www.gorgas.gcb.pa/museoafc/loscriminales/paleopatologia/de%20word/TRANSEXO.doc>, consultado el 22/08/2009.

⁴²⁶ Richards C United State Tennis Association, 93 Misc. 2d 713, 400 N.Y., s 2d 167 (1977).

acreditar su condición de transexual, la cual ha de mantenerse en la intimidad y manejarse con total discreción. De exigirse ese control, se estaría ante una discriminación en contra de los transexuales y en particular de otros transexuales (de mujer a hombre), a los cuales no se les obliga a pasar por ningún tipo de control en las competiciones deportivas correspondiente a su nuevo sexo legal.

Así como los casos antes señalado, dentro del mundo del deporte, estos no son los únicos, sino que han existido muchos casos de cambio de sexo que se han hecho muy famosos por la publicidad que rodea los atletas en las prácticas deportivas en general y en particular a este tipo de deportista de alta competición, especialmente en relación a aquellos que participan en encuentros mundiales. Se debe tener en cuenta que, no todos los cambios de sexo de deportistas pueden atribuirse a transexualismo, sino que muchos han sido casos de pseudohermafroditismo, hermafroditismo verdadero y otras anomalías del aparato genital y de las glándulas endocrinas o trastornos genéticos.

Otros ejemplos serían como los ocurridos en España, donde existen los casos famosos de Marisol Patiño, baloncestista que se negó al control del sexo, y el caso de María Amparo Rita Torre-Madé, una de las atletas españolas más famosa de los primeros tiempos del deporte femenino, que resultó ser un varón y a los 19 años se convirtió en Jordi Torre-Madé abandonando el deporte competitivo. También, existe el caso de la atleta checa Zdena Koubková, campeona mundial de los 800 metros quien fue operada y se transformó en Zdenek Koubek, jugador de fútbol. Del mismo modo está el caso de la atleta polaca Eva Klobukowska, campeona mundial en Tokio de 1964 en los 100 metros planos quien resultó tener un sexo cromosómico masculino, por lo que fue descalificada en 1967. Así, de esta forma sigue una lista larga, con lo que se puede observar que muchos atletas femeninos tienen un aspecto hombruno que hace pensar que detrás de su apariencia existe un varón o un caso de hermafroditismo, siendo el caso más reciente el de la ganadora mundial de los 800 metros planos femeninos en el campeonato mundial de atletismo de Alemania 2009, la sudafricana Caster

Semenya.⁴²⁷ Por ello, es que se practican los controles de sexo con los cuales se han podido detectar e impedir muchos de estos fraudes, pero no todos, ya que algunos casos han sido ocultados para evitar la publicidad negativa que recaería sobre sus respectivos países.

También tenemos el caso de la pertiguista o garrochista alemana Yvonne Buschbaum (27 años), sexta en los juegos olímpicos de Sydney 2000, séptima en los Mundiales de Edmonton 2001, medalla de bronce en los Europeos de Budapest 1998 y Múnich 2002 y que fue cinco veces campeona de Alemania, quien anunció su retiro del deporte el 20 de noviembre de 2007, para someterse a una operación de reasignación de género, para llamarse ahora Balian Buschbaum, que ahora es un hombre anónimo que dejó su puesto en el ejército y empieza a ganarse la vida como entrenador.⁴²⁸

Del mismo modo, nos encontramos con otros casos en el que el apegado a la regla del Comité Olímpico Internacional (COI), una atleta puede ser sometida a una prueba de sexualidad si los jueces tienen dudas o alguna de sus rivales presenta una queja, como lo sería el de la atleta Santhi Soundararajan (atleta india) quien fue sometida en Doha a una prueba de sexualidad después de ganar la medalla de plata en la carrera femenina de los 800 metros el 15 de diciembre de 2008 durante los juegos asiáticos, en Nueva Delhi, siendo que no pasó el test, por lo que fue despojada de su presea de inmediato.⁴²⁹

Igualmente, se puede destacar que la mejor jugadora española de ajedrez es una transexual que dejó los tableros como Josep Parés Vives en 1998 y que ahora ha regresado a las competiciones como Natalia Parés Vives, quien puede elegir entre disputar torneos femeninos o masculinos, como hace exclusivamente la húngara Judit Polgar, aunque hasta ahora sólo ha medido sus fuerzas con hombres, aunque en un futuro no muy lejano no descarta participar en pruebas

⁴²⁷ Tomado de **LUCAS, Ryan**. *Runner's father, grandmother dismiss gender uproar*. Associated Press <http://sports.yahoo.com/olympics/news?slug=ap-worlds-gendertest&prov=ap&type=lgns>, consultado el 22/08/2009.

⁴²⁸ Tomado de *Buschbaum: ¡noticias!, ¡deporte!, ¡morbo!, ¡transexualidad!*. Publicado el 27/11/2007. <http://www.labroma.org/blog/2007/11/22/yvonne-buschbaum-noticias-deporte-morbo-y-transexualidad/>; *La nueva vida del atleta transexual Balian Buschbaum*. http://www.sentidog.com/article.php?id_news=22682, consultado el 22/08/2009.

⁴²⁹ Tomado de **ROSALES, Rodolfo**. *Casos de transexualidad en el deporte*. <http://www.planodeportivo.com/previo/notageneral.php?id=4384>, consultado el 22/08/2009.

femeninas.⁴³⁰

En nuestro continente, notamos el caso de Andrea Paredes (chilena de 38 años, antes conocida como Ernesto), tenista transexual que participa en los torneos profesionales que establecen el posicionamiento mundial de los jugadores, aunque anteriormente se le prohibiera jugar torneos femeninos en Chile.⁴³¹ También, en el mundo del tenis esta la situación de Sarah Gronert, que es una chica alemana de 22 años, que nació con los dos sexos por lo que hay quién está intentando evitar que juegue profesionalmente, a pesar que hace poco pasó por el quirófano para deshacerse de su parte masculina, así que ahora es física y legalmente una mujer, por lo que la WTA (World Tennis Assosiation) le permite competir como tal.⁴³²

Como observamos, no todas las noticias son negativas, así de esta manera podemos mencionar igualmente el caso de un hombre australiano que se sometió a un cambio de sexo en el 2003, ahora bajo el nombre de Martine Delaney (47 años), quien recibió la autorización de la Federación de Fútbol de Tasmania para integrar un equipo femenino, el Clarence United, de la primera división australiana, por lo que la Federación de Fútbol de Australia (FFA) afirmó que este caso ha creado un precedente nacional. Sin embargo, por lo menos tres clubes han cuestionado su derecho a jugar en un torneo femenino, debido a que previamente lo hizo como hombre con el club Metro Claremont entre las décadas del 70 y el 90. También la Liga Australiana de Fútbol cuenta con un transexual masculino de 25 años, sin dar a conocer su apellido sino solo el apodo de William G., por expreso deseo del deportista, quien será el primer jugador con estas características dentro del mencionado deporte, aunque aún debe quitarse los órganos sexuales reproductivos femeninos, hecho que se produce en razón de que las leyes australianas no impiden que una persona que nació mujer y decidió cambiar al

⁴³⁰ Tomado de **BOYERO, Jesús J.** *El ajedrez español no sabe de sexos.* <http://www.chessbase.com/ESPANOLA/newsdetail2.asp?id=5979>, consultado el 22/08/2009.

⁴³¹ Tomado de **ElMercurio.com.** *Chile: Tenista transexual: Andrea Paredes se sale con la suya.* <http://blogs.elmercurio.com/deportes/2009/04/21/tenista-transexual-andrea-pare.asp>, consultado el 22/08/2009.

⁴³² Tomado de **NOTICIERODIGITAL.COM.** publicado el 12/08/2009. <http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?p=8025636&sid=e0135c98bff10e378b45c4280c598e95>, consultado el 22/08/2009.

opuesto pueda formar parte de equipos cuyos integrantes son hombres. Otro ejemplo conocido fue el del dinamarqués radicado en Australia, Dane Mianne Bagger (37 años) que fue el primero en disputar un torneo del Circuito Europeo femenino de golf, luego de que la Asociación Australiana de Golf cambiara sus normas sobre el transexualismo, con lo que se hizo profesional en 2003.⁴³³

Otra noticia favorable ha sido que el COI anunció el 17 de mayo de 2004, en la Declaración de Estocolmo, que permitía la participación de deportistas transexuales en los juegos olímpicos a partir del año 2004, donde determinó nuevas normas e impuso tres reglas determinantes para que un atleta transexual pueda competir oficialmente, la primera es haberse sometido a operaciones quirúrgicas que cambien su sexo (extirpación de testículos o de ovarios) que transformen anatómicamente su sexo; la segunda es que deberán contar con una documentación expedida por una autoridad competente, en la que conste su nuevo sexo reconocido legalmente; y la tercera es que demuestren un tratamiento hormonal realizado a bastante distancia de la competencia, para reducir al mínimo la ventaja competitiva del sexo al que pertenecía anteriormente, al menos dos años después de haberse cambiado el sexo quirúrgicamente (gonadectomía), siguiendo una recomendación de su Comisión Médica.⁴³⁴ Si el cambio de sexo se produjo antes de la pubertad, los deportistas serán admitidos sin más en los juegos con su nueva condición, pero si fue ya en la edad adulta, se debe cumplir con los requisitos antes mencionados.⁴³⁵ Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje Deportivo ubicado en Lausana Suiza, no podrá sancionar a este tipo de atletas

⁴³³ Tomado de *Un transexual jugará fútbol femenino*. <http://www.figinternet.org/index.php?name=PNphpBB2&file=viewtopic&t=359&sid=8a1eb878fda0e5ff2726657c009ccd2d>; *Un transexual clasifica al circuito femenino de golf*. <http://www.basegolf.com/04/transe.htm>; **ABC.es**. *Mianne Bagger, transexual, jugará el circuito femenino*. http://www.abc.es/hemeroteca/historico-04-11-2004/abc/Deportes/mianne-bagger-transexual-jugara-el-circuito-femenino_963240686980.html; **Starmedia.com**. *Un transexual masculino logra ingresar en la Liga Australiana de Fútbol*. <http://us.starmedia.com/mujer/sexualidad/orientacion-sexual/un-transexual-masculino-lograr-ingresar-en-liga-australiana-futbol-533.html>, consultadas el 22/08/2008.

⁴³⁴ Tomado de **ANSA**. *Deportistas transexuales podrán competir en los JJ.OO.*. http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=602116; <http://www.highbeam.com/doc/1G1-117522676.html>; **El Mundo.es**. *El CIO da vía libre para Atenas a los transexuales*. <http://www.elmundo.es/papel/2004/05/18/deportes/1638097.html>, consultadas el 22/08/2009.

⁴³⁵ Tomado de *Un transexual clasifica al circuito femenino de golf*. <http://www.basegolf.com/04/transe.htm>, consultado el 22/08/2009.

que cumpla con estas condiciones.

Hasta los juegos olímpicos de Atlanta 1996 se efectuaron los denominados controles de sexo para todas las participantes femeninas de manera obligatoria (Carta Olímpica 16/06/1991, norma 2-2.2, vigente para la época). El COI los abolió en 1999 para los juegos en Sydney 2000, debido a que esas pruebas fueron consideradas discriminatorias y violatorias del derecho a la intimidad.⁴³⁶ Otra de las razones fue que no todas las mujeres tienen un número estándar de cromosomas femeninos y además hay casos de personas que tienen genitales ambiguos u otras variaciones congénitas.⁴³⁷ En teoría, todos los organismos a fines al COI, como la Federación Internacional de Asociaciones de Atletismo (IAAF, por sus siglas en inglés), debería acatar la misma disposición, sin embargo por el caso de Caster Semenya, parece no ser así, aunque no se debe olvidar que los controles de sexo, introducidos por el COI en los juegos olímpicos de México en 1968, dejaron de ser obligatorios en los de Sydney 2000, pero ahora sólo se practican en casos excepcionales mediante la búsqueda de un gen imprescindible para la masculinidad, como sería el caso de Caster Semenya (se presume que tiene el síndrome de Morris),⁴³⁸ las pruebas se les aplica por solicitud de la Federación Internacional de Atletismo (IAAF) para verificar su identidad sexual.⁴³⁹ Sin embargo, esta aprobación del COI no ha sido realizada sin que existan algunos opositores se quejan pues afirman que los atletas transexuales de hombre a mujer, cuentan con una ventaja física respecto a otras mujeres, ya que los hombres tienen mayores niveles de testosterona y un grado mayor de los niveles de músculo sobre grasa, así como en las capacidades del corazón y de los pulmones. A pesar de ello, los doctores afirman que los niveles de testosterona y

⁴³⁶ Tomado de **Diario de hoy**. *Los transexuales en la mira del COI*. <http://www.elsalvador.com/noticias/2003/11/15/deportes/depor1.shtml>, consultado el 22/08/2009.

⁴³⁷ Tomado de **Terra Deportes. EFE**. *El COI podría admitir en Atenas a los atletas transexuales tanto en hombres como mujeres*. <http://www.gayguatemala.com/deportes/dep001.htm>, consultado el 22/08/2009.

⁴³⁸ Tomado de **EFE**. *Dudan del sexo de una atleta sudafricana*. http://www.sentidog.com/article.php?id_news=24756, consultado el 22/08/2009.

⁴³⁹ Tomado de http://www.eluniversal.com/2009/09/08/atle_ava_semenya-posa-en-taco_08A2714007.shtml, consultada el 08/09/2009, y en <http://www.ultimasnoticias.com.ve/capriles/cadena-global/detalle.aspx?idart=2446599&idcat=56752&tipo=2>, el 11/09/2009.

de masa muscular caen luego de la terapia de hormonas y de la cirugía de reasignación de sexo.⁴⁴⁰

En razón de lo anterior, china aprobó que dos atletas transexuales fueran a los juegos olímpicos de Atenas, un lanzador de disco y un luchador, el gobierno chino se negó a revelar su identidad y se desconoce si finalmente participaron en dichas olimpiadas.⁴⁴¹

También existen los juegos World Out Games, que en 2009 se efectuaron en Copenhague (Dinamarca) donde compitieron 6.500 deportistas homosexuales, bisexuales y transexuales de un centenar de países, 30 disciplinas, y coincidió con la Conferencia Internacional LGTB (homosexuales, lesbianas, bisexuales y transexuales) sobre Derechos Humanos. Estos juegos tuvieron lugar por primera vez en Montreal (Canadá) en 2006.⁴⁴²

Igualmente, se efectuaron unos Eurogames en el 2008, denominados juegos olímpicos homosexuales, en la ciudad de Barcelona (España), con las participaciones de más de 6.000 deportistas homosexuales, lesbianas, transexuales y bisexuales, en 25 modalidades deportivas, siendo que estos campeonatos, llevan 14 años celebrándose.⁴⁴³

Por otra parte, también se debe evitar el acoso y el abuso sexual en el deporte, ya que esta actividad no discriminan por motivos de edad, sexo, raza, orientación sexual o discapacidad. Los atletas que proceden de diferentes orígenes culturales y familiares, se encuentra en el centro de un sistema de relaciones dedicado a ayudarles a alcanzar su máximo potencial deportivo, para lo cual se relacionan con miembros de su entorno (entrenadores, personal médico y

⁴⁴⁰ Tomado de **Cambiodigital.org.mx**. *Acepta el COI a transexuales*. <http://cambiodigital.org.mx/mosno.php?nota=16537&seccion=Deportes>, consultado el 22/08/2009.

⁴⁴¹ Tomado de **Diario de Leon. Es**. *China acepta que dos atletas transexuales sean olímpicos*. <http://www.diariodeleon.es/noticias/noticia.asp?pkid=110240>; y en **EFE**. *Atletas transexuales chinos hacia Atenas 2004*. <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/62155.atletas-transexuales-chinos-hacia-atenas-2004.html>, consultadas el 22/08/2009.

⁴⁴² Tomado de **TERRA/EFE**. *Arrancan en Copenhague los World Out Games 2009 con 6.500 deportistas*. <http://www.terra.com.do/deportes/articulo/html/fox1025264.htm>; y de **MEDINA, ANTONIO**. *Se inicia en Dinamarca los World Out Games 2009, con 6 mil 500 deportistas*. <http://www.jornada.unam.mx/2009/07/25/index.php?section=deportes&article=a12n2dep&partner=rss>, consultado el 22/08/2009.

⁴⁴³ Tomado de *Unos 6.000 deportistas disputarán los Juegos Olímpicos homosexuales de Barcelona*. <http://www.emol.com/noticias/deportes/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=314284>, consultado el 22/08/2009.

científico, administradores, etc.) en lo que hay en todo momento una diferencia de poder que, en caso de abusarse de ella, puede conducir al acoso y abuso sexuales y, en particular, a relaciones de explotación sexual con atletas, motivo por el cual se debe tratar de evitar que este tipo de situaciones se produzca con los atletas intersexuales, transexuales y transgéneros, que podrían ser chantajeados para efectuar por parte del victimario algún tipo de abuso sexual.

En este sentido nuestra Ley Orgánica del Deporte, Actividad Física y Educación Física, de 2011, estableció algo novedoso que no aparecía en las leyes anteriores sobre la materia, efectivamente en su Art. 83, estableció que *“las organizaciones sociales promotoras del deporte, deben establecer normas **contra la discriminación a los y las atletas, árbitros, árbitras, entrenadores, entrenadoras y dirigentes**, que sancionen los supuestos en que **por razones de enemistad personal, políticas, culturales, sexuales, económicas, religiosas o raciales, entre otras, se les impida participar en alguna competición**”* (resaltado nuestro), siendo de destacar que se prohíbe la discriminación por razones sexuales y no sólo por sexo, lo cual marca una diferencia, ya que se refiere a la orientación sexual y no simplemente al género al que se pertenece.

Sin embargo, el tener este tipo de condición de intersexual, transexual y transgénero puede afectar a este tipo de atletas, como ejemplo tenemos el ya mencionado de Caster Semenya, la cual tuvo problemas en el 2010, para pagar los gastos que le permitieran seguir corriendo, siendo que por tal motivo desarrolló una campaña junto a un grupo de jóvenes que quisieran vender camisetas y lavar vehículos para recaudar fondos que le permitieran volver a la acción en las pistas, todo debido a la controversia provocada por las pruebas de género y su inactividad deportiva, y la imposibilidad de encontrar patrocinadores.⁴⁴⁴

No obstante lo anterior, la excampeona mundial de 800 metros fue elegida por el Comité Olímpico Sudafricano por su fuerza e inspiración durante la adversidad, después de todos los problemas que tuvo que afrontar ante la polémica sobre su sexo y su aspecto físico, y que tuvo que someterse a pruebas

⁴⁴⁴ Tomado de http://www.eluniversal.com/2010/10/28/atle_ava_semenya-busca-ayuda_28A4666177.shtml, consultado el 28/10/2010.

médicas para determinar que realmente su sexo era el declarado y le impidieron correr durante casi un año y su regreso a las pistas fue complicado por una lesión.⁴⁴⁵

3. Los deportistas y el trabajo.

En Venezuela, los deportistas profesionales que actúan mediante una remuneración, bajo la dependencia de otra persona, empresa o entidad deportiva, se consideran trabajadores, incluyendo a los directores técnicos, entrenadores y preparadores físicos (Art. 218 de la LOTTT).

Además se exige que dicho contrato se celebre de manera escrita, no porque con ello se pruebe la existencia del contrato, sino que facilita la prueba de las condiciones y circunstancias en que se efectúa (Art. (s) 219 y 58 de la LOTTT).

Del mismo modo el deportista trabajador tiene derecho a una participación no menor del 25% del beneficio económico que obtiene el patrono de las cesiones, traslados o transferencias de sus servicios a otro empleador (Art. 220 de la LOTTT), siendo que incluso una causal de retiro justificado del deportista profesional es por la falta de notificación de sustitución del patrono; y por la oposición a la transferencia a otra empresa, equipo o club mediante causa justificada (Art.(s) 221 y 69 de la LOT)

En cuanto a su jornada de trabajo y descanso dependerá de la modalidad y características y no puede exceder de 40 horas semanales, computando incluso los entrenamientos, y en caso de exceder deben darse compensaciones especiales (Art. 223 y 173 de la LOTTT), y en caso de no darle el domingo para el descanso, debe compensar con otro día la falta de ese (Art. 224 de la LOTTT). No obstante, a diferencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, que establecía que no se les aplicaba el régimen de horas extraordinarias y trabajo nocturno, así como tampoco las reglas sobre tiempo de transporte (Art. 308 de la LOT), la actual ley hace omisión al respecto, por lo que se presume que ahora sí le son aplicables dichas normas, e incluso se señala que cuando tengan que ejecutarse su actividad

⁴⁴⁵ Tomado de <http://www.eluniversal.com/deportes/londres-2012/120719/semenya-sera-la-abanderada-de-sudafrica-en-londres-2012> y de <http://es-us.deportes.yahoo.com/noticias/atleta-semenya-abanderada-sud%C3%A1frica-londres-2012-134531222--oly.html> consultado el 20/07/2012.

fuera de la sede de la entidad de trabajo, los gastos de traslado, alimentación, hospedaje, seguro contra accidentes y otros inherentes a su actividad, serán por cuenta exclusiva del patrono, así como que el salario que reciban podrá estipularse por unidad de tiempo para uno o varios eventos, partidos o funciones para una o varias temporadas; así como que no constituye violación al principio de igualdad salarial las disposiciones que estipulen salarios diferentes para trabajos iguales por razón de la categoría de los eventos, partidos o funciones de los equipos o de la experiencia y habilidad de los trabajadores (Art. (s) 225, 226 y 227 LOTTT).

Incluso la misma LOTTT (Art. 218) reconoce a los convenios y acuerdos con organizaciones deportivas de otros países como fuente normativa inmediata supletoria del contrato de trabajo del deportista, mientras no coliden con el ordenamiento jurídico interno.

No obstante lo anterior, el Art. 228 de la LOTTT, indica que las normas que rigen las relaciones laborales de los trabajadores del deporte profesional serán establecidas en una ley especial, elaborada en corresponsabilidad y amplia participación de los sujetos de la relación laboral, particularmente los trabajadores y sus organizaciones sindicales, sin embargo, esta ley aún no se ha dictado y por lo tanto la única regulación existente se encuentra en la normativa señalada.

Ya en el caso concreto de los intersexuales, transexuales y transgéneros, observamos que la normativa anterior les es plenamente aplicable, sin que se les pueda aplicar ningún tipo de distinción o variación, motivo por el cual se han de considerar trabajadores, pueden firmar su contrato en el que se establezca una participación no menor del 25% del beneficio económico que obtiene el patrono por las cesiones, traslados o transferencias de su servicio, que en caso de no cumplirse puede demandar por retiro injustificado, así como su jornada de trabajo no excederá de las horas establecidas legalmente.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VII.

En definitiva, el derecho al deporte se encuentra reconocido en la Constitución y en diferentes cuerpos normativos nacionales e internacionales a favor de todos los seres humanos, estrechamente vinculado al derecho a la

educación física, a la salud, a la recreación, y la calidad de vida individual y colectiva, en donde el Estado tiene el deber de garantizarlo por igual a todos sus ciudadanos sin ningún tipo de distinción ni discriminación, incentivando y estimulando al mismo, ya sea en competencias profesionales o no. Así de esta forma, este derecho se debe garantizar también a los intersexuales, transexuales y transgéneros.

No obstante, en el ámbito profesional surge la duda de si poseerán alguna ventaja física deportiva frente a los demás competidores, sobre todo cuando la reasignación de género se efectúa de hombre a mujer, aunque se ha indicado que con la intervención quirúrgica y el tratamiento hormonal esas diferencias se hacen mucho menores. Pero ante tal hecho el COI abolió la prohibición de la participación de estos deportistas en cualquier disciplina, en aras de proteger el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el libre desarrollo de la personalidad, estableciendo una normativa que de cumplirse por parte de los participantes ha de permitirles participar en las pruebas deportivas.

Igualmente, respecto a los vestuarios al efectuarse la operación médico quirúrgica de reasignación de sexo se le ha de permitir a estas personas utilizar los vestuarios de el nuevo sexo adquirido ya que lo contrario sería violatorio y atentatorio a sus derechos humanos y a la normativa del COI como la Carta Olímpica de 2007.

También, se ha de tener especial atención y cuidado, en mantener la reserva de la situación de estos deportistas, a los fines de evitar cualquier discriminación, amenaza o posible situación de abuso sexual hacia ellos, que de no guardar tal cuidado puede atentar contra su derecho a la intimidad, la privacidad, honor y reputación.

Del mismo modo, notamos como existen juegos deportivos especiales para los intersexuales, transexuales y transgéneros, así como para los bisexuales, lesbianas y homosexuales, como los World Out Games y los Eurogames.

Finalmente en el área laboral observamos que no debe existir ninguna distinción por parte de las federaciones deportivas, clubes deportivos y demás asociaciones en esta área en contra de los intersexuales, transexuales y

transgéneros, ya sea que se desempeñen como atletas, entrenadores, directores técnicos, preparadores físicos, etc.

CAPÍTULO VIII SEGUROS

*“La humanidad es como es.
No se trata de cambiarla,
sino de conocerla.”
(Gustavo Flaubert)*

1. Consideraciones generales.

La materia de seguros tiene varios aspectos y aristas, de los cuales solamente trataremos aquellos aspectos que nos interesan en cuanto a su vinculación a la población de los intersexuales, transexuales y transgéneros, sobre todo al considerar que esta materia es de vasta extensión y tocar cada uno de sus puntos haría sumamente extenso el presente trabajo.

2. El contrato de seguro.

En primer lugar señalaremos que, se ha de entender por contrato de seguro a aquel mediante el cual una persona llamada asegurador se obliga, a cambio de una prima representada en una suma de dinero, a dar una prestación determinada o a indemnizar a otra llamada asegurado o a la persona que este designe conocido como beneficiario, de un perjuicio o daño que pueda causar un suceso futuro e incierto, asumiendo las consecuencias de riesgos ajenos sobre hechos que no dependen enteramente de la voluntad del beneficiario.⁴⁴⁶

Con esto observamos que participan en el contrato de seguro el asegurador, el asegurado–tomador y el beneficiario (Art. 7 de la LCS). Además, tiene como características que es un acto de comercio, solemne, consensual, bilateral, aleatorio, oneroso, de ejecución continuada y de adhesión. En cuanto algunas de sus características podemos decir que es consensual porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y produce sus efectos desde que se ha realizado la convención (Art. 14 de la LCS); es bilateral puesto que origina derechos y obligaciones recíprocas entre asegurador y asegurado, y es aleatorio porque se refiere a la indemnización de una pérdida o de un daño

⁴⁴⁶ El Art. 5 del Decreto N° 1.505 con rango y fuerza de Ley del Contrato de Seguro, publicada en la G.O. N° 5.553, de 12 de noviembre de 2001, establece una definición de lo que se entiende por éste contrato, derogando la definición antes establecida en el Art. 548 del Código de Comercio.

producido por un acontecimiento o un hecho futuro e incierto, pues no se sabe si se va a producir y en el caso contrario –como ocurre con la muerte– no se sabe cuándo ello ha de acontecer. Sus elementos son el interés, el riesgo (incierto, aleatorio, posible, concreto, lícito, fortuito y de contenido económico), la prima y la obligación del asegurador de indemnizar. Estos sujetos, características y elementos son importantes tenerlas claras para poder entender lo que ocurre con la situación de los intersexuales, transexuales y transgéneros, sobre todo porque el contrato de seguro da origen a una póliza, que es el instrumento probatorio por excelencia del contrato celebrado entre el asegurado y el asegurador, en él se reflejan las normas que de forma general, particular o especial regulan la relación contractual convenida entre las partes del mismo.

En este sentido, el contrato de seguro y sus modificaciones se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, siendo que la empresa de seguros está obligada a entregar al tomador, en el momento de la celebración del contrato, la póliza, o al menos, el documento de cobertura provisional, el cuadro recibo o recibo de prima; siendo que en las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora no se exija la emisión de la póliza, la empresa de seguros está obligada a entregar el documento que establece la ley. (Art. 14 de la LCS)

Como la empresa de seguro debe suministrar la póliza al tomador dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la entrega de la cobertura provisional, así como, a solicitud y a costa del interesado, duplicados o copias de la póliza, dejando constancia de que ha cumplido con esta obligación, esto es lo que servirá de prueba del contrato. Pero ante la falta de entrega de la póliza por parte de la empresa de seguro, será prueba el recibo de prima, el cuadro recibo o cuadro de póliza. Incluso los terceros interesados en demostrar la existencia de un contrato de seguro, pueden acudir a todos los medios de prueba idóneos previstos en la ley, de acuerdo con la naturaleza del contrato (Art. 14 de la LCS).

También existe presunción de las condiciones del contrato en los casos en los que la empresa de seguros no entregue la póliza de seguro o sus anexos al tomador así como de las condiciones acordadas, aquellas contenidas en los

modelos de póliza que se encuentren en la Superintendencia de la Actividad Aseguradora para el mismo ramo, amparo y modalidad del contrato según la prima que se haya pagado y si hubiese varias pólizas de esa empresa de seguro a las que dicha prima sea aplicable, se entenderá que el contrato corresponde a la que sea más favorable para el beneficiario (Art. 15 de la LCS).

3. El seguro y los intersexuales, transexuales y transgéneros.

Es indudable que cuando se produce un cambio de registro en cuanto al sexo de la persona, esto afecta la materia de seguros, particularmente en cuanto al seguro de vida, donde usualmente la prima para las mujeres suele ser más económica que para los hombres, en razón que poseen mayor esperanza de vida. De este modo, si una persona transexual que cambia de hombre a mujer, y contrata un seguro bajo su nueva identidad sexual, como debería hacer, la aseguradora podría pensar invocar, para solicitar la anulación del contrato, haber sufrido un error en las cualidades de la persona (condición sexual biológica), que la llevaron a contratar, con lo cual se podría presentar problemas (Art.(s) 23 y 91 de la LCS).

Se tiene que observar si la reasignación de género fue antes, durante o después de la vigencia del contrato de seguro, siendo que la situación de cambio de sexo legal, previo o posterior, a un contrato de seguro no ha de significar ninguna alteración o modificación del mismo, a menos de que se constate y pruebe formalmente de que dicho cambio de sexo, que era ignorado por la compañía aseguradora en el momento de formalizar el contrato, altera significativamente las condiciones del riesgo suscrito. Sólo bajo esa condición de desconocimiento y que tal hecho afecte seriamente las condiciones del riesgo asumido es lo que permitiría a la aseguradora poder solicitar la anulación del contrato o su modificación para incluir las nuevas condiciones. Ahora, distinta es la situación que se produce cuando la reasignación de género es durante la vigencia de una póliza ya contratada, ya que en este caso se estima que sí se debe informar previamente a la Aseguradora para que pueda observar si se produce alguna alteración que pueda ser significativa en las condiciones de cumplimiento del contrato o en la prima, y en caso de no hacerlo podría generar la

anulación o anulabilidad del mismo.

3.1 En relación a los elementos del contrato de seguro.

Dentro de los elementos de contrato se encuentra el ***interés asegurable***, entendido como la relación lícita de valor económico sobre un bien, cuando dicha relación se halla amenazada por un riesgo que es el interés que se asegura; o se puede entender, como la relación por cuya virtud alguien sufre un daño patrimonial por efecto del evento previsto, que no recae en lo que es objeto del seguro, sino en el interés que en él tenga el asegurado. Por ello, es claro que se trata de un requisito indispensable que debe concurrir en quien desee la cobertura de algún riesgo, reflejado en su deseo verdadero de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él se originaría un perjuicio para su patrimonio o persona. En el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, no se puede poner en duda que pueden poseer un interés que desean proteger, ya sea este sobre bienes o sobre personas, por lo que una falta de interés no sería un motivo para la anulación de la póliza, ya que efectivamente pueden tener uno, salvo que se demuestre como en cualquier otro caso en general que no existía un interés asegurable.

Otro elemento es el del ***riesgo asegurable***, que es un evento posible, incierto y futuro, capaz de ocasionar un daño del cual surja una necesidad patrimonial, por lo que el acontecimiento debe ser posible, porque de otro modo no existiría inseguridad, ya que lo imposible no origina riesgo. Tiene como características que es incierto y aleatorio, posible, concreto, lícito, fortuito y de contenido económico, por ello estimamos que en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, efectivamente ante sus bienes y personas puede existir un riesgo que requiera ser asegurado. En el contrato de seguro el asegurador no puede asumir el riesgo de una manera abstracta, sino que este deber ser debidamente individualizado, ya que no todos los riesgos son asegurables, es por ello que deben limitarse e individualizarse dentro de la relación contractual. Este se trata de un riesgo que dependiendo de la posición asumida puede o no ser asegurado, en cuanto a la operación de reasignación de género, ya que si no se considera que se trata de un hecho que es una

enfermedad,⁴⁴⁷ si no que se refiere a una condición en que se encuentran, existiría plena certeza de que en algún momento procederán a la intervención quirúrgica y no se trataría de un hecho futuro e incierto, debiendo costear la persona su transformación, salvo que por motivos económicos no lo pueda realizar, pero ello, no tiene nada que ver con el riesgo asegurable. Distinto sería si se considera que es una enfermedad, ya que allí si existiría la incertidumbre, del hecho futuro de proceder a ser necesaria o no la reasignación de género y, por lo tanto, allí si existiría riesgo asegurable.

El riesgo como objeto, debe ser posible, lícito, determinado o determinable (Art. 1.115 del CC), así existen elementos técnicos del riesgo, este ha de ser homogéneo y disperso, este puede ser constante o variable. En el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, pudiese darse una variación del riesgo en cuanto a ciertos aspectos de protección en el área de hospitalización y cirugía (no todos), así como en el del aseguramiento de bienes cuando el sexo de la persona es determinante para la fijación de la prima, tipo y condiciones de cobertura.

Un tercer elemento es **la prima**, que constituye la suma o cantidad que debe pagar el asegurado como contrapartida de las obligaciones, a efecto de que el asegurador asuma la obligación de resarcir e indemnizar las pérdidas y daños que ocasione el siniestro, en caso de que se produzca, el cual es fijado proporcionalmente, tomando en cuenta la duración del seguro, el grado de probabilidad de que el siniestro ocurra (en donde se toma en cuenta el sexo) y la indemnización pactada, por lo que es un elemento esencial que representa un presupuesto *iuris* de la relación contractual, por lo que debe cancelarse por adelantado, al emitirse la póliza, como prestación que debe satisfacer el asegurado, o el contratante, o el tomador del seguro, a cambio de la cual el asegurador asume la obligación de satisfacer las consecuencias dañosas del riesgo.

El monto de la prima se fija al considerara la estimación de los diferentes

⁴⁴⁷ En este sentido debemos recordar que fue excluido como enfermedad el transexualismo en el DSM V, pero aún se mantiene como enfermedad en el CIE-10.

riesgos a las que se encuentran sometidas las personas o las cosas, así como las condiciones y naturalezas de las mismas, siendo este el motivo de la exigencia de ciertos requisitos especiales para fijar la misma, como ocurre en el caso del seguro de vida en el que se debe indicar la edad, profesión y estado de salud de la persona. Igualmente, en el caso del seguro de vida el sexo juega un papel importante, ya que las mujeres suelen vivir más que los hombres; también en ciertos bienes el sexo juega un papel importante, como en el de vehículos, en el que dependiendo de la edad, estado civil y sexo la prima puede subir o bajar, ya que ello influye en la siniestralidad.

Existen diferentes tipos de primas, entre las que encontramos:

Prima natural: En los seguros de vida es la prima que depende del cómputo matemático del riesgo. Por esta razón, a mayor riesgo, mayor será la prima natural, y viceversa. En este sentido un intersexual, transexual o transgénero que varíe su registro en cuanto a su sexo, en cuanto al seguro de vida, deberá la aseguradora observar si efectivamente, dicho cambio tiene o no incidencia en este tipo de seguro, sobre todo al considerar que las mujeres suelen tener mayor tiempo de vida que los varones, debiéndose usar para ello, elementos técnicos-científicos, que puedan demostrar que se deberá asegurar o no bajo las condiciones del nuevo género asignado.

Prima pura: Es la prima de riesgo de los otros ramos de seguros. En la cual también el sexo puede tener influencia en cuanto al costo de la misma y las condiciones como ocurre en el caso de vehículos, en el cual las mujeres suelen tener menor índice de siniestralidad, por lo que como en el caso anterior, al modificarse el género durante la vigencia del seguro, ésta se debería informar.

Prima comercial: esta es la prima que paga efectivamente el asegurado y se compone de dos partes: la prima natural o pura por un lado y los gastos de explotación y la ganancia del asegurador por el otro.

Prima nivelada: Es la aplicación simple de la prima natural para el cálculo de la prima comercial, que haría prohibitivo el seguro de vida, a partir de una determinada edad. En este caso la prima comercial aumentaría de continuo y

llegaría un momento en que el asegurado desistiría del contrato dado el alto precio que debería abonar por su seguro.

Por ello, ha sido necesario nivelar las primas a fin de que la prima comercial sea la misma, como en los seguros de vida, durante toda la vigencia del contrato.

Acá en el caso del seguro de vida tiene relevancia el sexo, tal como ya lo hemos señalado anteriormente, por lo que el cambio de género se debería notificar al seguro a los fines de realizar los ajustes necesarios al contrato.

Prima única: es lo que debe abonar el asegurado cuando ello se hace en una sola oportunidad.

Primas periódicas: la prima única se abona con pagos parciales, con lo cual se ofrece al asegurado una posibilidad que puede decidir la concentración de estas operaciones.

En cuanto a la prima única o periódica los intersexuales, transexuales y transgéneros, no se ven afectados en nada, ya que esto se refiere únicamente a la modalidad de pago de la póliza, con lo cual en nada se ve afectado por la condición que estas personas poseen.

El último elemento es **la obligación del asegurador de indemnizar**, el cual sin su indicación en su contrato, éste no surte efecto, resultando ineficaz de pleno derecho. Representa la causa de la obligación que asume el asegurador cuando el tomador paga la prima correspondiente, obligándose a asumir el riesgo y cumplir con pagar la indemnización en caso de que el siniestro ocurra. Esta obligación depende de la realización del riesgo asegurado, que aunque puede no producirse el siniestro, ello no significa que pueda faltar éste elemento esencial del seguro, con lo cual, es exigible la prestación indemnizatoria sólo en caso de ocurrir el siniestro.

Estas obligaciones se indican en el Art. 21 de la LCS, dentro de las cuales se encuentra efectuar la indemnización por el siniestro ocurrido en el plazo establecido, así como informar de cualquier extensión de los riesgos asumidos y aclarar cualquier duda que surja sobre el contrato.

En el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, el cumplimiento de la obligación asumida en la póliza debe realizarse tal cual ha sido

pactada, salvo que el asegurador demuestre que las condiciones en las que se pactó se vieron afectadas o se haya producido alguno de los vicios establecidos contractual y legalmente, solicitando consecuentemente la modificación o anulación de la póliza, de lo contrario ha de cumplir con su obligación.

Así, la indemnización (Art. 38 de la LCS) debe ser dada por el asegurador una vez se produzca el siniestro y en el plazo estipulado que no puede ser mayor a 30 días hábiles siguientes a la entrega del último recaudo, en donde los beneficiarios tienen el derecho a recibir un comunicado por escrito en caso que el asegurador se niegue a indemnizar, dando las razones de hecho y de derecho, para así poder ejercer las acciones legales pertinentes (Art. 44 de la LCS, 130 de la LAA),⁴⁴⁸ lo cual es plenamente aplicable a los intersexuales, transexuales y transgéneros.

Si en el lapso de 12 meses siguientes a la fecha del rechazo de la reclamación, el tomador, el asegurado o el beneficiario del seguro no hubiese demandado judicialmente a la empresa de seguros, acordado con ésta someterse a un arbitraje o solicitado el sometimiento a la autoridad competente, caducarán los derechos derivados de la póliza con respecto al reclamo formulados que fuera rechazado (Art. 55 de la LCS), debiendo todas las personas sin excepción cumplir con este lapso, por ello si un intersexual, transexual o transgénero considera que se negó el pago por su condición, deberá ejercer las acciones legales correspondientes dentro del lapso de ley establecido.

Se debe tener en cuenta que la aseguradora no se encuentra obligada al pago de la indemnización por los siniestros ocasionados por culpa grave, salvo pacto en contrario, o dolo del tomador, del asegurado o del beneficiario; pero sí de los ocasionados en cumplimiento de deberes legales de socorro o en tutela de interese comunes con la empresa de seguros en lo que respecta a la póliza de seguro (Art. 44 de la LCS). En este sentido, no se puede considerar que la reasignación de género sea una actividad culposa grave o dolosa, ya que como mencionamos, se trata de una condición a la que necesariamente ha de llegar la

⁴⁴⁸ La Ley de la Actividad Aseguradora fue publicada en la G.O. N° 39.481 de 05 de agosto de 2010.

persona que pasa por este proceso, y por lo tanto, no se ha de entender como una conducta dolosa sino necesaria, distinto es, la manera en que dicha reasignación de género afecta las condiciones y validez de la póliza, donde el deber está en la notificación de la realización de la misma.

3.2 En cuanto a los sujetos del seguro.

El asegurador, es la persona jurídica que está autorizada expresamente por ley a prestar este tipo de servicios como tal y es además quien asume el riesgo del siniestro que puede ocurrir, por lo que en virtud de ello se obliga a indemnizar al tomador o al beneficiario del seguro por la producción de un evento previamente determinado e incierto, a cambio de percibir una retribución que es conocida como prima. La Ley de la Actividad Aseguradora, establece cuáles son las condiciones exigidas y necesarias para constituirse en asegurador, así como los motivos de exclusión para la constitución de uno, siendo que en ninguna parte de su articulado establece como exclusión el tener alguno de sus creadores la condición de intersexual, transexual o transgénero, motivo por el cual, estas personas pueden constituir sin problema alguno una empresa aseguradora.

El tomador, estipulante, contrayente o suscriptor, es la persona natural o jurídica que suscribe el contrato y busca trasladar un determinado riesgo a un tercero (empresa aseguradora) a efecto de que le sean resarcidos a él o a un tercero (beneficiario) los daños o pérdidas que puedan derivar del acaecimiento de un suceso futuro e incierto a la fecha del contrato de seguro, por lo que con tal objeto abona una retribución (prima) al asegurador. En el caso del seguro de vida requiere del consentimiento de la persona asegurada (Art. 90 de la LCS). Si el tomador, no es el mismo asegurado o beneficiario de la póliza, no existe ningún inconveniente o diferencia que el mismo sea un intersexual, transexual o transgénero, ya que en nada cambiaría las condiciones de contrato de seguro; pero si es tomador y asegurado o beneficiario, esta condición si puede tener algún tipo de influencia en las condiciones y validez del contrato de seguros, tal como lo hemos ya mencionado para los casos del seguro de vida o de vehículos.

El asegurado, sujeto que interviene en el caso de los seguros de vida y que es la persona cuya vida se asegura, este puede ser el tomador, aunque un tercero

distinto puede ser el tomador (Art. 8 de la LCS). En este caso tiene importancia el sexo, a los fines de determinar la prima y las condiciones de la póliza por lo que es relevante el saber si se ha producido una reasignación de género o un cambio legal del sexo, para determinar si ello tiene alguna influencia técnico-científica en las condiciones y validez de la póliza, lo cual estimamos deberá ser demostrado por la empresa aseguradora y no por el asegurado, ya que la empresa es quien cuenta con los recursos económicos, así como con los peritos para demostrar si se ve afectado el contrato de seguro.

El beneficiario, es la persona que, sin tener que coincidir con el asegurado, recibe la indemnización o el importe de la suma asegurada, por lo que, no está obligado a satisfacer las primas a la compañía (Art. 8 de la LCS). En el caso del seguro de vida no puede ser el mismo que asegura la vida de un tercero, es el acreedor de la garantía prometida (Art. 90 de la LCS). Si el beneficiario solamente recibe una indemnización monetaria, que no requiera de la prestación de algún tipo de servicio, como un seguro de carros o vida, es irrelevante su condición de intersexual, transexual o transgénero, salvo por el hecho de identificar bien y adecuadamente quien es el beneficiario; ahora, si se refiere a la prestación de un servicio como el de salud, sí podría tener influencia el haberse generado una reasignación de género o el cambio legal del sexo, con lo cual reiteramos lo ya mencionado anteriormente.

Así debemos tener claro que si el tomador obra por cuenta propia, se le llama por lo general asegurado o contratante, ya que es el titular del interés asegurable que se encuentra amenazado por el riesgo que traslada a través del contrato de seguro. Cuando ello no sea así, y por el contrario el tomador obra por cuenta ajena (en beneficio de persona distinta) al tercero que tiene derecho a recibir la indemnización en virtud del seguro y que propiamente no forma parte de la relación contractual, se le conoce como beneficiario, y este no está obligado a abonar prima alguna, ni tampoco a cumplir con las obligaciones emanadas del seguro, las cuales corresponderán siempre al tomador, ya que no es parte en el contrato, aun cuando se lo designe en la póliza, al momento mismo de contratar: sólo son partes el tomador y el asegurador, por lo que si el beneficiario tiene la

condición de intersexual, transexual o transgénero, no influencia en nada en la póliza y debe recibir la indemnización sin ningún tipo de excepción del asegurador, ya que es el asegurado el que tiene la carga de informar y no el beneficiario.

3.3 Clases de seguros.

Existen innumerables clases de seguros, siendo que en Venezuela se regulan los seguros terrestres en la Ley del Contrato de Seguro y los seguros marítimos en la Ley de Comercio Marítimo, pero después de hacer un análisis de las clasificaciones que hacen diversos autores sobre el particular, la clasificación que asumimos es la siguiente:

A) Seguros de cosas o intereses, que pueden ser: (Art.(s) 80 y 72 de la LCS) 1) *Por el objeto*.- el interés puede ser sobre un bien determinado, sobre un derecho determinado a un bien o derivado de un bien y sobre todo el patrimonio. 2) *Por la clase del interés asegurado*.- puede ser sobre el interés del capital y el interés de la ganancia. En estos casos es indiferente la condición de intersexual, transexual o transgénero.

B) Seguros de personas, que pueden ser: (Art.(s) 88, 89, 90, 108 y 113 de la LCS) 1) *En sentido estricto*, el seguro sobre la vida humana como lo son los seguros para el caso de muerte, supervivencia, etc., que como ya mencionamos podría afectar el contrato de seguro la condición de intersexual, transexual o transgénero. 2) *En sentido amplio*, a los seguros que cubren un acontecimiento que afecta la salud o integridad corporal. En este tipo de seguros, puede tener relevancia la condición de intersexual, transexual o transgénero, sobre todo si se ha producido la reasignación de género y el cambio legal de sexo, ya que esto afectará cierto tipo de coberturas como el de maternidad o algunos tipos de enfermedades propias de un género u otro, o de enfermedades cuyas conductas sean distintas dependiendo del sexo de la persona, siendo que para ello, se deberá establecer en la póliza si se cubre o no y bajo qué condiciones, aunado al hecho de que si el asegurador no desea cumplir con su obligación deberá demostrar de manera técnico-científica que existe algún vicio o irregularidad realmente significativa en las condiciones del contrato, como para solicitar su anulación o modificación.

C) Seguros Acumulativos.- aquel en el que dos o más entidades de seguros cubren independientemente y simultáneamente un riesgo. Acá no afecta en nada las condiciones de las personas intersexuales, transexuales o transgéneros.

D) Seguro a todo riesgo.- aquel en el que se han incluido todas las garantías normalmente aplicables a determinado riesgo. En este punto se debe tomar en cuenta lo indicado en relación al seguro de bienes y de personas, en donde si puede existir diferencia de las condiciones de seguro según el sexo que se posea.

E) Seguro colectivo.- aquel contrato de seguro sobre personas, que se caracteriza por cubrir mediante un solo contrato múltiples asegurados que integran una colectividad homogénea. En este tipo de seguros, se considera que sería relevante suministrar la información al asegurador, de la condición de sus asegurados en caso de haber producido un cambio legal de sexo o una reasignación de género, en razón de todos los motivos ya expuestos, información que se debe dar de forma confidencial.

F) Seguro complementario.- aquel que se incorpora a otra con objeto de prestar a la persona asegurada una nueva garantía o ampliar la cobertura preexistente. En este caso no afecta la condición de intersexual, transexual o transgénero, más allá de los casos indicados.

G) Seguro de accidentes.- aquel que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones en caso de accidentes que motiven la muerte o incapacidad del asegurado, a causa de actividades previstas en la póliza. Estimamos, que en este caso, no es relevante la condición de intersexual, transexual o transgénero, salvo que se trate sobre accidentes que se encuentren cubiertos para cierto tipo de actividad que deba ser ejercido únicamente por determinado sexo, o que el sexo tiene influencia en cuanto al monto y modo de indemnizar y cumplir con las condiciones con el contrato de seguro, siendo que para ello, se deberá demostrar que eso era así por parte de la aseguradora.

H) Seguro de asistencia de viajes.- aquel seguro conducente a resolver las incidencias de diversa naturaleza que le hayan surgido durante un viaje. En estos,

no afecta la condición de intersexual, transexual o transgénero, salvo en los aspectos de hospitalización para cierto tipo de enfermedades o accidentes.

I) Seguro de automóviles.- aquel que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos. Sobre este aspecto ya hemos comentado que el sexo tiene importancia en cuanto a la siniestralidad y la estimación de la prima, por lo que lo damos por reproducido.

J) Seguro de enfermedad.- es aquel en virtud, en caso de enfermedad del asegurado, se le entrega una indemnización prevista previamente en la póliza. Ya hemos indicado que hay cierto tipo de enfermedades que son propias o con características diferentes según el sexo que posea la persona y que ante ello, cambian las condiciones que posee la póliza, así como la prima, por lo que acá cobra importancia el hecho de haberse cambiado legalmente de sexo y haber realizado la reasignación quirúrgica de género.

K) Seguro contra incendio.- aquel que garantiza al asegurado la entrega de la indemnización en caso de incendio de sus bienes determinados en la póliza o la reparación o resarcimiento de los mismos. Acá, no afecta la condición de intersexual, transexual o transgénero las condiciones del contrato de seguro.

L) Seguro de orfandad.- aquel que tiene por objeto la concesión de una pensión temporal a favor de los hijos menores de 18 años en caso de fallecimiento del padre o de la madre de los que dependan económicamente, en donde es igualmente irrelevante, en principio, la condición de intersexual, transexual o transgénero, salvo que esté vinculado a un seguro de vida o por enfermedad, más no por accidente.

M) Seguro de personas.- aquel que se caracteriza porque el objeto asegurado es la persona humana, tomando en cuenta su existencia, salud e integridad al pago de la prestación. En este tipo de seguros, se dan los mismos argumentos dados en el seguro de enfermedad, por lo que se dan por reproducidos.

N) Seguro contra robos.- aquel en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado por las pérdidas sufridas a consecuencia de la

desaparición de los objetos asegurados. En este tipo de seguros, no afecta en nada la condición de intersexual, transexual o transgénero, para la elaboración del contrato.

Ñ) Seguro de transportes.- aquel por el que una entidad aseguradora se compromete al pago de determinadas indemnizaciones a consecuencia de los daños sobrevenidos durante el transporte de mercancías. Al igual, que en el punto anterior, no existe diferencia en las condiciones del contrato por las características propias del tomador, ya que lo asegurado es un bien material.

O) Seguro de vida.- es aquel en el que el pago por el asegurador de la cantidad estipulada en el contrato se hace dependiendo del fallecimiento o supervivencia del asegurado en una época determinada. Como ya hemos indicado, en este tipo de seguros, si tienen relevancia el sexo de la persona, además de otras condiciones, motivo por el cual, el haber efectuado la reasignación quirúrgica de género o la reasignación legal de sexo, si tendrá importancia para determinar si se contrata la póliza y bajo qué condiciones se deberá notificar en caso de efectuarse y cualquier cambio en las condiciones de cumplimiento, prima, anulación, etc., deberá ser probado de manera técnico-científica por parte de la aseguradora.

3.4 La póliza de seguro.

Ya hemos indicado que la póliza de seguro es el instrumento escrito en el cual constan las condiciones del contrato, mediante el cual se perfecciona el consentimiento de las partes y puede ser público o privado, teniendo en cuenta que, aunque no es indispensable para que exista el contrato, la práctica aseguradora la ha impuesto sin excepciones. Por lo tanto, es el documento principal en el que constan los derechos y obligaciones de las partes, que se redacta en varios folios. Las condiciones generales están impresas y las particulares suelen estar mecanografiadas.

Dijimos que puede ser nominativa, cuando el tomador-beneficiario se identifica y no puede disponer de ella sino mediante cesión; que es a la orden, cuando la póliza determina el nombre del tomador-beneficiario y establece la cláusula a la orden y se puede transmitir a un tercero; siendo que en el caso del

seguro de vida siempre ha de ser nominativo (Art. 19 de la LCS). Por lo tanto, la póliza además de nominativa puede ser a la orden o al portador, teniendo en cuenta que la cesión de la póliza no produce efecto contra la empresa de seguros sin su autorización y que la cesión de la póliza a la orden puede hacerse por simple endoso.

La empresa de seguros podrá oponer al cesionario o endosatario las excepciones que tenga contra el tomador, el asegurado o el beneficiario.

La póliza debe cumplir, entre otros requisitos, con lo indicado en el Art. 16 de la LCS, ya que de lo contrario puede ser anulado el contrato. Entre estos requisitos se encuentra la identificación completa del tomador y el carácter con el que contrata, los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueran distintos, entre los cuales también se ha indicar el sexo de la persona. También puede emitirse a la orden o al portador, salvo en los seguros de personas, en que debe ser nominativa (Art. 19 de la LCS). En este aspecto de la identificación es importante si se produce un cambio legal de sexo y nombre o una operación médico-quirúrgica de reasignación de sexo, ya que la misma debe ser informada a la aseguradora a los fines que la identificación del asegurado o beneficiario no genere ningún conflicto o problema al momento de tener que cumplir con el contrato.

El texto de las pólizas suele ser en general, uniforme para los distintos tipos de seguros. Las cláusulas adicionales y especiales y las modificaciones al contenido de la póliza se denominan endosos y se redactan en hoja separada, que se adhiere a aquella.

Aunado a lo anterior, también se encuentra presente una obligación de firmar los anexos de las pólizas que modifiquen sus condiciones, las cuales para su validez deberán estar firmados por la empresa de seguros y el tomador, y deberán indicar claramente la póliza a la que pertenecen, siendo que en caso de discrepancia entre lo indicado en los anexos y en la póliza, prevalecerá lo señalado en el anexo debidamente firmado (Art. 18 de la LCS), siendo que si el cambio legal de sexo y nombre o la reasignación quirúrgica de sexo genera algún cambio en las condiciones del contrato de seguros se deberá realizar un anexo en

el que se establezca los términos nuevos y sus modificaciones que se han producido por tal hecho, así como lo relativo a la cobertura, prima y demás aspectos.

Dentro de *los elementos*, la póliza de seguro debe contener entre otros requisitos establecidos en la ley: A) La información necesaria para identificar al asegurado y al asegurador, y de ser necesario el nombre del beneficiario, que como ya dijimos es importante notificar cualquier cambio legal de sexo u operación médica quirúrgica de reasignación de género. B) Fecha de emisión de la póliza, periodo de vigencia. C) Descripción del seguro, los riesgos cubiertos y las sumas aseguradas. D) La designación y el estado de los objetos que son asegurados. E) La especificación de la prima que tiene que pagar el asegurado, así como la forma y el lugar de pago. F) Las causales de resolución del contrato. G) El procedimiento para reclamar la indemnización en caso de ocurrir el siniestro. H) Cláusulas que aclaren o modifiquen parte del contenido del contrato de póliza. I) La definición de los términos más importantes empleados en la póliza. J) La indicación de los seguros existentes sobre el mismo objeto y riesgo.

Igualmente, en el caso de las pólizas de vida, además de los requisitos que exige el Art. 16 de la LCS,⁴⁴⁹ se debe indicar la edad, profesión y estado de salud de la persona asegurada, siendo que si dicha información es adulterada, se califican como reticencias o inexactitudes del tomador, del asegurado o del beneficiario por culpa grave o dolo que exoneran al asegurador de responsabilidad o pueden ser causas de nulidad, causas que son igualmente válidas para todos

⁴⁴⁹ **“De la póliza**

Artículo 16. *La póliza de seguro es el documento escrito en donde constan las condiciones del contrato. Las pólizas de seguro deberán contener como mínimo:*

- 1. Razón social, registro de información fiscal (RIF) dato de registro mercantil y dirección de la sede principal de la empresa de seguro, identificación de la persona que actúa en su nombre, el carácter con el que actúa y los datos del documento donde consta su representación.*
- 2. Identificación completa del tomador y el carácter en que contrata, los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlo, si fueren distintos.*
- 3. La vigencia del contrato, con indicación de la fecha en que se extienda, la hora y día de su iniciación y vencimiento, o el modo de determinarlo.*
- 4. La suma asegurada o el modo de precizarla, o el, alcance de la cobertura.*
- 5. La prima o el modo de calcularla, la forma y lugar de su pago.*
- 6. Señalamiento de los riesgos asumidos.*
- 7. Nombre de los intermediarios de seguro en caso de que intervengan en el contrato.*
- 8. Las condiciones generales y particulares que acuerden los contratantes.*
- 9. Las firmas de la empresa de seguros y del tomador.”*

los seguros (Art.(s) 23, 44, 99 y 100 de la LCS). Estas falsedades o reticencias de mala fe, tienen que ser debidamente probadas, causando la nulidad absoluta del contrato, si son de tal naturaleza que la aseguradora de haberlo conocido, no hubiese contratado o lo hubiese hecho en otras condiciones, como lo podría ser el hecho que la persona se efectuó una operación médico-quirúrgica de reasignación de sexo o un cambio legal del mismo, teniéndose que indicar de qué manera influencia en el cumplimiento y validez del contrato.

A su vez las pólizas de seguros contienen ciertas condiciones que son las siguientes:⁴⁵⁰

A) Condiciones Generales: aquellas establecidas para ser aplicadas a todos los contratos de seguros de una misma clase expedidos por la entidad aseguradora, estas representan el conjunto de reglas que establece el asegurador para regular la operación jurídica de cada contrato que emita, las condiciones generales son uniformes para todos los contratos de seguros de un mismo tipo emitidos por la misma empresa de seguros. Como ya mencionamos anteriormente, al ser unas condiciones que no varían en las pólizas sino que son iguales para todas en nada las afectan que la condición del beneficiario, tomador o asegurado sea la de intersexual, transexual o transgénero.

B) Condiciones Particulares: aquellas que individualizan el seguro y respecto de las cuales surgen las voluntades que generan el acuerdo de los sujetos contratantes y da origen al correspondiente contrato de seguro. Prevalecen sobre las condiciones generales por su carácter específico. Por lo tanto, en el seguro de vehículos existen cierto tipo de cláusulas, en el de vida otras, y así sucesivamente, son cláusulas propias de cada tipo de seguro, siendo que en este tipo de contratos deben ser adaptadas o ajustadas las cláusulas relativas a los intersexuales, transexuales y transgéneros, sobre todo en lo referente a qué, cómo y si se encontraría dentro de la cobertura la reasignación de género, además de otras particularidades referentes a como el cambio legal de sexo o la intervención médico quirúrgica afecte al contrato de seguro según el tipo

⁴⁵⁰ Tomado de **CISNEROS SALVATIERRA, Máximo César**. *El contrato de seguro*. <http://www.monografias.com/trabajos17/contrato-seguro/contrato-seguro.shtml>, consultado el 22/08/2009.

del que se trate, en cuanto afecte a la siniestralidad y cálculo de la prima o manera de cumplir con el contrato de seguro, debiéndose demostrar por parte de la aseguradora de manera técnico-científica.

C) Condiciones Especiales: estas condiciones suelen introducirse en determinadas clases de pólizas de acuerdo a su función específica, a la naturaleza de los objetos o a las personas aseguradas. Estas condiciones tienden a delimitar determinada cláusula o conjunto de cláusulas, también prevalecen sobre las cláusulas generales. Este tipo de cláusulas podrían ser introducidas en los contratos en la que los intersexuales, transexuales o transgéneros hayan cambiado legalmente de sexo o hayan hecho la reasignación quirúrgica de sexo, a los fines de establecer las condiciones en las que se ha de regular la relación contractual, cuando esta se produce durante la vigencia del contrato de seguro, o si se produce previamente y pueda afectar de alguna manera la ejecución y cumplimiento del mismo.

3.5 Clasificación de las pólizas.⁴⁵¹

Las pólizas se pueden clasificar:

A) Con relación al ámbito de aplicación: 1) simples, son aquellas en las que el objeto se determina con precisión, sin que pueda ser reemplazado; y 2) flotantes, son aquellas que cubren una pluralidad de objetos, sustituibles, mientras dure el contrato.

En este tipo de clasificación la condición de intersexual, transexual o transgénero, es irrelevante en principio, salvo en aquellos casos en los que el sexo pueda tener algún tipo de influencia para la determinación de la prima como en el seguro de vehículos.

B) En relación con el sujeto a favor del cual se extienden: 1) nominativas (persona determinada), tiene importancia en cuanto a la determinación del sujeto asegurado y beneficiario, por lo que si alguno de estos sujetos cambia legalmente de sexo, esto tendrá importancia y efectos en el contrato, ya que se produce una modificación en cuanto al sujeto, lo que tiene relevancia para la validez y cumplimiento de las obligaciones del mismo, motivo por el cual ha de ser

⁴⁵¹ CISNEROS SALVATIERRA, Máximo César. *Op. Cit.*

notificado este tipo de cambios; 2) a la orden (persona determinable) (Muchos tratadistas sostienen que estos documentos no se convierten en títulos crediticios), en estos casos es también relevante el cambio legal del sexo, para poder determinar cuál persona que posee la póliza será el beneficiario, sobre todo cuando sea la persona asegurada como en el caso de los seguros de vida o de salud, en donde tendrá relevancia este hecho, ya que, como hemos mencionado, produce una alteración en la ejecución, cumplimiento y cobertura del contrato; 3) al portador (persona indeterminada), en estos casos es irrelevante, el cambio legal del sexo, ya que, la persona que posee la póliza será el beneficiario, solamente tendrá relevancia cuando sea la persona asegurada como en el caso de los seguros de vida o de salud, en donde sí tendrá importancia este hecho, ya que, como hemos mencionado, produce una alteración en la ejecución, cumplimiento y cobertura del contrato; 4) individuales y colectivas (según el número singular o plural de los asegurados), en el caso de las individuales es evidente que si durante la vigencia de la póliza se produce la reasignación quirúrgica de género o el cambio legal de sexo, este ha de ser informado al asegurador, ya que puede tener influencia en los términos y condiciones del contrato, dependiendo del tipo de póliza de que se trate, al igual si se ha producido antes, siempre y cuando tenga alguna influencia técnico-científica en las condiciones de la misma; en cuanto a las pólizas colectivas, estimamos que si alguno de sus miembros es un intersexual, transexual o transgénero, que haya cambiado su sexo legalmente o haya efectuado la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, se le ha de informar al asegurador, por los mismos motivos que ya hemos señalado en este segmento, guardando el secreto o reserva de la información suministrada; 5) automáticas (sin fecha de la asunción del riesgo) y de Revalorización (reajustables para prevenir la inflación), donde si ya la aseguradora tienen conocimiento de la condición de intersexual, transexual o transgénero del asegurado o beneficiario no ha de tener ninguna diferencia a las demás pólizas.

C) En cuanto a la manera de redactarlas: 1) con cláusulas impresas, contienen el condicionado general utilizado para toda clase de riesgos; estas deben ser aprobadas por la autoridad competente; 2) con cláusulas manuscritas,

contienen el condicionado particular conforme a la naturaleza específica de cada riesgo.

En caso de que surjan discrepancias entre ambas formas, se debe tener presente que de conformidad con el Art. 4.4 de la LCS, cuando una cláusula sea ambigua u oscura se interpretará a favor del tomador, del asegurado o del beneficiario.⁴⁵²

El *Perfeccionamiento del contrato de seguros*, en cuanto al contrato de seguro para perfeccionarse no requiere de la póliza por escrito, basta el simple consentimiento, pero ésta lo hace perfecto, ya que con ella adquiere la plenitud de sus efectos y vale como pleno medio de prueba, mientras que el simple consentimiento trae mayores problemas probatorios, con lo cual se observa que la póliza cumple una función *ad probarionem* y nunca *ad solemnitatem* o *ad substantiam* (Art.(s) 134 del CdeC, 1.133, 1.141, 1.352 del CC). Por lo tanto, el contrato de seguros es consensual, cuya eficacia queda suspendida hasta la emisión de la póliza, ya que ésta, es casi el único medio de prueba perfecto de la existencia del mismo, por ello, la existencia de la obligación del asegurador de emitir la póliza y entregarla al asegurado, aunque se puede utilizar para demostrar su existencia el recibo de la prima, cuadro recibo o cuadro póliza, así como cualquier otro medio probatorio idóneo previsto en la ley y según la naturaleza del contrato (Art. 14 de la LCS).⁴⁵³

3.6 El coaseguro.

Es cuando varios aseguradores han asegurado conjunta o separadamente en una cantidad que en conjunto excede o no el valor del bien asegurado, siendo responsables únicamente hasta la concurrencia de ese valor y cada uno en

⁴⁵² Además el Art. 7.10 de la LAA establece que el Superintendente de la Actividad Aseguradora puede determinar con sentido de inclusión, equidad y de justicia social, las tarifas y las condiciones generales y particulares de contratación, mediante actos administrativos generales, para todo el mercado asegurador, que permitan el acceso a las pólizas de seguros obligatorios y solidarios de inclusión, equidad y de justicia social; aunado a los derechos que se les reconoce en el Art. 129 *eiusdem*.

⁴⁵³ Este aspecto se encuentra bien desarrollado en **BORJAS, Leopoldo. Naturaleza Jurídica del Contrato de Seguros.** Publicado en *Derecho y Seguros*. XIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar (en homenaje al XXV aniversario de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Segunda edición. Barquisimeto, del 3 al 6 de enero de 1988. pp. 121-148.

proporción a la suma que hubiere asegurado, siempre que las empresas de seguros sean notificadas por escrito por el tomador dentro de los 5 días de ocurrido el siniestro. En caso de omitirse dolosamente dicha notificación, las aseguradoras que hubieren contratado con posterioridad quedan exentas de responsabilidad porque ya el bien estaba asegurado. En caso de insolvencia de una de aseguradores, las otras asumen proporcionalmente los costos y se subrogan en sus derechos contra la empresa insolvente (Art. 63 y 68 de la LCS). Así, el coaseguro se fundamenta en el principio de división o distribución de los riesgos, asumiendo cada asegurador proporcional y respectivamente los riesgos tomando en cuenta la cantidad asegurada, el valor del bien asegurado y el valor del daño.

Por lo tanto, se trata de un contrato celebrado por el asegurado simultáneamente con más de un asegurador sobre un mismo riesgo, existe un aseguramiento previsto y ordenado sobre un mismo interés y por ende sobre un mismo riesgo, pero que es celebrado con varios aseguradores; esto es, supone pluralidad de seguros, en donde se requiere el consentimiento del asegurado, donde cada uno de ellos asume una porción del total del riesgo.

El coaseguro estila acordarse mediante una póliza emitida en beneficio del asegurado y firmada por todos los coaseguradores, señalándose las cuotas correspondientes a cada uno de ellos, cuyo valor agregado constituye la unidad del seguro. Uno de los coaseguradores, debidamente nombrado por el conjunto o mayoría de ellos, tienen que asumir la administración del contrato, para lo cual se le autorizarán los poderes del caso.

La empresa aseguradora encargada de la administración y dirección del contrato de coaseguro es conocida como compañía "líder" y es la encargada de coordinar las relaciones entre el asegurado-tomador y los coaseguradores, quienes para dicha relación contractual se encuentran integrados en un consorcio.

Este tipo de situaciones se suele dar en grandes empresas que requieren asegurar personal, bienes, maquinarias, edificios, etc., en donde la situación de tener la condición de intersexual, transexual o transgénero, sólo tendrá relevancia si se hace a título personal y no en nombre de una empresa, debiéndose

suministrar dicha información solamente en los casos mencionados anteriormente como el de salud, de lo contrario, ello no es necesario.

3.7 El infraseguro o subseguro.

El infraseguro o subseguro, es cuando la suma asegurada es inferior o menor al valor total del interés asegurado, por lo que el asegurado sólo está protegido en cuanto a los daños que sufra el objeto al acontecer el siniestro, en un porcentaje igual al que represente la suma asegurada con relación al valor del interés asegurado. Este perfectamente posible y lícito, ya sea que se trate de una parte alícuota o no.

Como efecto tiene que se aplica la regla de la proporcionalidad; es decir que por la parte no cubierta el asegurado soporta el daño en la medida del infraseguro; y cuando el siniestro es parcial, el asegurador sólo debe indemnizar en proporción a las primas pagadas.

Se puede estipular que el asegurador indemnice al asegurado sin pérdida alguna para éste, siempre que no sobre pase o se exceda de la cantidad asegurada (Art. 62 de la LCS).

En el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, la aplicabilidad del principio anterior es exactamente igual que al resto de los casos en general, sin establecerse ningún tipo de distinción por la condición que estos poseen, por lo que si aseguran un bien por un monto inferior a su valor, hasta esa cantidad se encontrará protegido por el seguro.

3.8 El sobreseguro.

Existe sobreseguro cuando la suma asegurada es superior al valor del seguro y al valor del interés, lo que origina una situación de peligro para el asegurador, ya que el asegurado no tendrá interés en la conservación de la cosa y puede verse tentado a provocar el siniestro, a fin de obtener como indemnización una suma mayor al valor real de lo asegurado.

Sin embargo, el sobreseguro puede tener lugar de buena fe, sin que haya voluntad por parte del asegurado de cobrar al asegurador una suma superior al daño que pueda sufrir si se produce el siniestro. Pero cuando actúa con mala fe, señala como suma asegurada una que él sabe que excede el valor del interés

asegurado, con el objeto de obtener un beneficio económico, esta actitud desnaturaliza el contrato de seguro.

Así el valor del bien se puede cuantificar mediante una declaración dolosa, fraudulenta o por error del asegurado en un valor mayor que no corresponde con el verdadero, con lo cual se espera una ganancia o beneficio que vicia de nulidad el contrato a tenor de lo dispuesto en el Art. 58 de la LCS, si es de tipo dolosa y fraudulenta, junto con el resarcimiento de daños y perjuicios. Pero en el caso del error, el contrato es válido hasta la concurrencia del valor de la cosa asegurada, debiendo el asegurador reintegrar la prima cobrada en exceso por el período de vigencia que falta por transcurrir (Art. 61 de la LCS).

En el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, pueden incurrir en el sobre seguro, en igualdad de condiciones que el resto de las personas, ya que su condición no genera ninguna diferencia para con los demás, por lo que le es aplicable la misma normativa.

3.9 Obligaciones del asegurador.

Entre las obligaciones que tienen el asegurador, se encuentra que debe preservar su capacidad técnico-económica para hacer frente a su deber de pagar la indemnización, aunque tal obligación pareciera más de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en cuanto a su deber se fiscalizar y supervisar las empresas de seguros, por tanto dicha obligación, no es sólo para con el asegurador sino con el Estado.

También se indica que la obligación principal del asegurador es asumir el riesgo. Esta obligación de pagar la indemnización en el supuesto que el siniestro ocurra, es la principal obligación que asume la entidad aseguradora, como contraprestación a que el asegurado se obliga a pagar la prima a cambio del compromiso firme de que la aseguradora lo indemnice en caso de ocurrir el siniestro, entonces el deber de indemnizar significa la causa de la obligación del asegurado.

Se encuentra también la obligación de entregar la póliza de seguro y documentos_anexos, con lo cual se perfecciona el contrato de seguro, cuya vigencia formal comienza a partir de la fecha en la que se señale en el contrato

(Art. 16 de la LCS), por ello es una obligación de la entidad aseguradora de entregar un ejemplar original al asegurado-tomador, juntamente con todos los anexos que sean pertinentes.

La obligación de reintegrar la prima no devengada, que parte de que la prima percibida, es exigible en ciertos casos en que, debido a la ausencia de interés o riesgo asegurable o a la voluntad de alguna de las partes, cesa la responsabilidad de la entidad aseguradora.

Finalmente esta la obligación de pagar la prestación asegurada, que es la causa de la obligación que asume el tomador, ya que este paga la prima correspondiente, porque pretende que el asegurador asuma el riesgo que está en el contrato de seguro y cumpla con pagar la indemnización en caso de ocurrir el siniestro.

En el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, como hemos señalado, no es necesario suministrar dicha información en todos los casos, sino simplemente en aquellos, en que tenga incidencia para el cálculo de la prima y las condiciones de la póliza, motivo por el cual si se ha notificado al asegurador al respecto, así como en los demás casos en los que no haya necesidad de ello, la aseguradora ha de cumplir con estas personas con todas sus obligaciones, sin poder alegar ninguna excepción alguna.

Ante el incumplimiento del asegurador del contrato de seguro, se puede efectuar una demanda judicial para el cumplimiento o ejecución del mismo, y se proceda a la indemnización por el daño producido en virtud del riesgo cubierto, o el pago de la prima, o la resolución del contrato en razón del incumplimiento, junto con los daños y perjuicios que hubiesen producido, los cuales se traducen en intereses moratorios del capital debido, al tratarse de obligaciones dinerarias (Art. 1.167 del CC, Art. 129.5 de la LAA). Por lo tanto, si la condición de intersexual, transexual o transgénero, no afecta en nada a la póliza o de hacerlo la misma fue notificada, estos como asegurados pueden interponer este tipo de acciones en contra del asegurador por su incumplimiento.

Se debe tomar en cuenta igualmente que es causa de nulidad la falta de cumplimiento de los requisitos mínimos esenciales y legales de la póliza. En tal

sentido, están las acciones de cumplimiento y resolución del contrato, acciones de nulidad relativa y absoluta, y de resarcimiento por daños y perjuicios (Art. 22, 23, 27 y 54 de la LCS), en caso de haberse cumplido con las mismas y que el asegurador no desee cumplir con sus obligaciones.

Salvo lo dispuesto en leyes especiales, las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben a los 3 años contados a partir del siniestro que dio nacimiento a la obligación (Art. 56 de la LCS).

Igualmente, en caso de no cumplir el asegurador con sus obligaciones se considera que existe una elusión, lo cual se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico venezolano desde 1975, con la promulgación de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de esa fecha, dando a la entonces Superintendencia de Seguros (hoy Superintendencia de la Actividad Aseguradora) la potestad de sancionar a las empresas que incurrieran en elusión o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual se encuentra hoy en día reconocido en los Art.(s) 130, 166 y 170 de la LAA.⁴⁵⁴

La elusión puede consistir en la traslación parcial o total de la carga económica al asegurado, donde la aseguradora sin ninguna razón que justifique su actuación, transfiere el peso de su obligación pecuniaria al asegurado. Sin embargo, la elusión puede también producirse sin violentar la norma legal, al sustraerse el asegurador de cumplir con su obligación legal mediante el abuso en las formas de los actos jurídicos y las lagunas existentes, mediante la adopción de formas y procedimientos ajustados a derecho, pero con la intención de evadir su obligación.

Ante esta actitud del asegurador la Superintendencia de la Actividad Aseguradora tiene amplia discrecionalidad para determinar si existió o no elusión, iniciando el procedimiento de oficio o a solicitud de parte, valorando en su justa medida, las razones de hecho y de derecho, así como los medios e instrumentos probatorios aportados por las partes.

⁴⁵⁴ Para mayor información se puede ver a **OBERTI NARANJO, Ivania**. *La Elusión en el Contrato de Seguros*. Publicado en **BAUMEISTER TOLEDO, Alberto (Coordinador)**. *Estudios sobre Derecho de Seguros. Libro homenaje a los 40 años de la Fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA)*. Editorial Texto. Asociación Venezolana de Derecho de Seguro – Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2003.

Por ello, si el asegurador incurre en elusión contra un intersexual, transexual o transgénero, por el simple hecho de su condición y no por un hecho objetivo y cierto de incumplimiento de sus obligaciones, que según el tipo de póliza y según un argumento técnico-científico el cambio legal de sexo y nombre o la intervención médico quirúrgica de reasignación de género es determinante y la misma tenga real incidencia en la prima y condiciones de cumplimiento de la póliza, la aseguradora será objeto de sanción por incumplimiento.

Nos parece interesante destacar que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo falló el 19 de enero de 2009, a favor de un transexual suizo (Max-Nadine Schlumpf) que denunció a las aseguradoras de su país por negarse a pagar los costes de su operación de cambio de sexo y le concedió una indemnización de 23.000 euros, en razón de que tras no obtener satisfacción jurídica en diferentes instancias suizas y no poder siquiera presentar su caso en audiencia pública, entendió que la Convención de Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida privada, cuyo respeto requería que se tomasen medidas a tenor de los hechos médicos, biológicos y psicológicos expresados inequívocamente por expertos médicos, para evitar la aplicación médica de los dos años de espera, y estableció la indemnización en 15.000 euros de daños no pecuniarios y 8.000 euros por costes, aunado al hecho de que no se respetó el derecho a un juicio justo y a una audiencia pública, recogidas en la Convención de Derechos Humanos.

Nadine Schlumpf, nació varón en 1937, con el nombre de Max Schlumpf, decidiendo cambiarse de sexo a los 67 años y vivir el resto de su vida como mujer, una vez que sus hijos habían alcanzado la edad adulta y que su esposa había fallecido de cáncer. En 2003 comenzó una terapia hormonal y psiquiátrica, así como un tratamiento endocrinológico y obtuvo el certificado de un experto médico que le diagnosticó transexualismo masculino-femenino, quien afirmó que el paciente cumplía las condiciones para someterse a una operación de cambio de sexo. Un año más tarde, Schlumpf solicitó a su aseguradora SWICA que se hiciera cargo de los costes de su operación, pero ésta se negó y adujo que no había transcurrido el tiempo mínimo necesario de evaluación, establecido en dos años

por el Tribunal Federal de Aseguradoras (división independiente del Tribunal Supremo suizo), por lo que no se podía determinar que el paciente sufriera verdadero transexualismo. Aún así, Schlumpf se sometió a la operación y en 2005 cambió incluso su estado civil y su nombre, pasando a llamarse Nadine en lugar de Max.⁴⁵⁵

3.10 Obligaciones del asegurado-tomador.

De conformidad con el Art. 20 de la LCS⁴⁵⁶ dentro de las obligaciones del asegurado o beneficiario esta el llenar la solicitud y declarar con sinceridad todas las circunstancias necesarias para identificar el bien o personas aseguradas y apreciar la extensión de los riesgos, en los términos indicados en la ley; así como hacer saber a la empresa de seguros en el plazo establecido en la LCS después de la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier incidente que afecte su responsabilidad, expresando claramente las causas y circunstancias del incidente ocurrido, dentro de las cuales podríamos incluir el cambio legal de sexo o la reasignación quirúrgica de género, siempre y cuando tenga incidencia en la prima o condiciones en las que se ha de cumplir el contrato.

Igualmente, existe la obligación de pagar la prima, lo cual han de cumplir todos los sujetos que contraten un seguro, sin ninguna distinción.

También tiene el asegurado que cumplir diversas obligaciones que resultan del contrato de seguro como las obligaciones de información y de conducta. Las relativas al contrato, se refieren a prestar informes acerca de circunstancias que resultan trascendentales para que el asegurador se forme un visión del estado del riesgo, el tiempo de la formación del contrato y durante la vigencia saber sobre todas las circunstancias que puedan agravar el riesgo, también debe brindar toda la información del siniestro (si ocurriera), la transmisión del objeto asegurado, la pluralidad de seguros, entre otros, que como hemos señalado en reiteradas oportunidades en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, sólo

⁴⁵⁵ Tomado de **El Confidencial-EFE. MUNDO: Estrasburgo da la razón a transexual contra aseguradora que no pagó operación.** <http://www.fideseguros.com/content/bin/239/385.htm>, consultado el 22/08/2009.

⁴⁵⁶ Creemos que sigue aplicándose también el Art. 568 del CdeC.

será pertinente e indispensable cuando tenga incidencia en el monto de la prima y en las condiciones en las que se ha de prestar el contrato.

Del mismo modo esta la obligación de garantía o de prevenir el siniestro, que es una obligación genérica y no existe diferencia en su cumplimiento entre ninguno de los tomadores, asegurados o beneficiarios de la póliza, ni distinción por su condición.

En lo concerniente a las obligaciones de conducta, consisten en los comportamientos activos u omitivos del asegurado, como por ejemplo la obligación de salvar los objetos asegurados, la de no agravar el riesgo, etc., que en principio no se ha de modificar ni tener ningún tipo de influencia en caso que el tomador de la póliza y asegurado sea un intersexual, transexual o transgénero, pero cuando en el tipo de contrato de seguro, tenga influencia el sexo (como en el de vehículo o el de vida), allí si durante la vigencia del contrato se produce un cambio legal de sexo y nombre o una reasignación quirúrgica de género sí se deberá informar al asegurador, ya que ello puede hacer modificar las condiciones y primas relativas al contrato.

Por lo tanto, con la obligación de mantener o preservar el estado de riesgo (Art.(s) 12, 32 y 34 de la LCS),⁴⁵⁷ si se produce alguna modificación del riesgo este debe ser comunicado al asegurador; pero esa modificación debe existir, debe ser objetiva, debe ser posterior a la celebración del contrato, y, debe referirse a las circunstancias declaradas al contratar. El asegurador decidirá si rescinde el contrato o no, pero mientras decide y notifica de la rescisión, el contrato no se suspende y sigue vigente. Por lo tanto, dependiendo del tipo de contrato de seguro, el cambio legal de sexo o la reasignación quirúrgica tendrán incidencia en el riesgo y por lo tanto deberá de ser notificado al asegurador a los fines de mantener la vigencia y validez del contrato.

También, esta la obligación de declarar el estado de riesgo, referente a que el tomador, el asegurado o el beneficiario tiene un plazo de caducidad de notificar al asegurador la ocurrencia del siniestro dentro de 5 días hábiles de haberlo conocido, salvo establecimiento en la póliza de un plazo mayor, junto con la

⁴⁵⁷ Estimamos que se debe tomar en cuenta igualmente el Art. 559 del CdeC.

información de las circunstancias y consecuencias del siniestro, en caso de no hacerlo la aseguradora se encuentra exonerada de indemnizar (Art. 39 LCS), lo cual es aplicable a todas las personas por igual.

Las modificaciones posteriores de la póliza o *avenant*, en relación a los riesgos, a la cualidad de la persona o a cualquier otra circunstancia, se convierte en una convención accesoria y no se puede concebir aislada, formando parte de la póliza. Esto tiene la importancia de permitir al asegurado tener en cuenta las modificaciones que son producidas a los efectos de los riesgos concertados y hace posible el evitar las ulteriores reclamaciones que pudiera oponer el asegurado en caso de siniestro, si las declaraciones contendidas en la póliza no fuesen en dicho momento de conformidad a la realidad de los hechos. Se fundamenta en que las normas contractuales, exigen declaraciones del asegurado acerca de la alteración de las circunstancias de los riesgos durante el contrato, lo cual responde más a una necesidad técnica-económica que a una jurídica.⁴⁵⁸

En este sentido si durante la vigencia del contrato de seguro, se produce una modificación legal del sexo y nombre o una intervención médico quirúrgica de reasignación de género, si dicho cambio dependiendo del tipo de póliza de que se trate tiene algún tipo de incidencia técnico-científica en la prima o en las condiciones en las cuales se deba cumplir con el contrato, se deberá informar de la misma a la aseguradora.

Igualmente esta la obligación de declarar los seguros coexistentes, que se trata de una obligación que se aplica por igual a todos sin ningún tipo de diferencia en cuanto a los sujetos.

Como dijimos en el punto anterior, es causa de nulidad la falta de cumplimiento de los requisitos mínimos esenciales y legales de la póliza, por lo que se pueden ejercer las acciones de cumplimiento y resolución del contrato, acciones de nulidad relativa y absoluta, y de resarcimiento por daños y perjuicios (Art.(s) 22, 23, 27 y 54 de la LCS), por el hecho de que el tomador no cumpliera con estas obligaciones, y, en el caso particular de los intersexuales, transexuales y

⁴⁵⁸ **DE LUGO Y REYMUNDO, Luis Benítez.** *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización.* Instituto Editorial REUS. Volumen I. Madrid, 1952. p. 363.

transgéneros, en aquellos casos en que debieran haber notificados el cambio legal de sexo o la intervención médico quirúrgica de reasignación de género y no lo hubiesen efectuado.

Salvo lo dispuesto en leyes especiales, las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben a los 3 años contados a partir del siniestro que dio nacimiento a la obligación (Art. 56 de la LCS).

3.11 Causas de terminación y disolución del contrato de seguros.

Las *causas de terminación* del contrato de seguros son: A) causas naturales como: a) la expiración del término de la póliza, b) la desaparición del riesgo, c) la ocurrencia del siniestro, d) terminación con pago de garantía, e) terminación sin pago de garantía por prescripción, f) terminación sin pago de garantía por caducidad; B) causas jurídicas como: a) la resolución, b) la rescisión, c) la denuncia; y C) por las causales de nulidad y anulabilidad establecidas en la ley.

Entre los fenómenos disolutorios del contrato de seguros existen la ineficacia, la inexistencia, la nulidad absoluta o radical y la nulidad relativa o anulabilidad.

La ineficacia es la carencia de efectos jurídicos, la inexistencia es la falta de algún elemento esencial para la formación del acto o contrato que los hace carecer de existencia legal. La nulidad absoluta es la que concurre en un acto o contrato que viola un mandato o prohibición legal; y la nulidad relativa es la que se ofrece en los actos o contratos en que concurren los requisitos esenciales, pero aparecen viciados. Esto se rige por el CC, la LAA y la LCS, como la incapacidad de la parte, la ilicitud o falta del objeto, por defecto del pacto acerca de la prima, por vicio en el consentimiento (error, violencia o dolo).

La disolución del contrato de seguros se da por expiración del tiempo convenido; la resolución del contrato de seguros, la rescisión del contrato de seguros; la denuncia (resiliación)⁴⁵⁹ por el asegurador (sustitución del objeto

⁴⁵⁹ Causa extintiva de la relación contractual cuando se producen hechos imprevistos o situaciones que autorizan a una de las partes a dar por concluido el contrato, siendo sus efectos *ex nunc*, a diferencia de la nulidad, rescisión y resolución cuyos efectos son *ex tunc*.

asegurado, demora en el pago de la prima, alteración de los objetos asegurados, por la muerte, liquidación o quiebra del asegurado; por haber ocurrido el siniestro; por no haberse informado de todos los seguros anteriores; (posibilidad de reducir la cobertura) o por el asegurado (por alteración de los objetos asegurados; por voluntad del asegurado; cesión, desaparición del riesgo, alteración fundamental de las circunstancias del negocio, suspensión de pagos, enajenación de la cosa asegurada.

En este aspecto hemos de reiterar todo lo ya dicho en los puntos anteriores para la procedencia de la terminación, disolución, ineficacia, inexistencia, nulidad (absoluta o relativa) y disolución del contrato de seguros, en relación a los intersexuales, transexuales y transgéneros, en cuanto a que esta condición debe afectar a la prima, o la forma, términos y condiciones de aseguramiento o cumplimiento de la póliza, demostrable de manera técnico-científica.

3.12 La buena fe en los contratos de seguros.

La buena fe es un principio jurídico fundamental que informa todo el ordenamiento jurídico, haciendo referencia a las personas y su conducta, en cuanto a la confianza, la cual no admite graduación, pero si se puede graduar la diligencia y el deber de cooperación que en un momento dado le pueda ser exigible a una persona, en donde se admite cierto grado de culpa pero nunca de dolo. En el contrato de seguro, este concepto cobra también mucha importancia, debiendo estar presente en la etapa precontractual, al momento de su celebración, durante la vigencia del mismo y en su terminación.⁴⁶⁰ Acá debe haber una diligencia cuidadosa, de mutua colaboración y cooperación en todas las fases del contrato.

Lo contrario a esto sería el fraude, que es el artificio que se utiliza para engañar a otro, en el que se elude con perjuicio de un tercero o desconocimiento del derecho ajeno una disposición legal, o las cláusulas del convenio o contrato, independientemente de las implicaciones, que pueden ser de naturaleza civil, penal, comercial o administrativa. En el caso de los seguros puede ser interno, dentro de la compañía, o externo, que lo efectúan el tomador, el asegurado o el

⁴⁶⁰ Art.(s) 4.1 y 6 de la LCS.

beneficiario en provecho propio de manera ilícita en contra del contrato, de manera conjunta o separada. Entre los fraudes se encuentra reporte de propiedades inexistentes, falsedad sobre el uso de la propiedad asegurada, exageración de los reclamos, incendios provocados, robos con allanamiento de propiedades, inflación de costos de reparación y contraofertas a los tenedores de pólizas, coaseguro no reportado, fraudes en el seguro de vida, suma asegurada por encima del monto real, siniestro ficticio, provocación intencional del siniestro, fraude en el ajuste del siniestro, fraude a una tercera persona, diagnóstico distinto a la operación que realmente se va a efectuar, se presenta una persona distinta para efectuar la operación aprobada por el seguro, etc.

Por lo tanto, el hecho que un intersexual, transexual o transgénero, guarde intencionalmente silencio respecto a su condición, cambio legal de sexo o intervención quirúrgica para la reasignación de género, antes y durante la vigencia del contrato, dependiendo del tipo de contrato en el que pueda tener influencia tal condición y el sexo de la persona, podrá acarrear dicha actitud un fraude ante la empresa de seguro y sus subsecuentes consecuencias, siempre y cuando tal hecho influya sobre las condiciones de cumplimiento de la póliza o la prima y sea demostrado por la empresa aseguradora.

3.13 El sistema mutual de seguros y las cooperativas.

El sistema mutual son entidades de personas que surgen para que los individuos, ante una emergencia o necesidad de algún bien o servicio al que no pueden tener acceso de forma individual, puedan obtenerlo mediante la ayuda mutua, sobre la base del principio de la solidaridad, para contribuir al logro de bienestar material y espiritual, mediante entidades sin fines de lucro, financiadas mediante la cuota social que es periódica al ser mensual.⁴⁶¹

Por lo tanto, *“las sociedades mutualistas, son asociaciones de asegurados para sobrellevar sus propios riesgos. El asegurado o socio participa en los beneficios y soporta las pérdidas en proporción a la prima. Generalmente emiten pólizas con participación, es decir, que al socio se devuelve la diferencia entre el*

⁴⁶¹ **ÁVILA MERINO, Luis Miguel.** *Las Cooperativas de Seguros en Venezuela.* Cooperativa de Protección Automotriz (COPROAUTO). Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, Venezuela, 2005, p. 17.

*costo del seguro y la prima pagada anticipadamente. Son empresas administradas y dirigidas al igual que las compañías anónimas y su principal característica es la de ser controlada por los asegurados o socios. Ofrecen seguro al costo, pero tienen la desventaja de no poseer un fondo de garantía o capital para cubrir contingencias adversas en los primeros años de actividad”.*⁴⁶²

En Venezuela el mutualismo no posee regulación alguna, solamente tiene una mención en el Art. 118 de la CRBV,⁴⁶³ y esta guarda estrecha relación con el cooperativismo. La exposición de motivos de la Constitución promueve a las cooperativas, así como en sus Art.(s) 70, 118, 184 y 308; igualmente existe el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, y el Decreto N° 1.440 G.O. N° 37.285 de 18 de septiembre de 2001, del Ministerio del Poder Popular de Producción y Comercio, Superintendencia Nacional de Cooperativas.

Las cooperativas de seguro en Venezuela no se encuentran tan desarrolladas como en otros países de Latinoamérica (Argentina, Colombia, Perú, etc.). En 1957 se creó la Cooperativa Central de Seguros, que dejó de existir a mediados de 1958, al suspenderse la autorización. El Art. 11.m del Reglamento General de la LESR G.O. N° 5.339 27/04/1999,⁴⁶⁴ establece que la Superintendencia de Seguros (ahora Superintendencia de la Actividad Aseguradora) debe llevar el registro de inscripción de las sociedades de seguros mutuos o cooperativas de seguros o reaseguros, dando surgimiento a una gran cantidad de cooperativas lo que ha llevado que la LAA incluya un capítulo especial referidas a ellas. No obstante actualmente no existe normativa detallada aplicable a las cooperativas de seguros, salvo lo establecido en los Art.(s) 1, 3, 134, 137 y 166 de la LAA a la Superintendencia de Seguros a intervenir, supervisar y fiscalizar estos entes, junto con la Superintendencia Nacional de Cooperativas, así

⁴⁶² **MORA CHIANO, José.** *Riesgo y Seguro. Desarrollo del seguro privado en Venezuela.* Revista de Fomento. Ministerio de Fomento de los Estados Unidos de Venezuela. Dirección de Industrias – Asesoría de Publicaciones. Caracas, Venezuela, 1952, p. 16.

⁴⁶³ Anteriormente, poseía una mención en el Art. 5 de la LESR derogada (tanto en la de 1995 como en la de 2001, en el mismo artículo).

⁴⁶⁴ Este Reglamento aún se encuentra vigente en razón que no se ha dictado todavía el nuevo reglamento de conformidad con la nueva Ley de la Actividad Aseguradora, lo que genera ciertos conflictos al existir normas que se contradicen, para lo cual se deberá acudir a la prelación de las fuentes y otros mecanismos de integración del ordenamiento jurídico para encontrarle solución.

como no existe un reglamento de cooperativas. Igualmente, se encuentra una pequeña regulación en los Art.(s) 9, 23.3 y 24.4 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, publicada en la G.O. N° 39.447 del 16 de junio de 2010, en relación al sector agrario y turismo.

Aunque ya no existe ninguna mención en la LAA, de las mutuales con lo cual parecería que se prohíben, al observar la Constitución y las otras leyes mencionadas anteriormente y el Reglamento de la ley derogada aún vigente que la permiten, y tomando en consideración que la norma constitucional prevalece sobre la legal, procedería una desaplicación por inconstitucionalidad de cualquier norma que las prohibiera, lo que permitiría la creación de mutuales de seguros, además de las cooperativas.

En este sentido, las organizaciones o conglomerados de intersexuales, transexuales y transgéneros, podrían crear sus propias cooperativas o mutuales de seguros (Art. 12 de la LAA), además de sus aseguradoras, en las cuales se pueda dar cobertura a ciertos siniestros que quedarían excluidos por parte de las tradicionales empresas de seguros, así como evitar la discriminación de la cual pudiesen ser objeto por parte de éstas últimas.

Del mismo modo, no se puede dejar de observar que el Art. 5 numerales 2, 5 y 6 de la LAA, establece que se debe garantizar a las personas el libre acceso a los productos, bienes y servicios objeto de la dicha ley y proteger los derechos e intereses de los tomadores, asegurados, beneficiarios o contratantes respecto de los sujetos regulados; promover la participación ciudadana en defensa de los derechos de los contratantes, asociados, tomadores, asegurados y beneficiarios; y promover la participación ciudadana a través de los consejos comunales u otras formas de organización social. Además, existen unos principios de establecer mecanismos para garantizar el acceso y suscripción de seguros obligatorios y solidarios; y de determinar con sentido de inclusión, equidad y de justicia social, las tarifas y las condiciones generales y particulares de contratación, mediante actos administrativos generales, para todo el mercado asegurador, que permitan el acceso a las pólizas de seguros obligatorios y solidarios de inclusión, equidad y de justicia social (Art. 7 numerales 8 y 10 de la LAA).

También ante algún caso de discriminación de conformidad con el Art. 7.24 de la LAA pueden solicitar al Superintendente de la Actividad Aseguradora que evacue sin carácter vinculante, de manera oportuna y adecuada una consulta que formulen los interesados e interesadas en relación con la actividad aseguradora vinculada a su situación, e imponer sanciones si se desacata (Art. 7.38 de la LAA), así como presentar sus reclamos ante las situaciones que consideren violen sus derechos (Art.(s) 13, 129 y 130 de la LAA).

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VIII.

El contrato de seguro, en cuanto a sus condiciones generales en relación a los intersexuales, transexuales y transgéneros, no posee ninguna distinción con respecto a las demás personas, presentándose algunas peculiaridades en las condiciones particulares y especiales dependiendo del tipo o clase de contrato de seguro a que se refiera, sobre todo en relación con el sujeto a favor del cual se efectúa, si se trata de seguro de vida, salud, maternidad, y ciertos casos especiales sobre bienes. Lo referente a los elementos del contrato de seguro, ya indicamos que este grupo de personas siempre podrán tener un interés asegurable, así como podrán asegurar el riesgo de sus bienes y personas, para lo cual deberán pagar la prima correspondiente, que en principio no variará por la condición que poseen; en ese sentido existirá por lo tanto la obligación del asegurador de indemnizar.

Estimamos importante resaltar que el cambio legal de sexo y nombre o la operación médico-quirúrgica con posterioridad a la finalización de la póliza, en nada afecta la ejecución de la misma durante su vigencia, ya que no influye en nada. Sin embargo, si estas modificaciones se efectúan antes o durante el cumplimiento del contrato de seguro, dependiendo de la naturaleza del contrato y del tipo de póliza a que se refiera, como ya hemos señalado, si se deberá notificar dicho cambio, ya que puede tener una incidencia técnico-científica-estadística sobre la prima, modo de ejecución, condiciones y monto de cobertura de la póliza, siendo que la aseguradora habrá de demostrar, por ser quien tiene el poder económico y la facilidad técnica-científica, que efectivamente dicho cambio en el

tomador-asegurado-beneficiario, afecta el contrato de seguro, para entonces establecer en qué condiciones se ejecutará el contrato o si lo anula.

En definitiva, en materia de seguro y en relación al contrato que lo regula, en principio, el sexo, no tiene incidencia sobre el precio de la prima del bien asegurado, salvo ciertos casos particulares como el seguro de vehículos, salud o vida. Por ende, en aquellos casos que sí pueda tener algún tipo de incidencia como en el caso del seguro de vida, y que puede tener incidencia en el monto a ser asegurado, en la prima, en la forma y condiciones en que se debe cumplir con el contrato de seguro, en caso de producirse un cambio legal de sexo y nombre o una intervención médico quirúrgica de reasignación de género, estimamos será necesario informar a la empresa aseguradora para tomar las previsiones pertinentes, siempre y cuando ello tenga una incidencia técnico-científica-estadística sobre la prima, el monto de cobertura de la póliza y las condiciones del contrato, debiendo ser demostrado por la empresa aseguradora, a los fines de evitar la terminación, disolución, ineficacia, inexistencia, nulidad (absoluta o relativa) y disolución del contrato de seguro, o justificar la misma.

En cuanto a las obligaciones que tiene el asegurador y el asegurado, se mantienen exactamente igual, por lo que tomando en consideración lo antes mencionado, se debe realizar contrataciones de seguros con este grupo de personas, sin ningún inconveniente, sobre todo al considerar que surgen de la buena fe de las partes, aunque se podrían presentar ciertos casos de discriminación y negativa a asegurar por parte de las empresas aseguradoras, pero sin ningún fundamento lógico y jurídico. En caso de que las empresas de seguro no asegurasen a este tipo de personas, ellas podrían organizarse en mutuales o cooperativas de seguro, ya que ello está permitido y reconocido constitucional y legalmente, y este sería un mecanismo que les permitiría realizar los diferentes tipos de seguros y no quedar desprotegidos, independientemente de las acciones legales que pudieran emprender en contra de las empresas de seguro.

CAPÍTULO IX

EL ORDENAMIENTO JURIDICO EN RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

*“La paciencia es la más heroica de las virtudes, precisamente porque carece de toda apariencia de heroísmo.”
(Giacomo Leopardi)*

1. Los Derechos Humanos.

Una de las características de los derechos humanos es su imbricada relación entre todos ellos para con la dignidad humana y su imprescindibilidad en el sistema democrático,⁴⁶⁵ por lo que los derechos humanos son la proyección jurídica de la dignidad de la persona y la condición de su desarrollo, lo cual a su vez subraya la dimensión individual de los mismos.⁴⁶⁶

Los DDHH son dinámicos y las normas que los consagran deben ser completadas más allá de estas normas que lo regulan, por lo que se tendrá que valer del legislador a través de nuevas leyes o del juez constitucional,⁴⁶⁷ para establecer sus nuevos alcances y límites. De esta forma, son derechos públicos subjetivos que poseen una dimensión material e ideológica que requieren para su pleno cumplimiento de la intervención del Estado.

De este modo, el juez constitucional debe ponderar entre los derechos fundamentales en situaciones determinadas, entendiendo que el derecho humano a analizar no se puede considerar que ya se encuentra en un estado absoluto, sino que por el contrario, se debe optimizar, tomando para ello las respectivas

⁴⁶⁵ En donde los DDHH son el objetivo que justifica el sistema político.

⁴⁶⁶ **SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José**, “Una revisión de la Teoría de los derechos fundamentales”, Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 4, UAM Ediciones. Madrid, 2001, pp. 106-107. Igualmente lo señalan **RUBIO LLORENTES, Francisco**. *Derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos humanos*. Revista Politeia, N° 26. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Primer Semestre de 2001, p. 133-137; **AYALA CORAO, Carlos M.** *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*. Revista Politeia, N° 26. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Primer Semestre de 2001, p. 139; **FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO**. *Sistemas de Protección Judicial de los Derechos Fundamentales*. Revista de Derecho Constitucional, N° 1 septiembre-diciembre 1999. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela, pp. 55-56; y, **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**. *Las Dignidad de la Persona, Derecho Esenciales y Derecho a la Igual Protección de la Ley*. Revista de Derecho Constitucional, N° 1 septiembre-diciembre 1999. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela, pp. 241-265.

⁴⁶⁷ Entendiendo por juez constitucional no sólo a los magistrados de la SC del TSJ, sino a todos los jueces que actúan como jueces constitucionales, por ejemplo cuando un tribunal de primera instancia aplica el control difuso constitucional o conoce de una acción de amparo.

precauciones constitucionales, como lo sería el principio de proporcionalidad.

La ley se encuentra limitada por el contenido de los DDHH, siendo expresión jurídica válida de un orden de valores subyacentes en la Constitución, que se manifiesta en la ordenación de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano y cuyo valor supremo es la dignidad de la persona. Las leyes establecen límites a los derechos fundamentales pero a su vez, la interpretación de la ley debe inspirarse en la función que ese derecho tiene para la realización de los valores fundamentales del Estado.

En este punto es importante recordar el concepto de persona, entendida como una construcción técnico-jurídica que surge de una necesidad lógico-formal en razón de las relaciones sociales, y en la medida en que éstas generan derechos y obligaciones, donde el Estado garantiza la protección de hechos y actos por medio de un ordenamiento jurídico. Así, la persona que es sujeto de derechos y obligaciones, se proyecta al mundo jurídico a través de la personalidad, siendo que los llamados derechos de la personalidad son cualidades esenciales de la persona que el derecho impone y reconoce por la propia naturaleza intrínseca del ser humano y que constituye el presupuesto lógico-necesario que justifica la validez y eficacia del ordenamiento jurídico.

Algunos autores consideran que la expresión derechos humanos no debe asimilarse a los derechos de la personalidad, pues estos últimos constituyen la protección civil de los derechos de la persona, en tanto que los otros suponen la protección de los derechos de la persona frente al Estado, por lo que hay una diferencia del ente o sujeto que vulnera el derecho, siendo que en los derechos humanos el violador es el Estado mediante una acción u omisión, por lo que un particular no se puede constituir en trasgresor, salvo que actúe como agente del poder público; mientras que en los derechos de la personalidad el violador es otra persona, con lo cual no se niega que entre estos derechos puedan haber puntos de contactos muy cercanos y de notable igualdad, pero los derechos de la personalidad tendrían una proyección privadística, de particular a particular, y con un sentido proteccional que apoya en el impulso privado, siendo por ello que no se podrían considerar que son un sector de los derechos humanos. Así los derechos

personalísimos tendrían un marco no finito, circunscrito a las vinculaciones civiles, de derechos privados, observando la tutela de la persona frente a los demás sujetos considerados en un plano de igualdad, en relaciones jurídicas.⁴⁶⁸

De este modo, dentro de los derechos de la personalidad se contemplan el: a) derecho a la vida; b) derecho a la integridad corporal o (derecho sobre el cuerpo); c) derecho a la libertad; d) derecho al honor; e) derecho a la intimidad o (derecho a la vida privada); f) derecho sobre cadáver; g) derecho a la salud; h) derecho a la imagen; i) derecho al reconocimiento público de la autoría de las obras; y j) derecho a la identidad sexual o genérica, entendiendo por éste, el derecho más amplio de la identidad personal.

Además se debe recordar y tener presente que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente y han de tratarse de manera justa y equitativa, en igualdad, otorgándoles a todos el mismo peso, aunque se requiere tener en cuenta la importancia de las peculiaridades nacionales, regionales, los antecedentes históricos, culturales y religiosos. No obstante, a pesar de los factores que se deben tener presente y lo cual ya hemos mencionado, todos los Estados, independientemente de cuál sea su sistema político, económico y cultural, tienen la obligación de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales, asumiendo la responsabilidad, de conformidad con los distintos tratados internacionales sobre la materia, de respetar estos derechos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de ningún tipo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición. En este sentido la paz,

⁴⁶⁸ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* Revista de Derecho N° 7. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2002, pp. 73-74. Nosotros discrepamos de esta posición, debido a que consideramos que efectivamente los derechos de la personalidad pueden coincidir con los derechos humanos, en tal sentido, actualmente quien dudaría de que el derecho a la vida, a la identidad, al honor, a la salud, entre otros, son derechos humanos reconocidos en la Constitución como en los distintos tratados internacionales sobre la materia. Por otra parte, la tendencia actual en materia de derechos humanos es reconocer que los particulares también vulneran estos derechos y no sólo los Estados como se consideraba anteriormente, sobre todo en nuestro país, en donde ejemplo de ello, son la inmensa cantidad de acciones de amparo que se interponen ante los tribunales, son tramitados y decididos en los que el sujeto pasivo es un particular.

la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos son los pilares del sistema de los Estados, lo cual se refleja en organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, lo cual crea los cimientos de la seguridad y el bienestar colectivo, encontrándose estos aspectos vinculados entre sí, reforzándose mutuamente, y por ello, la importancia de garantizar la universalidad, objetividad y no selectividad en el examen de las cuestiones de derechos fundamentales y de eliminar la aplicación de un doble rasero y la politización, donde la promoción y protección de los derechos humanos debe basarse en los principios de la cooperación y el diálogo genuino, obedeciendo al propósito de fortalecer la capacidad de los Estados para cumplir sus obligaciones en materia de estos derechos en beneficio de toda la humanidad.

En este sentido, el 26 de marzo de 2007, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, integrados por un grupo de expertos conformado entre otros por jueces, académicos y un alto ex Comisionado de Derechos Humanos, miembros de Organizaciones no Gubernamentales, entre otros, se reunieron para establecer criterios para la aplicación de legislaciones sobre asuntos relativos a la orientación sexual y la identidad de género, elaborando un documento que provee especificaciones para la aplicación de la legislación internacional en derechos humanos, conocido como Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, que fueron presentados en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en marzo de 2007.⁴⁶⁹ A esto se une la Acción Mundial de Despenalización

⁴⁶⁹ Estos principios definen la identidad de género, entendiéndola como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual puede corresponder o no con el sexo biológico, externo, gonadal, etc., que le fuera asignado al momento de nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo, lo cual podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida mediante el libre arbitrio, así como incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y hasta los modales. Igualmente, recomienda a los Estados, entre varias medidas, que adopten las acciones necesarias en el aspecto legislativo, administrativo y de cualquier otra índole que fuera requerido para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí, asegurando que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona (incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registro electorales y otros) reflejen la identidad de género

de la Homosexualidad ante la ONU en 2008; y el Documento de Trabajo sobre Derechos Humanos de Identidad de Género del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Europa, realizado el 29 de julio de 2012⁴⁷⁰ y otros instrumentos, declaraciones e informes que se mencionarán más adelante.

2. Relación entre el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad.

Este derecho tiene su reconocimiento en los Art.(s) 3 (relativo a la dignidad y que se menciona como parte de otros derechos a lo largo de la Constitución), 20 y 61 de la CRBV, los cuales a su vez han sido reconocido por la Sala Constitucional del TSJ en sentencias Nros. 1.542/17.10.2008 (diciendo que el derecho a la dignidad es un concepto vago), 835/18.06.2009 (que vincula el derecho a la dignidad con el derecho a la vivienda), 968/05.06.2001 (relativa a que el derecho al libre desarrollo de la personalidad autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas), 1.039/23.07.2009 (que dice que este derecho definen un espacio de autonomía individual, de inmunidad, frente al poder estatal, cuya interdicción sólo procede bajo causas específicas, pues decidir qué hacer y por añadidura a dónde ir son la manifestación más clara del rasgo ontológico del ser humano y que sus límites se desprenden del Art. 138 del CC y son el derecho de los demás, el orden público y el orden social), 527/13.03.2006 (en la que dijo que donde surja un aspecto que le afecte en cualquiera de sus manifestaciones, existe un interés y hay base para proclamar un derecho), y 1.049/23.07.2009 (que dice que la modernidad se inició con una lucha contra lo que se consideró eran factores que frenaban el libre desarrollo de la personalidad de los individuos).

El libre desarrollo de la personalidad supone la facultad de todo individuo de hacer uso de todas sus potencialidades físicas, intelectuales y morales, en su propio beneficio, siendo que además se vincula de manera intrínseca con la

que la persona defina para sí, velando por que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que se respete la dignidad y privacidad de la persona interesada.

⁴⁷⁰ **DEFENSORÍA DEL PUEBLO.** *Elementos conceptuales, psicosociales y políticos para una política de defensa y protección de los derechos humanos de las Minorías Sexuales.* Serie Derechos Humanos. Fundación Juan Vives Suriá. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 53-56.

posibilidad de que todo individuo pueda realizar y lograr su proyecto de vida. Este derecho apoyado en los demás derechos humanos, otorga al individuo la posibilidad de hacer todo aquello que esté a su alcance, siempre que ello no suponga la afectación injustificada de otros bienes jurídicos, para realizar el proyecto de vida libre y voluntariamente elegido por el sujeto, resguardando ese espacio de libertad individual en el cual el sujeto es realmente el soberano de su propio destino.

En España, se fundamenta en el Art.10.1 de la Constitución Española y en la sentencias del Tribunal Supremo español de 15 de julio de 1988, de 3 de marzo de 1989, y de 19 de abril de 1991, en donde se establece el respeto al derecho fundamental del transexual a resolver su drama ante su necesidad de la elección de cambio de sexo, eligiendo el sexo que siente, donde se encuentra la razón de incluir el derecho a la “identidad sexual”.⁴⁷¹

Se dice que esto tiene origen en la jurisprudencia y doctrina italiana que ha tocado el tema desde 1968, lo cual se observa con mayor claridad en la sentencia del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales italiano de 11 de octubre de 1978 relativa a un cambio registral, con dictamen médico de un caso irreversible de transexualismo, y operación quirúrgica. También se observa su desarrollo en el derecho alemán en los Art.(s) 1.1 y 2.1 de la Ley fundamental de Bonn, los cuales curiosamente hace mención a la ley natural, siendo que el primero de estos artículos recuerda la obligación de los poderes públicos de proteger la dignidad del hombre y en el segundo se afirma el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de todos, siempre que no se vulneren derechos de otros, ni se atente contra el orden constitucional ni la ley natural. Actualmente ambos países ya han legislado sobre la materia.⁴⁷²

De lo anterior, se puede observar como por interpretación de los derechos constitucionales relativos a la dignidad de la persona y los vinculados a este, se puede otorgar el derecho a rectificar el sexo registral en los casos de transexualidad.

⁴⁷¹ Así lo afirma **CAMPOS, Arantza**. *La Transexualidad y el Derecho a la Identidad Sexual*, tomado de <http://www.felgtb.org/files/docs/726450faec76.pdf>, consultado el 22/05/2011.

⁴⁷² Así lo afirma **CAMPOS, Arantza**. *Op. Cit.*, consultado el 22/05/2011.

3. Dignidad de la persona humana.

La dignidad de la persona humana es considerada como un núcleo axiológico constitucional y por lo tanto un valor jurídico supremo.⁴⁷³ Así se encuentra reconocido en el primer párrafo del Preámbulo y en el Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948,⁴⁷⁴ así como el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.⁴⁷⁵

De esta forma, a pesar de lo difícil que es determinar un concepto y el núcleo de este derecho, la definición más aceptada como la de von Wintrich⁴⁷⁶ define dignidad del hombre como aquella que consiste en que “*el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea*”. De este modo los derechos humanos o fundamentales deben tener a la dignidad humana como origen y fundamento del cual emanan, siendo su existencia incluso previa a la propia Constitución que la reconoce y garantiza.

Por ello, es que el ser humano puede actuar con libertad de decisiones sobre las acciones que va a efectuar u omitir, incluyendo la posibilidad de actuar de hecho en forma consecuente con la decisión asumida, ya sea con una visión religiosa, ontológica, ética y social. En tal sentido, toda actuación estatal en contra del individuo que implique desprecio genera una violación de la dignidad, ya que el Estado existe, surge y se fundamenta en los derechos humanos estando al servicio del hombre y no el hombre para la existencia del Estado. Por todo esto, cualquier norma que contravenga o ignore la dignidad de la persona se debe considerar nula, ya que esta es la fuerza ordenadora del ordenamiento jurídico.

⁴⁷³ **FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.** *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.* Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 7. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 1995. p. 5.

⁴⁷⁴ El Preámbulo dice: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”.

⁴⁷⁵ Que dice: “*Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables*”.

⁴⁷⁶ **VON WINTRICH.** *Zur Problematik der grundrechte.* 1957, p. 15, citado por **FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.** *Op. Cit.*, p. 8.

Además, el concepto de dignidad humana no es estática sino dinámica y abierta a nuevos enriquecimientos;⁴⁷⁷ siendo que todos los órganos y entes del Estado se encuentran obligados a realizar sus actuaciones e interpretaciones de conformidad con este valor y en función del mismo.

El Artículo Primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Su Artículo Segundo reconoce que “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, nacimiento o cualquier otra condición*”. Principios que también recoge nuestra Carta Magna en su tercer artículo, entre otros, pero que actualmente dista mucho de cumplirse en el caso de las personas travestistas, transgénicas y transexuales.

Existe la Resolución del Parlamento Europeo sobre la discriminación de los transexuales (Doc. A3-16/89) en la que se manifestó su convencimiento de que la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe abarcar el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual, en la que se solicitó a los Estados miembros que se aprobasen disposiciones sobre el derecho de los transexuales a un cambio de sexo y nombre, el Grupo Parlamentario Autonómico de Navarra Bai ha presentado en Pamplona una propuesta de ley foral que, entre otras cosas, plantea medidas de discriminación positiva para favorecer la contratación y el empleo de las personas transexuales.⁴⁷⁸ Esto fue reiterado el 18 de septiembre de 2011 mediante la Resolución 2011 Orientación Sexual e Identidad de Género.⁴⁷⁹

Los derechos de la personalidad implican, por tanto, un elenco de deberes impuestos a los miembros del grupo social en sus relaciones con todos los otros integrantes que los obligan a respetar la dignidad y la calidad intrínseca de todas y

⁴⁷⁷ Es así como se habla de derechos humanos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, en donde la dignidad humana se encuentra presente en todos ellos como conjunto, es el valor y principio que los nutre y forma parte de su núcleo esencial.

⁴⁷⁸ Tomado de <http://derechosanitario-rdl.blogspot.com/2009/03/cirugia-transexual-y-derechos-de-los.html>, consultado el 22/05/2011.

⁴⁷⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0427&language=ES>, consultado el 12/12/2011.

cada una de las personas, sin importar su orientación sexual, expresión genérica o identidad de género.

Hay actualmente consenso en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo, producto de la evolución en el razonamiento jurídico, de que todos los Derechos Humanos tienen en común que sólo por motivo de la dignidad humana es que ellos existen (junto con el derecho a la vida), al emerger de este concepto, con lo cual se observa que la dignidad de la persona constituye el fundamento de la igualdad de todas las personas entre sí y fuente de otros derechos. Por ello, que sean absolutamente inaceptables las más variadas formas de discriminación.

Además, la ideología de protección de las minorías (individuales o colectivas) descansa en la dignidad humana, no debiéndose reducir a una simple prohibición de discriminación, sino de un trato igualitario.⁴⁸⁰ Por ello, *“La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.”*⁴⁸¹

De allí que la dignidad de la persona, es muy difícil definirla, pero se puede apreciar en la realidad concreta su vulneración, cada vez que se perturba, amenaza o priva de sus derechos esenciales, que la denigran, humillan, que la discriminan, cuando se ponen obstáculos para su plena realización y cada vez que el Estado la utiliza como un medio o instrumento de su propio fin. Por lo que, la dignidad de la persona constituye una realidad ontológica supraconstitucional al igual que los derechos que le son inherentes, el Estado y la Constitución sólo la reconocen y garantizan pero no la crean, siendo que el Estado y el ordenamiento jurídico que lo regula deben excluir cualquier aproximación instrumentalizadora de la persona. De este modo, el ser persona es ser un fin en sí mismo y se viola la

⁴⁸⁰ **KLEIN, Eckart.** *The protection of Minorities: Conception and Implementation.* Law and State Magazine, Volume N° 44. Edited by the Institute for Scientific Co-operation. Tübingen, Federal Republic of Germany, 1991, pp. 79-91.

⁴⁸¹ **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.** *Op. Cit.*, p. 241.

dignidad humana cuando la persona es convertida en un objeto o se constituye como un mero instrumento para el logro de otros fines.⁴⁸²

Por ello, se señala que la dignidad de la persona (natural y no moral o colectiva) tiene un contenido integrador de los vacíos o lagunas existentes en el ordenamiento jurídico y en la propia Constitución, de reconocimiento de derechos implícitos, pero teniendo en claro que la dignidad es sólo para las personas naturales y no las morales o jurídicas, siendo el fundamento de la libertad, la igualdad y los derechos, como el fundamento de la obligatoriedad moral y jurídica de respetar los bienes de los derechos humanos, correspondiendo por igual a todos, distinto a la honra, al prestigio o la dignidad de las funciones que se desarrollan, ya que son bienes que pueden aumentar, disminuir o desaparecer, dependiendo de cada quién y las circunstancias. Esta dignidad y los derechos esenciales que se desprenden de ella, son los que deben ser protegidos, garantizados, efectivizados y promovidos, a través de mecanismos eficaces en el ámbito nacional e internacional o supranacional; sobre al considerar que el ser humano no vive aislado sino en sociedad, y los derechos que se fundamentan en la dignidad deben ser examinados dentro del complejo sistema de derechos humanos que se interrelacionan y se limitan recíprocamente, y no de forma aislada.⁴⁸³

Debido a esto, es que se requiere de procedimientos eficaces que lleven a una garantía real de los derechos humanos y que hagan efectiva la dignidad humana, teniendo un carácter fundamental en el ordenamiento jurídico el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Así las personas tienen el derecho a que el poder público se organice de modo que la justicia quede garantizada, lo cual se obtienen con el derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva de los derechos por los tribunales y autoridades competentes, Art.(s) 19, 22, 23, 26, 27 y 257 CRBV, Art.(s) 1.1, 2, 8 y 25 CADH y el Art. 14 PIDCP. La norma jurídica asegurará la igualdad ante la ley, por lo que cualquiera que acuda a un tribunal para la protección de sus derechos e intereses legítimos, debe

⁴⁸² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. Cit.*, p. 242.

⁴⁸³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. Cit.*, p. 242.

garantizársele un plano de igualdad jurídica, sin privilegios fundados en raza, nacionalidad, condición social, sexo, orientación sexual, religión, opinión política, etc. Si no existe norma o tribunal que regule cómo y ante qué órgano recurrir, el conocimiento y resolución de dicha situación recae en los tribunales ordinarios (el juez siempre debe decidir Art. 29 de la CRBV y Art.(s) 1 y 19 del CPC). Este es un derecho de carácter prestacional, que debe ser configurado por el legislador, pero posee el límite que se ha de ejercer dentro de los límites legalmente establecidos, cumpliendo con los requisitos fijados. Por ello, las disposiciones procesales se deben interpretar de forma cónsona con la Constitución, evitando los formalismos inútiles y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva para la protección de sus derechos e intereses.⁴⁸⁴

Esto significa que, se deben establecer o permitir que en los casos de intersexualismo y transexualismo que se dan en el país, estas personas puedan acudir ante los tribunales de justicia para obtener una solución sobre su caso, y de esa manera garantizar su dignidad como ser humano y los derechos vinculados a este derecho.

Precisamente, se debe emplear a la norma jurídica para asegurar la igualdad ante la ley, por lo que a cualquiera que acuda a un tribunal para la protección de sus derechos e intereses legítimos (como el caso de los intersexuales y transexuales), debe garantizársele un plano de igualdad jurídica, sin privilegios fundados en raza, nacionalidad, condición social, sexo, orientación sexual, religión, opinión política, etc.

No hay que olvidar que esto se trata de un derecho de carácter prestacional, que debe ser configurado por el legislador, pero posee el límite que se ha de ejercer dentro de los parámetros legalmente establecidos, cumpliendo con los requisitos fijados. Por ello, las disposiciones procesales se deben interpretar de forma cónsona con la Constitución, evitando los formalismos inútiles y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva para la protección de sus derechos e intereses y de esta manera permitirle el acceso a la justicia a los transexuales e intersexuales a los fines de resolver su situación.

⁴⁸⁴ **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.** *Op. Cit.*, p. 243-248.

Por lo tanto y visto lo anterior, es claro que la ideología de protección de las minorías (individuales o colectivas) descansa en la dignidad humana, no debiéndose reducir a una simple prohibición de discriminación, sino de un trato igualitario.⁴⁸⁵

En razón de lo anterior es que se ha dicho que *“La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.”*⁴⁸⁶

4. Derecho a la libertad.⁴⁸⁷

Ya cuando hablamos de los derechos relativos a la personalidad jurídica del ser humano en el Capítulo II, entre los distintos derechos involucrados u asociados, mencionamos que se encontraba el derecho a la libertad, el cual es entendido como la posibilidad de elección o de escogencia, siendo que presenta muchos matices, ya que se puede hablar de libertad de conciencia, de religión, de expresión, de trabajo, de tránsito, de asociación, etc. Por ello, nuestra Constitución habla de ella en diferentes artículos como los son el 1, 2, 20, 21, 27, 43, 44, 46, 57, 58, 59, 61, 87, 95, 98, 103, 112, 117, 232, 272, 274, 326 y 350.

Este es uno de los derechos esenciales más importantes, ya que se protege la manifestación de la actividad, omisión y personalidad del individuo, de poder escoger entre múltiples opciones y manifestaciones, por lo que de no realizarse estas facultades se privaría de valor a la personalidad, siendo que excede del ámbito corporal y se manifiesta igualmente en la integridad moral, para mostrar nuestras convicciones y principios, actuando según nuestra conciencia en función de la autodeterminación jurídica y social, como consecuencia de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, pero como todo derecho no es

⁴⁸⁵ KLEIN, Eckart. *Op. Cit.*, pp. 79-91.

⁴⁸⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. Cit.*, p. 241.

⁴⁸⁷ En este punto reproducimos fundamentalmente lo expresado por DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999*. El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo I. Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2003, pp. 240-242.

ilimitado, sino que su límite es el respeto del derecho de los demás, la moral y el orden público. En este sentido se habla de tres libertades esenciales que serían las personales, de pensamiento y sociales, aunque otros autores, como ya mencionamos, hablan de libertad de religión, de reunión, de petición, de palabra, de prensa, de no hablar y no escuchar, de movimiento, de residencia, de sufragio y de trabajo; pero igualmente también se habla de libertad sexual, de pasión y de preferencia; así como de libertades psíquicas, morales y profesionales, con lo cual, aparte de estas distinciones existen muchas otras.⁴⁸⁸

Por esto, se considera que luego de la vida la libertad es uno de los derechos más importantes de la persona, que es un derecho humano así como un derecho de la personalidad, siendo que en el último aspecto se refleja a través del principio de la autonomía de la voluntad, aunque no podemos por voluntad propia, perder la libertad y no tendrían validez jurídica situaciones que sometieran a la persona a ofensas contra la misma como la esclavitud o servicios perpetuos (Art. 54 de la CRBV).

La libertad es distinta al libre albedrío el cual se refiere a la voluntad, por el contrario la libertad es la facultad de poder hacer, la cual no es absoluta, sino que posee límites y que es el derecho de los demás, ya dijimos que se distinguen principalmente dos aspectos generales como lo son la libertad política (Art. 62 de la CRBV) y la libertad civil (física o personal, económica o espiritual, religiosa o de conciencia) referida a la libertad individual de vivir su propia vida y desarrollar su comportamiento conforme a sus concepciones e intereses, a fin de alcanzar sus propósitos sus fines o ideales.⁴⁸⁹

Así dentro de esa libertad, podremos observar que los transexuales, transgéneros e intersexuales al ser personas naturales y personas jurídicas poseen al igual que cualquier persona todas estas libertades reconocidas en los derechos mencionados y los cuales le permitirían realizar la adecuación jurídica y física de su yo interno con el externo.

⁴⁸⁸ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 186-190.

⁴⁸⁹ **OCHOA GÓMEZ, Oscar E.** *Derechos de la Personalidad.* Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas, Venezuela, 2002, pp. 918-923.

5. Derecho a la identidad.

Este tema lo tocamos y lo desarrollamos ampliamente en el Capítulo II, no obstante haremos referencia a otros aspectos importantes del mismo para nuestro tema de trabajo. De este modo debemos reiterar que el derecho a la identidad forma parte de los derechos de la persona. Así el Diccionario de la Real Academia Española define dentro de una de sus acepciones a la identidad como “3. Der. *Hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone que se busca,*”⁴⁹⁰ con lo cual la persona es lo que es, ella misma y no otra, poseyendo rasgos distintivos⁴⁹¹ que permiten su individualización y demostrar la verdad de esa persona, en razón de sus características psicosomáticas que la individualizan dentro de la sociedad, de conformidad con la manera en que se proyecta en la misma.

El Código Civil venezolano regula lo relativo a las personas en su Libro Primero, referente al domicilio, nacionalidad y el nombre; la identificación de las personas naturales se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Identificación; el registro de las actas relativas al estado civil en la Ley Orgánica de Registro Civil; y en la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos se regula lo referente a la disponibilidad de las partes y productos del cuerpo humano en lo relativo al trasplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos. La Constitución no consagra expresamente el derecho a la identidad como tal pero tiene los Art.(s) 22, 23, 56, 121, y la disposición transitoria séptima numeral 2, por otra parte los Art.(s) 43, 56, 58 a 61 junto con el Art. 1.196 del CC permiten exigir un resarcimiento por daños patrimoniales al honor y reputación.

Así, el derecho a la identidad se ha perfilado con caracteres autónomos dentro de los derechos personalísimos. Si bien en un principio abarcaba

⁴⁹⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. T. II. Madrid, España 1992.

⁴⁹¹ Los rasgos distintivos suelen ser el nombre de pila, el apellido, el pseudónimo, las señales fisionómicas, entre otras. También puede poseer elementos dinámicos (lo ideológico, cultural, sus rasgos psicológicos) y estáticos (los visibles frente a los demás y que son invariables salvo ciertas excepciones), así lo dice Fernández Sessarego citado por **PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela**. *Consideraciones acerca del derecho a la identidad de la persona natural y su régimen probatorio*. Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 241. Maracaibo, Venezuela, 2002, pp. 61-62.

solamente el derecho al nombre, con el devenir de los tiempos se le han agregado otros componentes de la personalidad como son: la imagen, la filiación, el estado civil y el sexo.

Además, se debe tener en cuenta que el contenido particular del derecho a la identidad y especialmente en los casos de la violación del mismo, el autor Carlos Fernández Sessarego señaló que existen tres características esenciales: *“Carácter omnicomprendivo de la personalidad del sujeto: representando la totalidad de su patrimonio cultural, cualquiera sea su específica manifestación, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección existencial; Objetividad: la identidad personal está anclada en la verdad; no en un sentido absoluto, sino como una realidad cognoscible según los criterios de la normal diligencia y buena fe subjetiva. Exterioridad: Se refiere al sujeto en su proyección social, su co-existencialidad”*. Con lo que en los casos de los intersexuales, transexuales y transgéneros existe una dicotomía en virtud de *“la inadecuación entre una realidad formal que se encuentra en todos los sistemas de información oficiales y privados (que la parte solicitante es de condición masculina y allí aparece un nombre masculino), y una realidad sustancial o si se quiere verdadera (que la parte solicitante es mujer físico-psico-socialmente hablando, es decir, de condición femenina, y se presenta socialmente ante la sociedad como mujer y con nombre femenino),”* ante lo cual *“el derecho a la identidad personal supone la exigencia del derecho a la propia biografía, es la situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su proyección social. La violación o afectación del derecho a la identidad personal (en su faz dinámica) entonces se manifiesta cuando la realidad legal se desfigura, es decir, cuando la ley no refleja ni permite hacer coincidir la verdad legal con la imagen que uno tiene frente a los demás, y la violación o afectación de este derecho a la identidad trae como consecuencia, la afectación seria de todos los demás derechos de la personalidad”*.⁴⁹²

En consecuencia este derecho supone la exigencia del derecho a la propia

⁴⁹² **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho a la Identidad Personal*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1996.

biografía, como situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su proyección social, por lo que cuando se viola en su faz dinámica, la realidad legal no refleja ni coincide con la imagen que la persona tiene de sí misma frente a los demás, trayendo como consecuencia una afectación grave de todos los derechos de personalidad.

De esta manera, al existir una dicotomía entre los datos formalmente registrados y la realidad sustancial se deforma al individuo al presentarle legalmente con atributos que ya no le son propios, o cuando se omiten rasgos definitorios de su personalidad, relevantes e importantes, y cuando se le atribuye el origen de acciones que no le son propias o se desconocen las propias.

Esta separación entre los datos formalmente registrados y la realidad sustancial o real, se origina, al observar que el transexual, intersexual o transgénero, es psicológica, social y físicamente distinto a su sexo aparente, por lo que una vez comprobado médicamente que sufre de un trastorno de identidad de género, y que cumplió con todos los pasos del protocolo médico de reasignación social, hormonal y física, reconocido tanto por la Organización Mundial de la Salud (CIE-10 de 1992) como anteriormente por la Asociación Americana de Psiquiatras (DSM-IV) con la finalidad de alcanzar su salud, y para ello se sometió a una operación de reasignación genital, se le debe reconocer su nueva realidad identificatoria legalmente. La realidad histórica registral-documental-identificatoria y la identidad físico-psico-social no pueden o deben ser antagónicas, porque los datos registrados en todos los registros públicos y privados en cuanto al nombre y sexo de la parte solicitante, serían erróneos y afectarían ilegítimamente sus derechos en contravención de lo dispuesto en el Art. 28 de la CRBV. Debido a ello, es que los protocolos médicos reconocidos por la Organización Mundial de la Salud, precisamente establecen como el paso final de tal reasignación de sexo, la reasignación legal, ya que sólo esta permitirá la integración definitiva de la persona, y evitará que se perpetúen las situaciones discriminatorias y violatorias de sus derechos humanos, por lo que, hasta que no se efectúe dicha reasignación legal, no sólo se reflejará un error, sino que será una fuente de afectación de derechos.

De esta manera observamos que se afecta el derecho a la identidad cuando notamos que no basta in simple cambio de nombre, ya que este no constituye sino uno de los elementos del derecho a la identidad y como tal, no aparece como un derecho de la personalidad, sino como un atributo necesario de la misma, y no puede confundirse con los elementos o signos que ayudan a elaborar la identidad, por lo que cada ser es único e irrepetible y el derecho a la identidad, supone ser uno mismo y no otro, con lo que se deben cambiar todos los elementos involucrados en la misma y no sólo el nombre, sobre todo al considerar que algunos estudios médicos y psiquiátricos consideran que la identidad de género constituye uno de los elementos que forman parte de los elementos constitutivos del derecho a la identidad, sobre lo cual hablaremos más adelante.

La antinomia entre la realidad legal y la realidad física, psíquica y social, vulnera de manera sustancial el derecho a la identidad, y la afectación de ese derecho a la identidad trae como consecuencia la afectación seria de todos los demás derechos de la personalidad, además de infringir los Art.(s) 20, 21 y 81 de la CRBV, siendo que el Estado se encuentra obligado a respetar la dignidad humana.

Por ende, a fin de evitar la afectación ilegítima de los derechos humanos se debe reconocer legalmente el sexo que corresponde a tal identidad físico-psico-social, que constituye parte esencial del núcleo de su identidad como persona, y como tal, de conformidad con el Art. 56 de la CRBV⁴⁹³ se les debe permitir obtener los documentos que comprueben su identidad legal de manera coherente, debido a que el derecho a la identidad implica el derecho a tener un sexo legal bien determinado y acorde con la realidad físico-psico-social de su persona, la cual, por vía legal y fundamentados en el Art. 28 de la CRBV se podría acordar todas las actualizaciones, rectificaciones o destrucciones necesarias.

De allí, que se debe reconocer la existencia del error en la identidad legal de la parte solicitante y la afectación ilegítima de su derecho a la identidad y ordenar las actualizaciones, rectificaciones o destrucciones de los registros

⁴⁹³ El Art. 56 de la CRBV enuncia que toda persona tiene derecho a un nombre propio, así como a su identidad al igual que lo establecen los Art.(s) 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Ley Orgánica de Identificación.

públicos o privados, informáticos o no, en los que conste su nombre y sexo actual, por el otro que sugiere y que siente propio, todo en concordancia con los Art.(s) 20, 56, 21.1, 21.2, 26 y 81 de la CRBV Venezuela y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5.1 Derecho a la identidad sexual.

En el año 2000 la Asociación Mundial de Sexología junto con la Oficina Panamericana de la Salud, produjeron una declaración sobre derechos sexuales, los cuales redundan en beneficio del bienestar biopsicosocial y la calidad de vida.⁴⁹⁴ Así en dicha declaración se establecen una serie de derechos que se desarrollarán en este capítulo y entre los que se encuentra el derecho a la identidad sexual que trataremos ahora.

Algunos consideran que encuadra dentro del derecho a la disposición del cuerpo. No obstante otros, como Fernández Sessarego, López-Galiacho, Junyet Bas de Sandoval y Cifuentes, consideran que es una expresión más amplia que el derecho a la identidad personal y es un derecho que debe ser tratado aparte, entendiéndolo como caracterizada en el área orgánica y en el área espiritual, ya que el derecho a la identidad comprende a la identidad sexual, en cuanto a su derecho a realizarse como persona. Esto cobra más sentido cuando dentro del derecho a la identidad en su aspecto dinámico se alega la necesidad de la adecuación somática que forma parte del aspecto estático, pero el sexo no es una falta biológica sino una opción existencial y la adecuación de los intersexuales, transexuales y transgéneros permite superar un estado de angustia existencial, que tiene que ver con la dignidad humana, al permitirle proyectarse como lo que es. Alegar el orden público, el interés social y las buenas costumbres para imponer límite a la libertad personal para realizar este tipo de cambios, arguyendo que las intervenciones quirúrgicas no garantizan un total cambio físico y psicológico y que afecta los derechos de las demás personas, al relacionarse con una persona de su mismo sexo genético, como sería el caso del matrimonio y la procreación, pierden

⁴⁹⁴ **DEFENSORÍA DEL PUEBLO.** *Salud sexual y reproductiva. Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos.* Serie Derechos Humanos. Fundación Juan Vives Suriá. Caracas, Venezuela, 2012, p. 53.

fuerza ante la realidad de los hechos.⁴⁹⁵

María Candelaria Domínguez, apoyándose a su vez en otros autores, estima que el cambio de sexo se estudia dentro del derecho a la identidad, porque la misma se encuentra integrada por un aspecto estático y otro dinámico de la identidad, donde el último escapa de la parte corporal del individuo, por lo que para que exista un verdadero derecho a la identidad sexual, se debe admitir la correspondencia sexual entre la parte estática y la parte dinámica, ya que el sexo, no se reduce al ámbito físico o corporal. Por ello, considera que el transexual, ante la imposibilidad de adaptar su mente a su cuerpo por medio de tratamientos psiquiátricos y psicológicos, realiza lo contrario, es decir, la adaptación del cuerpo a la mente, por lo que requieren de un reconocimiento jurídico, y cambio de su estado civil, todo lo cual refleje su nueva situación legal y social, no para engañar, sino para instalarse definitivamente en el sexo que lo conforma. Considera que la identidad trasciende al ámbito corporal y físico, por lo que el desarrollo sexual de una persona, podría en ocasiones especiales requerir indagar más allá de este, a fin de lograr una adecuación real entre la parte estática y dinámica de la identidad, sobre todo al considerar que los problemas humanos como los sexuales, no se puede analizar con una fría óptica jurídica, ya que el derecho no siempre es capaz de ofrecer salidas adecuadas ante las complejidades corporales y psicológicas del ser humano, lo cual podría llegar a hacer penosa la existencia de una persona transexual, siendo que “*el derecho existe por y para la persona*”, por lo que no se sería consecuente con la finalidad del derecho si no se busca una salida jurídica para resolver estas situaciones y dejar a la persona en un perpetuo y permanente sufrimiento, bajo un estado de disociación, sobre todo cuando el problema escapa de la voluntad del afectado, ya que aparentemente posee cierta afectación en el hipotálamo (tal como se indicó en el Capítulo I).⁴⁹⁶

Lo cierto es que es un acto personalismo decidir cuál es la propia identidad de un individuo, sea que se haya modificado o no el sexo biológico de nacimiento,

⁴⁹⁵ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 102-105.

⁴⁹⁶ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 103-106.

pero independientemente de lo anterior, al formar parte de la sociedad se le debe de respetar y salvaguardar sus derechos fundamentales para que posea un vida libre de discriminación.

El derecho a la identidad sexual ha venido siendo considerado expresión del libre desarrollo de la personalidad y de su dignidad.⁴⁹⁷ Además, debemos tomar en cuenta la aplicabilidad directa de la Constitución⁴⁹⁸ y de los tratados de derechos internacionales en materia de derechos humanos (Art. 23 de la CRBV), en los que se reconoce el libre desarrollo de la personalidad, en donde se debe tomar en consideración los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que tiene importancia en los casos de disforia de género, debiéndose ver como un derecho de tener una identidad sexual que sea reflejo de la identidad personal y que forma parte del derecho a la personalidad; todo lo cual a su vez, se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la salud (Art. 86 de la CRBV), a la integridad física, psíquica y moral (Art. 46 de la CRBV), al honor, vida privada, intimidad, la propia imagen, confidencialidad y reputación (Art. 60 de la CRBV).⁴⁹⁹

Al considerarse los derechos de la personalidad como el soporte jurídico en el que se afirma y refleja la dignidad de la persona y donde se tutelan las

⁴⁹⁷ Así se ha entendido de la interpretación del Art. 10.1 de la Constitución Española, lo cual se ha consagrado en la Ley española 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en cuya Exposición de Motivos declara que la respuesta que el legislador tiene sobre este tema y finalidad es la de "*garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas*", lo cual tuvo su origen en la jurisprudencia y en la doctrina italiana -entendiendo que su construcción partía de los Art.(s) 2 y 3 de la Constitución de dicho país- y en Alemania -al amparo de los Art.(s) 1.1 y 2.1 de la Grundgesetz-, argumentación que también constituye la base del reconocimiento del derecho a la identidad sexual para la Comisión europea y el TEDH. Así lo indica **BUSTOS MORENO, Yolanda B. La Transexualidad, de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo**, tomado de <http://vlex.com/vid/perspectiva-eacute-dica-54110105>, consultado el 22/05/2011.

⁴⁹⁸ Así se ha pronunciado la SC en sentencias Nros. 656/30.06.2000, 1.441/10.08.2001, 314/21.02.2002, 1.659/16.06.2003, 2234/22.09.2004, entre otras.

⁴⁹⁹ Un análisis como este ya fue efectuado en España, en donde se discutió si cabía la aplicabilidad directa de la Constitución, en particular, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, siendo que fue reconocido así por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencias como la de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 2002, y la sentencia de 17 de septiembre de 2007, también la doctrina ha argumentado para fundamentar este criterio basándose en lo establecido en el derecho del transexual a ver reconocida su identidad de género con el derecho a la salud, ex Art. 43.1 Constitución Española, a la integridad moral, ex Art. 15 Constitución Española, o a la intimidad personal y a la propia imagen, Art. 18 Constitución Española. Así lo indica **BUSTOS MORENO, Yolanda B. Op. Cit.**, consultado el 22/05/2011.

prerrogativas y poderes que garantizan el desarrollo pleno de la personalidad, esto hace que se tenga que admitir el derecho a la identidad genérica. Por ello, el 17 de junio de 1995 en Houston, Texas, en Estados Unidos de Norte América, se adoptó la Declaración Internacional de Derechos Genéricos (The International Bill of Gender Right - IGBT), donde se señalan los siguientes derechos: 1) derecho a definir la identidad genérica; 2) derecho a la libre expresión de la identidad genérica; 3) derecho a la autonomía sobre el propio cuerpo; 4) derecho al cuidado médico especializado y profesional; 5) derecho a la orientación sexual; 6) derecho a contraer matrimonio y uniones de hecho; 7) derecho a adoptar o concebir hijos; 8) derecho a las relaciones paterno-filiales; y 9) derecho a la custodia de hijos. También algunos consideran que se deben incluir el derecho a disfrutar un trabajo libre de vejaciones y despidos injustificados, y el derecho a ser respetado y conocido con base en la nueva identidad genérica.⁵⁰⁰

Sobre la base de los derechos anteriormente indicados y en razón que se adquiriría una nueva identidad genérica o de sexo, el Estado tendría la obligación de reconocer el derecho que le asiste a la persona transexual de ver modificado su nombre y su sexo en el acta de nacimiento, así como toda la demás documentación pertinente y, por ende, el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica nueva, siendo que el grado y la forma de efectuarse dependería de cada país en su ordenamiento jurídico al establecer cada quién la manera en que ello se debiese efectuar.

Por otra parte se encuentra también los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, que se trata de un documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos vinculados a la orientación sexual y a la identidad de género, marcando los estándares básicos para que la Organización de Naciones Unidas y los países avancen en las garantías y protecciones a los Derechos Humanos a las personas sexodiversas o LGBTTI.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Tomado de <http://www.transexualegal.com/articulos/dilema.html>, consultado el 22/05/2011.

⁵⁰¹ Sobre estos principios hablaremos más adelante con mayor detenimiento.

Así observamos como la identidad sexual es uno de los aspectos más importantes de la identidad personal. Por ello, y como ya se ha dicho en capítulos anteriores el género es entendido como el conjunto de manifestaciones y valores que se asocian culturalmente a un sexo determinado. Igualmente hemos indicado que el trastorno de identidad de género es la resultante del conflicto entre el género al que un individuo siente que pertenece y el sexo con el que nació y fue legalmente inscripto. De todo esto, es de lo que se desprende la importancia del derecho a la identidad sexual de la persona.

La doctrina mayoritaria indica que se debe admitir una noción plural de sexo que trascienda lo jurídico,⁵⁰² debiendo adecuarse el orden público a los tiempos actuales, el cual no resulta afectado con la solicitud de los transexuales de adecuación de su situación jurídica a su realidad física y psicológica, pues al efectuar tal pedimento accionan en el ámbito de la vida privada, siendo un derecho protegido por los Art.(s) 60 y 143 de la Constitución.

En consecuencia, la opción de identidad sexual, es un derecho personalísimo, que se encuentra integrado por la libertad de intimidad, encontrándose también garantizado en los textos normativos de las convenciones, tratados, protocolos y declaraciones internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por el Art. 23 de la Constitución.⁵⁰³

Por ello, es que desde una perspectiva jurídica, existe la necesidad de reconocer el derecho a la identidad sexual, lo cual tiene su origen en la necesidad de redefinir el “sexo”, pero no desde los supuestos y planteamientos de las ciencias sociales o desde las aportaciones de las teorías sobre el sistema de sexo-género de las sociedades patriarcales, sino más bien desde la medicina y la sexología que se replantean el concepto y la diagnóstico del sexo. El Derecho no puede mantenerse ajeno a esta realidad ya que la asignación del sexo legal se basa en la diagnóstico del sexo que establecen los médicos. Tanto el discurso

⁵⁰² Así lo afirma **CAMPOS, Arantza**. *Op. Cit.*, consultado el 22/05/2011.

⁵⁰³ En este aspecto particular cabe destacar que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, garantiza la adopción de políticas proactivas al establecer en el Art. 11 “*Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones.*” En este aspecto se fundamentaron para hacer reconocimientos del derecho a la identidad sexual de los transexuales y la posibilidad de realizar su adecuación legal.

médico como el discurso jurídico a la hora de enfrentarse a la llamada “identidad sexual” en el primer caso, como al “derecho a la identidad sexual” en el segundo, no ponen en cuestión *“la inmovilidad y universalización de marcos cerrados de polos opuestos: hombre-mujer, masculinofemenino y, por extensión homosexual-heterosexual”*⁵⁰⁴ ni tampoco *“la universalidad taxonómica de un principio que siguiendo pautas de elementos binarios opuestos, rígidamente duales, presentan la bipolaridad hombre-mujer de forma exclusiva, excluyente y radical, sin solución de continuidad”*.⁵⁰⁵

El derecho ante la asignación del sexo legal se ha encontrado con casos particulares como el de los intersexuales, los cuales han sido resueltos de una manera nada traumática. Efectivamente la asignación legal del sexo se suele efectuar en base a los genitales del recién nacido (que ha sido la forma histórica y tradicional de hacerlo), en donde no se tiene en cuenta ni el género, ni el dato cromosómico sobre el sexo. Así, en el caso de los intersexuales que posteriormente resultasen ser efectivamente del sexo contrario al que le fue registrado, el derecho (tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues no hay legislación) no tiene ningún inconveniente en ordenar la rectificación registral del sexo.⁵⁰⁶

Ahora cuando el cambio no ha sido biológico, sino psíquico y artificial, es decir, el caso de los transexuales, es el momento en que desde el punto de vista jurídico surge el problema en relación al sexo, ya que la asignación del sexo legal fue “correcta”, donde el individuo presentaba unos órganos genitales normales.⁵⁰⁷ A diferencia de lo que puede ocurrir con el intersexual en cuanto a lo que se produce es una evolución biológica hacia el otro sexo, en el transexualismo se produce una falta de identificación con el sexo registral bajo el cual se le ha

⁵⁰⁴ NIETO, José Antonio. *Transgénero/Transexualidad: de la crisis a la reafirmación del deseo*. En José Antonio Nieto (compilador), *Transexualidad, transgenerismo y cultura: Antropología, identidad y género*, Talasa, Madrid, 1998, pág. 16.

⁵⁰⁵ NIETO, José Antonio. *Op.Cit.* p. 16.

⁵⁰⁶ Esto se mencionará y desarrollará más claramente en el Capítulo X.

⁵⁰⁷ Aunque es fundamental no es el momento de hablar sobre normalidad o anormalidad. De todas formas en el pleno convencimiento de que el término normalidad tiene que ver más con los discursos prescriptivos que descriptivos, es decir que pertenecen más al ámbito de la moral y la política que al de las ciencias de la naturaleza, les remito al interesante artículo de FAUSTO-STERLING, Anne “Los cinco sexos”, en NIETO, José Antonio (compilador) *Op.Cit.*, p. 79-89.

educado, desarrollando un sentimiento íntimo de pertenencia al otro sexo, y que médicamente existe una quiebra de la identidad sexual del individuo que se expresa en forma de disociación entre el factor biológico o genético de su sexo y la realidad sexual psicosocial que vive y siente. Aquí es donde el derecho se debe enfrentar ante lo que la medicina y sexología oficial⁵⁰⁸ califica de “síndrome transexual o disphoria de género”.⁵⁰⁹

Así el derecho para dar una solución debe establecer el concepto de “transexual verdadero”⁵¹⁰ o irreversible, ya que lo que se busca desde el punto de vista jurídico, como hemos visto es la modificación de la mención registral del sexo, para que se adecue al sexo “realmente” sentido y vivido que va a tener repercusiones socio-jurídicas (en el matrimonio, la adopción, las relaciones familiares, el ejército, los centros penitenciarios, etc.), todo lo cual debe producirse actualmente dentro de un ordenamiento jurídico que sólo reconoce la existencia de dos sexos, y que no permite ni el matrimonio ni la adopción cuando se trata de personas del mismo sexo registral.⁵¹¹

Por otra parte, el derecho venezolano así como el de otros países se ha enfrentado a este tipo de situaciones debido a las demandas judiciales que se han producido con un desconocimiento absoluto del fenómeno, donde los tribunales de

⁵⁰⁸ Ver **D.B. BILLINGS y T.URBAN**. *La construcción socio-médica de la transexualidad: interpretación y crítica*. En **Nieto, José Antonio** (compilador) *Op. Cit.*, pp. 91-123.

⁵⁰⁹ Según **CARBONNIER, J.** *Droit civil*, 18 ed., tomo I., PUF, París, 1992. Es mayor el número de hombres que se sienten mujeres que el de mujeres que se sienten hombres.

⁵¹⁰ **LÓPEZ-GALIACHO, Javier** define el concepto de transexual “Desde el punto de vista estrictamente jurídico, entiendo por transexualidad el síndrome psicosexual sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómicamente y registralmente le corresponde por sus órganos, lo que le hace recurrir, generalmente, a un tratamiento médico-quirúrgico para corregir aquella discordancia, procurando posteriormente que su nueva realidad sexual psicosomática cobre carta de naturaleza en el Registro Civil” *Op. Cit.*, p. 200.

⁵¹¹ En el caso de que al transexual se le negara la posibilidad de contraer matrimonio con una persona de sexo registral diferente (en base al argumento del sexo biológico), entonces se le debiera permitir el matrimonio con una persona del mismo sexo registral (si lo que impera es el argumento biológico), pues de lo contrario se le estaría negando el derecho constitucional al matrimonio, tal como lo mencionamos en el Capítulo III. Siendo que el derecho venezolano no ha admitido este tipo de uniones del mismo sexo pues estaría admitiendo el matrimonio homosexual. Este tipo de matrimonio se autorizó en Inglaterra el 28 de junio de 1995. “Los contrayentes eran una mujer y un marinero mercante (casado dos veces y con tres hijos) que se había sometido a una operación de “cambio de sexo” a mujer, pero que registralmente seguía siendo un varón al no ser posible modificar la inscripción registral de sexo en el Reino Unido”. Ver **LÓPEZ-GALIACHO, Javier**. *Op. Cit.*, p. 346.

los países europeos y norteamericanos se han inclinado por explicaciones de tipo clínico (medicina, psicología, sexología, entre otras, que hablan de ciertas identidades sexuales como patologías de la supuesta identidad sexual correcta, que es aquella que hace coincidir completamente el sexo biológico, el psicológico y el social, y que tiene como modelo de orientación sexual correcta la heterosexualidad).⁵¹² No obstante, el que se utilicen explicaciones de tipo clínico para establecer qué es el sexo, no se puede olvidar que esas mismas ciencias implicadas en esta cuestión como la medicina, psiquiatría, sexología, psicología y la biología no se ponen de acuerdo, ni dan una única explicación sobre las complejas cuestiones que tienen que ver con la “identidad sexual”.⁵¹³ Al enfrentarse el derecho a esta situación, algunos países han optado por legislar, aunque son pocos, despenalizando las operaciones de “cambio de sexo” y regulando los casos en los que se acepta una rectificación registral del sexo así como determinando cuál es el alcance jurídico de dicha modificación; los otros países en su mayoría, no han legislado y asumen distintas posiciones dentro de la doctrina y dan distintas respuestas en su jurisprudencia.

⁵¹² La científicidad de este modelo es puesto en cuestión por un importante número de investigadores de distintas disciplinas sobre todo del ámbito de las ciencias sociales, pero también del de las ciencias naturales. Véase **E. COLEMAN, L. GOOREN y Michael ROSS**. *Teorías sobre la transposición de género*. En **NIETO, José Antonio**. *Op. Cit.*, p. 249-269, y también **Laqueur, T.** *La construcción del sexo: Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, Madrid, España, 1994.

⁵¹³ El discurso médico-jurídico oficial habla de una “identidad sexual estática”, la que considera normal y por ende correcta y adecuada. Por ejemplo **LÓPEZ-GALIACHO, Javier**. dice: “Normalmente la identidad sexual o de género (sólo acepta dos sexos y dos géneros) de la persona desde que nace hasta que muere no presenta problemas (salvo la homosexualidad y el travestismo). La persona se suele identificar-en cuanto al sexo- por aquél que a la vista de sus genitales, le fue legalmente asignado y desde el que fue educado (se habla aquí de identidad sexual estática). En este supuesto, la identidad sexual de la persona no presenta problema alguno, pues los diversos componentes del sexo (objetivos y subjetivos) están equilibrados” *Op. Cit.*, p. 98; y una identidad sexual dinámica, identidad sexual dinámica que como veremos termina siendo estática, debe adaptarse a la norma. Ésta se produce cuando “ el sujeto que presenta unos órganos genitales normales y un sexo legal acorde con los mismos, no se siente identificado con el sexo registrado y desde el que se le intentó educar, sino que evoluciona hacia el sentimiento íntimo de pertenencia al sexo contrario (en este caso se habla de identidad sexual dinámica). Por otra parte, los discursos desde las ciencias sociales son menos normativistas y nada naturalistas, autores como **WEEKS, J.** interpretan de otra manera el hecho de la existencia de la “identidad sexual” y afirman que “ Sin embargo, sabemos al mismo tiempo, y frecuentemente merced a las mismas personas que tan apasionadamente afirman su identidad sexual, que esa identidad es provisional, siempre precaria, dependiente y constantemente enfrentada con una relación inestable de fuerzas inconscientes, con significados sociales y personales cambiantes, y con las contingencias históricas”, **Weeks, J.** *El malestar de la sexualidad: significados, mitos y sexualidades modernas*, Talasa, Madrid, España, 1993, p. 295.

Todo esto es relevante porque cuando el derecho se plantea la cuestión de la transexualidad,⁵¹⁴ lo que jurídicamente se plantea es si lo que se llama “identidad sexual”, como uno de los elementos que forman parte del derecho genérico a la “identidad de la persona”,⁵¹⁵ tiene o no tiene la importancia necesaria para que pueda considerarse un derecho inherente a la persona, y por lo tanto, para que el derecho plantee ciertos mecanismos orientados al reconocimiento, tutela y garantía de dicho derecho, como puede ser la rectificación registral del sexo y las consecuencias jurídicas de esta rectificación.

Ya hemos mencionado en el Capítulo I, que el sexo es algo complejo que no se limita los genitales o a los cromosomas de las personas, sino que existen diversos elementos complejos que la conforman, como el sexo genético o cromosómico, el somático, el fenotípico, que se pueden considerar objetivos y otros aspectos de tipo psíquicos, psicológicos, sociológicos y jurídicos, que serían el aspecto subjetivo, entre otros.

Por ello, a pesar de que los derechos de la personalidad son en principio indisponibles, en el caso de los transexuales al aparentemente trascender la voluntad de este y existir una justificación médica para someterse a los tratamientos correspondientes que suelen ser dolorosos y con consecuencias drásticas como la infertilidad, la decisión de cambiar de sexo no es algo que provenga de su mera voluntad, sino que por el contrario, en la esencia de su ser necesita tal cambio, motivo por el cual el derecho en estos casos excepcionales debe reconocer en el ámbito formal el cambio de sexo y de nombre, para que se pueda adecuar todos los elementos de su identidad.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Pocos son los juristas que tratan la cuestión de la transexualidad sin presuponer que sólo se habla de la “transexualidad verdadera”, y muchos menos los que ponen en cuestión el modelo de ordenamiento jurídico basado en la convicción de la existencia natural sólo de dos sexos, la existencia de dos esencias, la feminidad y la masculinidad y de la heterosexualidad como la relación sexual natural. Sólo he visto alguna referencia en el libro de **CHILAND, Collette**. *Cambiar de sexo*, Biblioteca Nueva, Madrid, España, 1999, p. 183 ss.

⁵¹⁵ “Se define el derecho a la identidad personal como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia, y en la opinión de los otros.” **LÓPEZ-GALIACHO, Javier**. *Op. Cit.* nota 14, p.100.

⁵¹⁶ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria**. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. *Op. Cit.*, pp. 107.

El derecho no posee vacíos legales absolutos, por lo que en el caso venezolano, ante la posible ausencia de normativa expresa al respecto, existen mecanismos integradores del ordenamiento jurídico para que se pueda dar solución a los casos que se plantean, comenzando por la aplicación de la normativa constitucional y la aplicabilidad inmediata de la normativa relativa a los derechos humanos allí reconocidos (Art. 22 de la CRBV), así como en los tratados internacionales sobre la materia (Art. 23 de la CRBV), salvaguardando los derechos a la dignidad humana, la privacidad, el honor y la salud, entre otros.

Sin embargo, María Candelaria Domínguez, estima que de conformidad con el Art. 20 de la CRBV, el libre desarrollo de la personalidad, posee límites de orden público y los derechos de los demás, los cuales se podrían ver afectados, sobre todo al considerar que si se confían en la apariencia de la persona transexual, cuya esencia cromosómica no es alterada, esto afectaría aspectos como el matrimonio ya que se trataría de un casamiento entre personas de un mismo sexo y por lo tanto nulo, por lo que una sentencia que reconozca el cambio de sexo no tiene poder de ir en contra de la naturaleza de las cosas, y la declaración del juez no convierte a un hombre en mujer o viceversa. Situación similar se presentaría en el caso de tener hijos. Por ello, considera que es aplicable la noción de orden público, ya que el Estado tendría interés en la preservación de la identidad sexual, pues las implicaciones del mismo afectan relaciones familiares y personales, no obstante nuestra posición al respecto ya la señalamos en el Capítulo III.⁵¹⁷

A. Argumentos en contra del reconocimiento del derecho a la identidad sexual.

Esta posición no reconoce que en el transexual después de producirse la operación quirúrgica se ha producido un “cambio de sexo” y, por lo tanto, consideran que el derecho no debe acceder a la rectificación registral de sexo y a sus consiguientes repercusiones jurídicas.

Como vemos depende de qué es lo que se entienda por sexo, y como no existe una definición jurídica de sexo, los juristas recurren a las definiciones que

⁵¹⁷ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 108-110.

ofrecen otras ciencias, sobre todo la medicina en la que encontramos varios factores como el componente genético o cromosomático, (XX para la mujer, XY para el hombre); el componente morfológico, (los órganos genitales que el niño y la niña muestran al nacer); y por último el componente psico-social (el género: masculino o femenino).

Esta postura en contra del reconocimiento del cambio se produce porque sólo se considera que se produce un auténtico cambio de sexo si se produce el cambio cromosomático, lo que hoy en día es imposible, y no reconocen los otros dos cambios, el morfológico y el genérico, por lo que el sexo para estos juristas es algo que no se puede tocar, es una especie de cualidad innata, ahistórica, y esencial de la persona, donde lo básico y fundamental es el componente cromosomático.

Sin embargo, se puede criticar que esta posición no solicita una prueba cromosomática para la asignación del sexo legal del bebe, lo cual hace no mucho tiempo atrás hubiera sido totalmente imposible. Además, tampoco dicen nada de los intersexuales o hemafroditas y la forma de darle una solución a su situación.

El fundamento de este argumento lo podemos encontrar ideológicoreligiosamente fundado en el siguiente texto recogido por Javier López-Galiacho⁵¹⁸ de García Cantero en el que dice que *“el sexo no es algo accesorio, accidental o secundario en el sujeto, ni mucho menos transitorio o transeúnte. Si eliminamos el sexo puede decirse que abolimos el matrimonio y renunciamos al modo normal de supervivencia de la humanidad. Los casos –menos frecuentes de lo que pueda parecer- de sexo dudoso o incierto no dejan de ser supuestos patológicos que, como tales, han de ser tratados por los especialistas. El hombre y la mujer son seres esencialmente sexuados y además, de modo permanente e inmutable (...) el sexo es algo inalterable y acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, constituyendo una cualidad que identifica a la persona y sirve, al mismo tiempo, para diferenciarla de los demás; es un dato biológico que aparece ya en las primeras fases de la diferenciación celular y que queda excluido de la autonomía de la voluntad; no puede reconocerse un sexo “a la carta” por*

⁵¹⁸ LÓPEZ-GALIACHO, Javier. *Op.Cit.*, p. 103.

servir de fundamento a las relaciones permanentes destinadas a durar toda la vida humana (a todos los efectos legales la identidad de la persona debe mantenerse inalterada para el sujeto y la sociedad.)”

Junto con los argumentos de tipo biológico hay otros de tipo más jurídico, sobre la misma base ideológica, como el desarrollado por un sector de la jurisprudencia y la doctrina francesa como la de Collette Chilan⁵¹⁹ cuándo trata la cuestión del cambio de estado civil en Francia hace referencia al argumento de la indisponibilidad del estado de las personas e indisponibilidad del cuerpo humano, afirmando que al ser el sexo uno de los datos que forman parte del estado civil, este es indisponible, pero acá se puede objetar que el hecho de que no sea disponible no significa que sea inmutable (en este sentido observamos los asuntos de la nacionalidad, la adopción, el matrimonio, etc.). Con este criterio Francia negó la posibilidad de la rectificación de la mención registral de sexo, ya no en base al argumento de la indisponibilidad del estado civil, sino a la voluntariedad del cambio (fecha de nacimiento, edad, y cirugía estética), hasta que la Corte de Casación francesa dio un giro tras ser condenada por la Corte Europea mediante sentencia de 25 de marzo de 1992, caso Botella, por considerar violado el Art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, respecto a la vida privada, la no admitir la modificación del acta de nacimiento después de un cambio de sexo en nombre del respeto debido a la vida privada.

En base a estos argumentos es que se ha negado la existencia de un derecho a la “identidad sexual” que forme parte del derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, pero como ya hemos indicado, los argumentos no son sólidos y son refutables.

B. Argumentos a favor del reconocimiento al derecho a la identidad sexual.

Dentro de la legislación, la jurisprudencia y doctrina internacional han ido apareciendo tendencias que se alejan de la inicial negativa al reconocimiento del derecho a la “identidad sexual” del transexual, defendiendo abiertamente el

⁵¹⁹ **CHILAND, Collette.** *Op.Cit.* pp. 183-219. También hace referencia a doctrinas y jurisprudencia de otros países.

derecho de estos a rectificar registralmente su sexo, en Venezuela se ha visto algún tímido avance en materia jurisprudencial en cuanto a los tribunales de instancia.

En esta nueva tendencia el discurso médico-legal varía su concepto de sexo y varía la forma de “diagnosticarlo” o establecer el componente del sexo que debe ser seleccionado para realizar el registro del sexo legal. Para ello, se apoyan en los argumentos de Gooren,⁵²⁰ que señala que los elementos constitutivos del “sexo” (en los dos sexos) son por lo menos tres: 1) el cromosomático, 2) el genital y el 3) psicológico. Este afirma que el sexo de los órganos sexuales externos e incluso el cromosomático sólo tienen un carácter “presuntivo” en el diagnóstico del sexo, es decir, esos dos elementos presuponen que el individuo desarrollará un sexo psicológico acorde con el que indican sus otros dos elementos constitutivos del sexo. Esos factores son pronosticadores, pero no infalibles con lo que el pronóstico puede fallar, como es el caso de los intersexuales, por lo que si el pronóstico no es infalible por causas naturales, bien puede no serlo por causas psicológicas. Por esto, es que el derecho debe de prever mediante disposiciones el cambio de la mención registral de sexo para todos aquellos individuos donde el pronóstico ha fallado, en el sentido de que son individuos que no han seguido la línea pronosticada en la evolución de su identidad sexual.

La medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la “teoría del sexo psicosocial”, que se fundamenta en considerar la “subjetividad” del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos. Por lo tanto, en el derecho y con fundamento en esta teoría, se ha de entender que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, entonces prevalece o debe prevalecer el sexo psicológico, con lo cual se observa que el sexo no es estático e inmutable (determinado por la naturaleza), sino variable (depende de lo psicosocial), por lo que el individuo debe sentirse y estar convencido de pertenecer a un determinado

⁵²⁰ A Gooren se debe la existencia de la primera cátedra de transexualidad en la Universidad Libre de Amsterdam. Véase **GOOREN, L.** y **Michael ROSS.** *Teorías sobre la transposición de género*, en **NIETO, José Antonio.** *Op.Cit.*, p. 249-269, y también **LAQUEUR, T.** *La construcción del sexo: Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud.* Editorial Cátedra. Madrid, España, 1994.

sexo (íntima y socialmente), por lo que parecería ilógico establecer una exigencia legal de la irreversibilidad.⁵²¹

La conclusión a la que llega esta corriente doctrinal y jurisprudencial es que si el sexo no es inmutable desde que queda inscrito en el Registro Civil, entonces, el derecho debe reconocer que el “verdadero transexual”, que se ha sometido a la cirugía transexual, tiene derecho a que se produzca la rectificación de sexo en el Registro Civil, como reconocimiento del derecho a la “identidad sexual” del transexual. Pero a falta de legislación en Venezuela, que como hemos visto es todavía inexistente, se debe pensar en cuáles son las posiciones jurídicas que se han de asumir para defender este derecho, y cuáles son las disposiciones normativas en las que se puede apoyar, ya que no existe norma explícita que lo reconozca, tutele y garantice su ejercicio, por lo que se debe proceder a lo que se denomina la construcción jurídica del “*derecho a la identidad sexual*” sobre lo cual hablaremos en el Capítulo X relativo a las posibles soluciones jurídicas.

C. El derecho a la identidad sexual en el Derecho positivo. Su construcción jurídica. (*lege ferenda*)

Al entender que el concepto de sexo es “dinámico” y se encuentra constituido por varios elementos, donde en caso de discordancia prevalece el sexo psicológico, así como que no existe un acuerdo científico en lo que determina el sexo, el derecho debe enfrentarse a esta situación sin la certeza de la ciencia, y sin que otras disciplinas le proporcionen una definición exacta, debiendo establecerla el derecho como lo ha hecho hasta ahora, para lo cual se puede valer de la medicina. Así se entiende mejor que el derecho a la “identidad sexual” forma parte de un derecho más amplio como es el de la “*identidad personal*”, siendo que el derecho a la identidad sexual se relaciona con otros derechos similares, sobre los cuales hablaremos a continuación.

6. Derecho a la identificación.

Respecto a este punto, remitimos en principio a lo ya señalado en el Capítulo II del presente trabajo, no obstante este es un derecho a la personalidad y se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la identidad, de ser la

⁵²¹ Así lo afirma **CAMPOS, Arantza**. *Op. Cit.*, consultado el 22/05/2011.

persona quien es y no otra. Por su parte el derecho a la identificación, es aquel que corresponde a tener la documentación legal correspondiente a la persona que se es y no otra.

No obstante, recordemos que cada persona es sujeto derecho y de obligaciones, por lo que sus rasgos y límites jurídicos deben ser fijados, determinados y precisados, para reconocerla a través de la individualización, con sus caracteres y acciones, para distinguirla de los demás, siendo que para ello el derecho civil se vale de distintos elementos y medios de identificación.

De esta manera tanto el derecho a la identidad como a la identificación se vulneran cuando se afecta la verdad biográfica de la persona, es decir, su historia, su esencia, su ser, su realidad, ya sea por omisiones o alteraciones en sus elementos y sus caracteres que afirman su personalidad, lo cual puede ser objeto de tutela jurídica ante una representación infiel de la realidad en sus factores sociológicos, psicológicos, sociales, culturales, intelectuales, afectivos, sexuales, políticos, entre otros.

La lesión o afectación de este derecho es autónomo e independiente de otros derechos como el honor, la reputación, la imagen, la voz y otros.

Así, en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros al no corresponder dicha documentación con su realidad se les produce una lesión que requiere de una modificación, rectificación o corrección como medio especial de reparación de la lesión que se causa, ya sea por vía administrativa o judicial.

Como señala María Domínguez, *“los datos permiten identificar a la persona y distinguirla de las demás; pasar de ser una mera unidad indiferenciada de la especie para convertirse en un individuo determinado, de quien se puede predicar cualidades o a quien es posible imputar conductas. El derecho a la identidad implica la facultad a exigir que los datos vinculados a nuestra personalidad concuerden con nuestra historia personal (principio de identidad) mostrando la persona que soy.”*⁵²²

Así en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, debe

⁵²² DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, p. 101.

coincidir su documentación (pública y privada) con su verdad histórica, sobre todo al tomar en cuenta el carácter dinámico de la identidad, ante lo cual se presenta la necesidad del ordenamiento jurídico de aceptar, reconocer, proteger y solucionar estos casos, para así evitar la dicotomía que se presenta entre los datos formalmente registrados y la realidad sustancial que represente los rasgos y atributos definitorios de su personalidad.

En este sentido se debe señalar que no es descabellado el establecimiento de una nueva identidad y documentos de identificación de la persona, ya que en el ordenamiento jurídico venezolano existen supuestos en los que se da, como lo es el caso de lo establecido en los Art.(s) 8 y 21 de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y otros Sujetos Procesales, que permite la expedición de nueva documentación necesaria para el establecimiento de una nueva identidad.

Además la protección de este derecho se encuentra también vinculado con otros como el derecho a la libertad de tránsito, consagrado en el Art. 50 de la CRBV; el derecho a un proyecto de vida; el derecho a una calidad de vida; y el derecho al consumo, consagrado en el Art. 117 de la CRBV ya que toda transacción que se efectúe, desde pagar compras con un cheque o tarjeta de crédito o boletos de transporte aéreo o terrestres, o de cualquier servicio o bien solicitado, la identidad se ve cuestionada al ver que la persona presente no compagina con el documento de identificación presentado, los cual hace que se vulneren estos que también merecen ser protegidos.

Por eso en el derecho comparado, nos encontramos con se encuentra la Ley de Reconocimiento de Identidad de Género del Reino Unido de 2004; la Ley de Identidad de Género japonesa de 2004; la Ley de Identidad de Género surafricana de 2006; en Panamá está la Ley N° 31 de 25 de julio de 2006, que regula el Registro de los Hechos Vitales y Demás Actos Jurídicos Relacionados con el Estado Civil de las personas y Reorganiza la Dirección Nacional de Registro Civil del Tribunal Electoral, en la Gaceta Oficial N° 25.599 de 31 de julio de 2006, que en su Art. 120, establece el derecho al cambio de nombre y sexo sin necesidad de juicio ante el Registrador del Estado Civil, siendo el único país que

regula expresamente el tema; y esta la Ley de Identidad de Género española de 2007.

En Uruguay se encuentra el Proyecto de Ley de Derecho a la Identidad de Género, presentado a la Cámara de Senadores el 13 de diciembre de 2007. En Chile está el Proyecto de Ley Permitiendo el Cambio de Sexo de las Personas con Disforia de Género, presentado el 7 de enero de 2008 ante la Cámara de Diputados. En México está el Proyecto de Ley de Identidad de Sexo Genérica introducida en mayo de 2008.

Por otra parte, está la Resolución del Defensor del Pueblo del Ecuador del 15 de enero de 2008 que ordena al Registrador del Estado Civil el cambio de nombre y sexo así como expedición de una nueva cédula de identidad de un transexual publicada en el Registro Oficial N° 274 del 15 de febrero de 2008.⁵²³ Esta también el pronunciamiento favorable de 2008 del Servicio de Registro de Chile en relación a los cambios de sexo y nombre sin cirugía genital así como el proyecto de Ley de Identidad de Género chileno.⁵²⁴ Igualmente se encuentra la aprobación de la Ley de Identidad de género de la Isla de Man (Gender Recognition Bill), que entró en vigencia el 16 de abril de 2008.⁵²⁵

La Suprema Corte de la Nación Mexicana dictó una sentencia el 6 de enero de 2009, en la que se desarrollan muchos aspectos vinculados al tema y se establece la necesidad de adaptar la documentación a la nueva identidad de la persona transexual.⁵²⁶

La Corte Suprema de Brasil mediante sentencia del 15 de octubre de 2010, asentó la obligación del estado brasileño de garantizar la privacidad, identidad e igualdad de los transexuales, mediante el permitir el cambio de nombre y de sexo de toda la documentación, sin requerir para ello una decisión judicial.⁵²⁷

⁵²³ <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2008/enero/code/19138/registro-oficial-no-252---martes-15-de-enero-de-2008-suplemento>, consultado el 22/06/2009.

⁵²⁴ http://www.chile.com/tpl/articulo/detalle/ver.tpl?cod_articulo=94348, consultado el 22/06/2009.

⁵²⁵ <http://www.gov.im/cso/>, consultado el 22/06/2009.

⁵²⁶ <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/BF780C5A-OE2E-4946-9B2F-516BD054D54A/O/PL20090106.pdf>, consultado el 20/07/2009.

⁵²⁷ <http://www.leieordem.com.br/transexual-altera-nome-e-genero-sem-decisao-judicial.html> y <http://www.ligiera.com.br/jurisprudencia/juris07/Resp1008398-SP.PDF>, consultado el 15/01/2011.

En Argentina está la Ley de Identidad de Género N° 26743, sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 23 de mayo de 2012 que fuera introducido el 11 noviembre de 2007, ante la Cámara de Diputados, a lo cual se une una iniciativa de la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires de julio de 2008 y la decisión del Ministerio de Sanidad de ordenar a los centros de salud dependientes de identificar a las personas intersexuales, transexuales y transgéneros por el nombre de elección, independientemente de su nombre legal, con la finalidad de permitirles el acceso a tales centros en condiciones de igualdad y no discriminatorias.

Aunado a lo anterior hay que tomar en consideración que la jurisprudencia de Colombia, Ecuador, Uruguay, Argentina (anteriormente hasta la aprobación de la ley), Chile y Venezuela, así como la Ley Panameña, exigen que la persona se halla sometido a cirugía de reasignación sexual, lo cual para algunas personas, crea un círculo vicioso en cuanto a la protección de estas categoría de personas, pues tal exigencia se constituiría en una traba e impedimento para el reconocimiento de la identidad de la mayoría de estas personas que no pueden acceder a tales tratamiento por lo costoso de las mismas, lo cual las haría mantenerse bajo la discriminación y la incapacidad de acceder a trabajos para reunir el dinero para proceder al cambio quirúrgico; además de exigir la esterilización forzosa de una persona como condición para el ejercicio de sus derechos y conllevaría a la violación de sus derechos sexuales y reproductivos.

En Colombia el procedimiento es judicial, pero de naturaleza no contenciosa, terminando dicho juicio con la anulación de la partida de nacimiento original y ordenándose la elaboración y expedición de una nueva junto con una nueva cédula de identidad y modificación de los demás documentos personales del accionante, como se puede observar en <http://www.registraduria.gov.co>, en la sección de trámites, en la que se sigue una sentencia vinculante de la Corte Constitucional de 1993.

7. Derecho a la libertad sexual.

Es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo, en lo erótico, como a bien tenga, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad

humana, independientemente del sexo de la persona, que expresa una manifestación normal o normal del instinto sexual (de la libidine), es la facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad, de la actividad vinculada al impulso venéreo, su excitación y su satisfacción. Su contenido se refiere a la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de elegir compañero, con su consentimiento por descontado, y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques.⁵²⁸

Podemos observar que dentro de los *derechos sexuales*, estos no se limitan a tener relaciones con quien se quiera, sino que abarcan otros derechos humanos básicos que incluyen: 1) el total respeto por la persona; 2) el derecho al más elevado estándar de salud sexual y reproductiva; 3) el derecho a la información necesaria y a los servicios de salud, con total respeto a la confidencialidad y 4) el derecho a decidir libremente lo concerniente a la sexualidad y a la reproducción libre de discriminación, coerción y violencia.⁵²⁹

Igualmente, dentro de los derechos sexuales se sugiere incluir a todos aquellos relacionados con los derechos reproductivos y los vinculados con la maternidad y paternidad diferenciándolos entre sí bajo la siguiente clasificación no exhaustiva: 1) el derecho al libre ejercicio de la sexualidad, sin discriminaciones ni violencia de ningún tipo; 2) el derecho al placer sexual; 3) el derecho sobre el propio cuerpo (que es más abarcativo que lo sexual o lo reproductivo); 4) el derecho a la educación sexual; 5) el derecho al acceso a la información y a los servicios de anticoncepción; 6) el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de seguridad e higiene -no como método de planificación familiar-; 7) el derecho a la maternidad/paternidad voluntaria y responsable -como función social-; 8) el derecho al acceso a la información y al

⁵²⁸ En este aspecto se puede ver a **BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto** y **Jaime Darío BARRERA MÁRQUEZ**. *Delitos Sexuales*. Ediciones Librería del Profesional. Cuarta Edición. Bogotá, Colombia, 1998, pp. 75-78.

⁵²⁹ Tomado de **DUNLOP, Joan**. *Derechos sexuales: por qué son esenciales para la Salud de la mujer*. Ponencias presentadas en el panel: "Mujer, salud y violencia", Beijing, OMS, 1995. Citado por <http://www.cceba.org.ar/evento/texto.pl?id=80>, consultado el 22/05/2011.

tratamiento, en su caso, frente a la esterilidad; 9) el derecho a la maternidad/paternidad adoptiva; 10) el derecho de la embarazada y/o de la pareja a una orientación durante el embarazo y hacia el parto y la crianza del hijo/a; 11) el derecho a la atención y asistencia materno-infantil integral, humanizada y gratuita -incluyendo los controles prenatales, la asistencia hacia el trabajo de parto, el parto y el puerperio-; y 12) el derecho de la mujer embarazada al ejercicio de su sexualidad.⁵³⁰

8. El derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

En lo que respecta a la igualdad y no discriminación, son muchos artículos de la Constitución los que hacen referencia a ellos en relación a otros derechos constitucionales, pero el Art. 21 de la CRBV, establece expresamente que todos somos iguales ante la ley y que no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona, por lo que la ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva; adoptando medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o que sean vulnerables; protegiendo especialmente a aquellas personas que por alguna de estas condiciones, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionando los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.⁵³¹

No obstante, ya visto que sobre la base de la normativa constitucional que reconoce diferentes derechos humanos y se puede construir el derecho a la

⁵³⁰ Tomado de **LUBERTINO, María José**. *Los Derechos Reproductivos en la Argentina*. 2001. en www.ispm.org.ar/documentos/main.htm (septiembre 2005), citado en <http://www.cceba.org.ar/evento/texto.pl?id=80>, consultado el 22/05/2011.

⁵³¹ En otros países como Brasil se prohíbe la discriminación por orientación sexual en tres Constituciones estatales y que son la de Mato Grosso, Sergipe y Pará, existe legislación específica en este sentido en cinco estados más, a saber, la de Rio de Janeiro, Santa Catarina, Minas Gerais, São Paulo y Río Grande do Sul; así como en el Distrito Federal y más de ochenta municipios brasileños tienen algún tipo de ley que contempla la protección de los derechos humanos de homosexuales y el combate contra la discriminación por orientación sexual, todo esto aunado al hecho que la jurisprudencia de dicho país se han dado avances en la defensa de los derechos sexuales y vinculado con el seguro social, la guarda de los hijos y el combate de los crímenes de odio.

“identidad sexual” otorgándole rango constitucional, este derecho como el resto de derechos constitucionales no es ilimitado, sobre todo en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para su concesión ni para sus efectos posteriores, siendo que el límite son los derechos de los demás y el orden público.

El tema de la discriminación con base en la orientación sexual fue formalmente planteado por primera vez, en la Conferencia Mundial de Beijing en un foro de las Naciones Unidas en 1995, por la delegación sueca, pero teniendo en cuenta que la regla para la aprobación de cualquier propuesta durante la Conferencia es el consenso entre los Estados, la presentación de objeciones por parte de delegaciones islámicas imposibilitó su adopción.

Se retomó el tema durante el proceso preparatorio para la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, realizada en Durban, Sudáfrica en 2001, siendo uno de los principales problemas tratados.

En nuestro continente en la Conferencia Regional de las Américas, realizada en Santiago de Chile en el 2000, que fuera preparatoria de la Conferencia de Durban, se dictó la Declaración de Santiago, en la que se comprometieron todos los países a prevenir y combatir la discriminación por orientación sexual como una de las formas agravadas de discriminación racial.

El hombre como ser social y en base a esta sociabilidad humana, ciertos autores afirman que *“Al igual que el ser humano está interesado en la afirmación y reconocimiento social de su identidad, lógicamente también la sociedad y el DERECHO están interesados en la identificación de las personas, para así ubicarlas en la vida de relación, proporcionando de paso, certeza en las relaciones jurídicas. Este interés alcanza su cénit con la mención del sexo en el Registro civil,⁵³² que tiene interesantes atractivos para la organización social, como puede*

⁵³² *“El sexo es, pues, uno de los datos más importantes en la vida de la persona....cumpliendo una función primordial en la diferenciación de la persona y de la sociedad....el primer signo de identificación en el contexto social....constituyendo uno de los caracteres primarios de la identidad de la persona. Es pues esta función identificadora y clasificadora del sexo (no dato) lo que principalmente interesa al Derecho, que, por eso ordena su inscripción en el acta de nacimiento del Registro Civil (art.41LRC). El derecho se vale del sexo, junto con la edad, nombre, apellidos, fecha y lugar de nacimiento.....para identificarla, para reconocerla junto al resto de la sociedad.(por qué no el color del pelo, hay más que sexos.).*

ser el servicio militar, matrimonio, internamiento penitenciario, relaciones laborales”.⁵³³

Sobre estas ideas se concluye que el dejar al arbitrio de las personas la rectificación de su sexo atentaría, o sería contrario, al orden público. Pero ello no sería así, si existiese un dictamen interdisciplinario que determinase los supuestos de irreversibilidad de la crisis de identidad sexual, que se calificarían como “una verdadera ruptura de la identidad sexual”, que requiera de la necesidad, salvo supuestos excepcionales, de un posterior tratamiento quirúrgico con el respectivo tratamiento hormonal previo y cirugía, a los fines de mantener la concordancia psicológica con la física y no darle a estas personas un tratamiento distinto a otros sujetos que requieren de intervenciones médicas por otras razones de salud.

Por lo tanto, en el tema que estamos tratando, es indudable que existirá una afectación ilegítima del derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrado en el Art. 21 de la CRBV, el cual al vincularlo con lo dicho en la decisión N° 1797/03.08.2000 (Caso: *Geo-Industrial La Roca, C.A*) emanada de la Sala Político Administrativa y la sentencia N° 174/18.02.2004 (Caso: *Alexander Margarita Stelling Fernández*) de la Sala Constitucional, en relación a cómo debe ser entendido este derecho, sería evidente que al no existir en Venezuela legislativamente forma alguna para que un sujeto intersexual, transexual o con trastornos de identidad de género goce efectivamente de su derecho a actualizar, rectificar o destruir todos los datos e informaciones que sobre el consten en los registros, sean públicos o privados, informatizados o no, a fin de poder garantizarle efectivamente los derechos que se ven lesionados ilegítimamente por esos registros erróneos, se produce una desigualdad con las demás personas que si cuentan para otras situaciones con una legislación y vías procesales adecuadas, por lo que este derecho no se vería materializado, y esto constituiría una desigualdad discriminante. Por lo que, ante la inexistencia de una protección adecuada del derecho a tener una identidad legal cónsona y coherente con la identidad físico-psico-social, incluyendo el nombre y el sexo que correspondan a la identidad de la persona; no se garantiza este derecho, ni el derecho a la salud; lo

⁵³³ LÓPEZ-GALIACHO, Javier. *Op.Cit.*, p. 126.

cual como consecuencia hace imposible que tal personalidad sea desarrollada libremente, no pudiendo transitar libremente o con tranquilidad; al no ser posible ser igual sujeto ante la dicotomía entre la identidad biológica y la identidad física.

9. El derecho a la salud.⁵³⁴

Este derecho, se reconoce en el Art. 83 de la Constitución y se desarrolla en los Art.(s) 84, 85 y 86 *eiusdem*, estableciendo que es un derecho social fundamental, una obligación del Estado, y que éste lo garantizará como parte del derecho a la vida, promoviendo y desarrollando políticas para su protección y garantía, donde el sistema público nacional de salud dará prioridad a su promoción y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad.⁵³⁵

Por la importancia que posee este derecho, se encuentra regulado en todos los ordenamientos normativos de derechos humanos en el ámbito internacional y legislaciones internas, lo cual ha conllevado también a la creación de organismos internacionales que regulen este tema como la Organización Mundial de la Salud, que considera que el derecho a la salud debe ser entendido como un estado de bienestar físico, mental y social de manera holística, integral o completa, y no solamente como la falta o ausencia de enfermedades o afecciones de salud. Por lo tanto, para poder disfrutar al máximo de este derecho, se debe otorgar a todas las personas sin ningún tipo de discriminación o distinción por razones de sexo, raza, religión, tendencia política, posición social, edad, entre otros.⁵³⁶ Por ende la salud no consiste únicamente en no padecer enfermedades, sino además en disfrutar de un determinado bienestar general (mental, social, físico, etc.).

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha

⁵³⁴ Para mayor información en cuanto al derecho a la salud en nuestro ordenamiento, se puede consultar a **FERNÁNDEZ CABRERA, Sacha Rohán**. *El derecho a la salud como derecho fundamental*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia, N° 23. Caracas, Venezuela, diciembre de 2006, pp. 69-98.

⁵³⁵ Se destaca que en España de conformidad con el Art. 43.1 de la Constitución Española, se protege el derecho a la salud de toda persona, donde la norma expresa que protege la salud como condición para que se produzca el libre desarrollo de la personalidad humana, a diferencia de lo que establece la Constitución venezolana.

⁵³⁶ Tomado de http://www.paho.org/Spanish/D/DO_308.pdf, consultado el 22/05/2011. Principios básicos de la Constitución de la OMS. La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 julio de 1946, y firmada el 22 de julio del mismo año por los representantes de los 61 Estados partes.

entendido al derecho a la salud como un derecho fundamental de orden social, interés general y que afecta al mismo orden público, por lo que va más allá de los intereses particulares, propendiendo garantizar a través del Estado el fomento y ejecución de políticas encaminadas a mejorar el nivel de vida personal, el bienestar general y el disfrute de los servicios públicos.⁵³⁷ Por ende, es un derecho de los económicos, sociales y culturales que goza indiscutiblemente de tutela judicial.⁵³⁸

También la salud, puede ser entendida como parte del libre desarrollo de la personalidad, con lo cual se sitúa a la reasignación quirúrgica de sexo dentro del derecho que tiene todo ser humano al libre desenvolvimiento de su personalidad. Toda la doctrina está de acuerdo en señalar que la salud no se reduce sólo al aspecto físico del sujeto sino que ella abarca la salud psíquica, la misma que comprende la salud sexual, que en palabra de Garutti y Macioce, es “*el bienestar psicofísico del individuo se vería turbado si no le fuese reconocida su real identidad sexual.*”⁵³⁹

Por ello, la transexualidad definida como anomalía de la identidad sexual, no caprichosa, que escapa a la voluntad del sujeto y no es perversa, es motivo suficiente para otorgar el cambio legal y registral de sexo para que se garantice ese derecho a la salud en sentido de un disfrute de bienestar general como un equilibrio integral que el sujeto debe alcanzar y que antes de la operación no tenía.

Al entender que en el transexual no hay armonía entre lo físico y lo psíquico, sino que se produce una pugna por cambiar de un cuerpo que siente que no es el correcto al que estima si lo es, lo cual le oprime y le lleva a poner en juego su propia vida, al someterse a una operación de alto riesgo, esto nos puede dar una idea de la necesidad de estos individuos de encontrar una salud mental. Si la transexualidad es un trastorno de la “identidad sexual” y que recientemente

⁵³⁷ Así lo ha entendido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia en diferentes decisiones como la sentencia N° 1.280/12.06.2002, la sentencia N° 864/08.05.2002; y la sentencia N° 1.286/12.06.2001, entre muchas otras. Igualmente, al definir el derecho a la salud suele mencionar la Sala Constitucional lo dispuesto en el Art. 83 de la CRBV, tal como se puede observar en sentencia N° 2.935/13.12.2004.

⁵³⁸ Esto se establece en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.002/26.05.2004.

⁵³⁹ (Garutti – Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en *Rivista de Diritto Civile*, 1981-II-281.), citado por <http://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Casas.htm>, consultado el 22/05/2011..

pareciera que tiene sus bases en razones neuroanatómicas, donde su biogénesis es el origen en una anómala configuración de la diferenciación sexual del cerebro, por influencia o ausencia de hormonas,⁵⁴⁰ es evidente que la necesidad del cambio de sexo es irrefrenable, ya que la voluntad del sujeto no participa, sino que se trata de una necesidad, y hasta que ese momento llega es un ser atormentado. Sin embargo, incluso operado, y efectuado todo lo necesario desde el punto de vista médico, el transexual no puede disfrutar de un bienestar general, si no se le permite hacer coincidir su nuevo aspecto físico con la realidad legal y registral. Por lo tanto, para lograr esa salud integral o estado de bienestar general, no sólo deben ser autorizadas las operaciones de cambio de sexo, sino también la adecuación legal respectiva junto con la rectificación de la mención registral y documental de sexo.

No obstante, hay sectores conservadores que se oponen a que incluso se pueda producir este tipo operaciones, al considerarla como un atentado contra la salud, y que este derecho al carecer de una dimensión terapéutica no ha de inmiscuirse en este asunto. Sin embargo, el derecho no debe dar por hecho la forma en la que se establece actualmente la asignación del sexo legal, tal como lo hemos señalado en los párrafos anteriores.

La Corte de Casación Civil 2 francesa en sentencia 112 F-P+B del 27 de enero de 2004, en el caso X contra *Caisse primaire d'assurance maladie de Laon-Aisne*-, ordenó a la seguridad social el reembolso de una cirugía de reasignación de género efectuada de manera privada en una clínica.

En Australia la Corte de Familia en sentencia del 13 de abril de 2004 (2004 FamCA, 297), se acordó la transformación registral, cambio de nombre, así como el tratamiento hormonal y psiquiátrico para una posterior reasignación física a varón, de un adolescente de 13 años, lo cual se efectuó luego de una evaluación psicológica adecuada.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ Estas tesis están bien matizadas y desposeídas de su carga ideológica en el artículo de E.Coleman, **L. GOOREN** y **M. ROOS**. *Teorías sobre la trasposición de género: crítica y sugerencias para ahondar en la investigación*. En J.A. Nieto *Op.Cit.*, pp. 249-271.

⁵⁴¹ <http://www.familycourt.gov.au/judge/2004/pdf/realex.pdf>, consultado el 22/05/2004.

En Brasil en sentencia del Tribunal de Justicia de la Novena Cámara Civil de Río de Janeiro de 21 de abril de 2005, se condenó al Estado Brasileiro a costear los gastos de cirugía de reasignación de una persona transexual. También la Corte de Derechos Humanos de Ontario mediante sentencia de 11 de noviembre de 2005 condenó a la provincia de Ontario a costear los gastos de reasignación sexual de las personas transexuales.

Igualmente, mediante sentencia con medida precautelativa del 9 de noviembre de 2005, la Corte de Derechos Humanos de Ontario en Canadá, en el caso Ontario Human Rights Commission, Michelle Hogan, Martine Stonehouse, A.B. y Andy McDonald contra Su Majestad la Reina representada por el Ministro de Salud y Ciudadano de Largo Plazo, ordenó que se cubriesen los gastos médicos de reasignación de género de las personas demandantes, al tratarse de una condición médicamente reconocida en forma internacional y que el eliminar la cobertura de este tipo de intervenciones desde 1998, era un acto discriminatorio.⁵⁴²

También la Corte Suprema de Buenos Aires, mediante sentencia del 22 de marzo de 2007, dictaminó que se debía dar una solución al problema de identidad legal de las personas transexuales reconocer el cambio de su documentación porque ello se encuentra estrechamente relacionado con los derechos a la dignidad, a la identidad sexual, a la salud y a la libertad.⁵⁴³

De igual manera en Argentina el Ministerio de Salud dictó la Resolución N° 2.272 de 24 de octubre de 2007, mediante la cual ordena a todas las Dependencias de dicho Ministerio, respetar en toda circunstancia la identidad de género adoptada o autopercibida por las personas transgéneros y transexuales.

Por otra parte la Corte Europea de Derechos Humanos, a través de su sentencia de 11 de septiembre de 2007, condenó al Estado de Lituania por no

⁵⁴² <http://www.hrto.ca/english/decisions/>, consultado el 19/09/2006.

⁵⁴³ <http://www.scab.gob.ar/home.asp>, consultado el 11/06/2007.

cubrir a cargo de la Seguridad Social los costos de reasignación hormonal de los transexuales.⁵⁴⁴

Por último queremos destacar que el gobierno cubano tomó la decisión mediante la Resolución N° 216 de 2008 del Ministerio de Salud cubano, de cubrir las reasignaciones sexuales como parte de la cobertura de salud y parte de la solución del problema legal, tratándose de una resolución ministerial, en la que venía trabajando el Cenesex, que dirige Mariela Castro.⁵⁴⁵

Visto lo anterior, se evidencia que en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, se les afecta su derecho a la salud en el entendido que al ser un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, sólo la adecuada reasignación legal, de manera completa, y con las garantías de privacidad necesarias, puede permitir la reinserción definitiva de la persona en la sociedad estableciendo las bases para su bienestar social como lo consagra el Art. 83 de la CRBV.

De esa manera, existe la obligación por parte del Estado de asegurar y velar por el derecho a la salud, la cual es más relevante en los casos de las personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o sean vulnerables, o que tengan necesidades especiales, como el que estamos tratando y que se establece en el Art. 81 de la CRBV.

Lo contrario haría imposible la obtención del bienestar social, contenido en el derecho a la salud, y el bienestar mental se vería afectado, debido en ambos casos a las dificultades prácticas derivadas de la seria afectación de sus derechos fundamentales como consecuencia de la existencia del antagonismo entre la identidad legal y la identidad físico-psico-social, que se vincula también con el derecho a la integridad consagrado en el Art. 46 de la CRBV y el Art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con lo que hemos señalado en los capítulos previos, podríamos decir que un transexual, dentro de una noción amplia de salud, debería ser comprendido

544

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbm&action=html&highlight=transsexual&sessionid=4860318&skin=hudoc-en>, consultado del 12/06/2008.

545 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/06/07/actualidad/1212789601_850215.html, consultado el 15/08/2008.

entre los sujetos carentes de salud. Efectivamente, antes de cualquier conversión legal al “sexo sentido”, junto con un reconocimiento social de su identidad, ya que previamente no tiene estabilidad emocional ni equilibrio psíquico, teniendo una “angustia existencial” permanente que lo priva de la paz y del sosiego, de la serenidad, lo cual afecta a su psique, al tratar de ser socialmente admitido en su verdadera identidad sexual, manifestada a través de la proyección de su personalidad en sociedad, con lo cual se ve afectada su salud, entendida como bienestar integral.

Hasta el día de hoy, la ciencia, no ha podido mediante terapias hormonales ni con sesiones de psicoterapia, hacer que los transexuales adultos no se vean afectados por el síndrome del “transexual”, por lo que sólo a través de operaciones quirúrgicas se puede llegar a resultados satisfactorios según se observa en los casos sometidos a dicho tratamiento, donde en la mayoría de los casos, queda capacitado para tener relaciones sexuales con una persona del sexo opuesto.⁵⁴⁶

Se puede decir que el cambio de sexo se justifica por cuanto no se trataría de un capricho, libre y arbitrario en la decisión, sino que es una consecuencia de terapias hormonales y de intervenciones quirúrgicas dirigidas a secundar una tendencia natural, y así evitar efectos negativos sobre la salud, tal como lo sería una grave neurosis u otras afecciones que recaigan sobre el comportamiento de la persona.

Ante todo lo dicho anteriormente, se debe tomar en especial consideración que el concepto ya señalado de salud dado por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, de 1946, y el Art. 83 de la CRBV, con lo que la mutación sexual o reasignación quirúrgica de sexo y su correspondiente adaptación registral, no sólo no se contradice con el derecho a la salud, sino que encuentra en él uno de los basamentos más importantes, siendo su negativa un grave atentado contra tan importante derecho.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Así lo afirma **CASAS, Mariana**. *El derecho Personalísimo a la Identidad Sexual*. en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Casas.htm>, consultado el 22/05/2011.

⁵⁴⁷ Igualmente se puede tomar en cuenta la Observación N° 14 Relativa al Derecho al Disfrute del Nivel Más Alto Posible de Salud, emanada del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de la ONU, aprobada el 11/05/2000, en la que se destaca la relación existente entre el derecho a la salud y otros derechos y garantías, la cual no se

10. El derecho a la intimidad, a la vida privada y a la propia imagen.

En el Art. 60 de la Constitución, en el Art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reconocen estos derechos. Así dentro de los elementos de la vida privada estará la vida familiar (filiación, matrimonio y divorcio), la vida amorosa, la imagen, los recursos económicos, los impuestos.

La *intimidad* se refiere a ese ámbito interior que sólo conoce uno mismo, en lo más interior y profundo, por ello, es el derecho a la reserva de la vida privada (la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que “*Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada ...*” “*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques*”), así no se pueden poner de manera pública actos y datos personales sin permiso de la persona afectada (natural o jurídica, pública o privada, individual o grupal), quien determinará por sí misma cuándo, cómo y con qué extensión puede ser comunicada a terceros la información acerca de ella. De tal forma que puede ser entendida no solamente como una garantía (sentido negativo), sino también como presupuesto del ejercicio de otros derechos con proyección social e incluso económica (sentido positivo).

El derecho a la intimidad es un derecho personalísimo ligado a la existencia misma del individuo que tiene por objeto garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, el cual es necesario -según nuestra realidad cultural- para mantener una la calidad de vida mínima. Así es un ámbito vital propio, exclusivo y reservado al conocimiento e intromisiones de los demás (ya sea un particular o el Estado), y que es sobre lo que recae la protección constitucional. Se trata de un derecho de difícil definición ya que se trata de un derecho dinámico, contingente y de delimitación casuística,

limita a una simple atención hospitalaria, sino que engloba la libertad sexual, genésica y de controlar la salud y el cuerpo, teniendo responsabilidad el poder judicial en la obtención, respeto y protección de este derecho, la cual puede ser consultada en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsetsp?OpenFrameSet>.

por lo que la determinación del bien jurídico protegido por el derecho y las acciones efectuadas por terceros que se puedan considerar intromisiones ilegítimas dependerá de cada caso concreto y corresponderá a los órganos judiciales establecerlos.

El derecho a la intimidad se vuelve más relevante con la gran capacidad que posee el Estado así como los particulares para acumular y acceder a gran cantidad de información sobre las personas de toda índole. Con esto se puede afectar el derecho al honor y a la reputación, así como a la privacidad y a la intimidad. Por lo que el derecho a la intimidad no pretende anular el derecho a la información, sino otorgar una protección de este derecho sin hacer nugatorio al otro.

La intimidad significa un ámbito anterior que sólo conoce uno única y personalmente, se refiere a lo más recóndito, a un mundo interior, un lugar donde sólo puede entrar uno mismo y del que es dueño. Este se vincula con la vergüenza y el pudor, que es la protección natural de la intimidad tendiente a cubrir u ocultar espontáneamente lo intrínseco frente a las miradas extrañas, estableciendo una línea fronteriza entre lo público y lo privado, lo oculto y lo externo. Desde el punto de vista jurídico, es el derecho a la reserva de la vida privada, vinculado al derecho a la libertad, en cuanto derecho del individuo a hacer lo que le parece, esto es, a estar sólo, a no ser incomodado, a tomar decisiones en la esfera privada sin la intervención de terceros y la estatal (incluidas entre otras, las decisiones referidas a la libertad sexual, la libertad de actuar libremente en el interior del propio domicilio, la libertad de revelar o no las conductas íntimas y la libertad a la identidad). Esto no significa que este derecho no pueda ser limitado, pero debe haber una cierta área mínima de libertad personal que no debe ser violada, conocido también como núcleo esencial, y que en caso de ser invadido, el individuo pasaría a disponer de un área demasiado estrecha para el desarrollo mínimo de sus facultades naturales.

En consecuencia, el Estado o sus autorizados serán los únicos que obligarán a una persona a dar acceso a un dato, tanto al organismo estatal como a terceras personas. Igualmente, podrá regular la libertad de exigir datos que en

situaciones determinadas llevarían a la discriminación de un grupo minoritario de personas impidiéndole así la realización de actividades que quizás no sean básicas para la supervivencia del individuo.

Por esto, es necesaria la armonización del derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales, con el derecho a la información contemplado en el numeral 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La intimidad es el sector de sentimientos, acciones y omisiones que la persona mantiene reservado y oculto de los demás, al tratarse de aspectos personalísimos de su existencia y que desea mantener reservada y confidencial del conocimiento de terceros y del Estado, quedando sólo a su conocimiento, a su familia o muy pocas personas. El carácter de íntimo de ciertos datos e informaciones es decidido por el propio sujeto, quien delimitará la sensibilidad de sus datos íntimos en función de la no divulgación o revelación. Aunque generalmente la publicidad o actuación en lugar público elimina el carácter íntimo, esto dependerá de las circunstancias.⁵⁴⁸

Como dijimos antes, este derecho a la *propia imagen* se encuentra reconocido en el Art. 60 constitucional, pero también en el Art. 65 de la LOPNNA, así como en el Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este debe ser entendido como una manifestación del derecho a la intimidad, consistente en la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por tanto, su derecho a impedir la reproducción o divulgación por cualquier medio, a no ser que medie consentimiento o autorización.⁵⁴⁹

El derecho a la propia imagen es relativo a aquella representación gráfica de la figura humana, mediante la cual se precisa visualmente su aspecto físico, lo que implica que nadie puede disponer de la imagen de una persona sin su autorización. Luego del nombre civil, este atributo civil y derecho es el más identificativo de la persona humana (Art. 60 de la CRBV).⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* Op. Cit., pp. 216-225.

⁵⁴⁹ **OCHOA E. Oscar G.** *personas. Derecho Civil I.* universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2006. p. 482.

⁵⁵⁰ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999.* Op. Cit., pp. 246-247.

Dijimos que la imagen es la representación gráfica de la persona humana, su plasmación externa de la persona en su conjunto y es un derecho porque nada individualiza más a un ser humano que su proyección física, es la reproducción material de la personalidad corporal, por lo que nadie puede disponer de ella sin su autorización (Art. 60 de la CRBV). Es un derecho autónomo aunque con la violación de este se puedan afectar otros derechos como el honor, la intimidad, la privacidad o la identidad.⁵⁵¹

Para poder desarrollar la personalidad, ejercer plenamente los derechos y disfrutar de la existencia, se debe tener cierta independencia y tranquilidad, ya que lo contrario viola la privacidad o *vida privada*, para lo cual se requiere no ser molestado y que se respete cierto sector de nuestra vida, al sustraer de la intervención de los terceros cierto sector de nuestra existencia, que aunque no sea secreto, merece una especial consideración en función de las relaciones en juego (Art. 6 de la CRBV). La vida privada se diferencia de la intimidad, en que la primera está en un ámbito más amplio y no secreto a diferencia de la segunda, lo privado no es necesariamente secreto, a diferencia de lo íntimo.⁵⁵²

Se suele entender la vida privada de una persona como “*el conjunto de modos de ser y de vivir, de estados afectivos, de acciones y reacciones que se desarrollan en el hogar, y que no tienen por qué trascender a la vida social pública de una colectividad*”, por lo que se deben respetar los derechos individuales de toda intromisión de terceros.⁵⁵³

Por lo señalado anteriormente, es que en los países donde existe legislación sobre el transexualismo, intersexualismo y los transgéneros (como España, Italia y Alemania, entre otros) se establece un procedimiento adecuado para el cambio registral de nombre y sexo y eventualmente solo del nombre antes de la reasignación definitiva para permitir la transición en condiciones de dignidad e igualdad, además de que se regulan aspectos de este cambio respecto del

⁵⁵¹ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 232-247.

⁵⁵² **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 204-216.

⁵⁵³ **CHIOSSONE, Tulio.** *Temas Procesales y Penales.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, Venezuela, 1977, p. 277.

acceso limitado de los terceros a la información original para preservar los derechos al honor y la reputación así como al trabajo, entre otros el develamiento de los nombres originales por parte de los parientes o afines, los derechos de los hijos que eventualmente haya tenido la persona reasignada quirúrgicamente antes de someterse al tratamiento para mantener el nombre original en tal partida, pero reiterando que los derechos y deberes recíprocos derivados del vínculo de sangre se mantienen inmutables y, en general, se le reconocen legalmente a la persona reasignada todos los derechos inherentes a su condición legal.

De este modo, en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, la mayoría de los derechos contemporáneos, en el registro de personas, este es de acceso limitado a los funcionarios de tal registro y a las personas que obtengan una autorización judicial o administrativa de carácter excepcional y plena prueba del interés, para preservar justamente el derecho a la intimidad, siendo que el estado civil se prueba por medio de copias certificadas, que, cuando el asiento ha sido modificado sólo son expedidas con el texto resultante de la modificación sin mencionar el texto original, asegurando así la intimidad, a la privacidad, al honor y a la reputación. En tal sentido se encuentra la legislación de Italia, Alemania, Países Bajos, Grecia, Suiza, Suecia, Estados Unidos de América, España, Reino Unido y Bélgica.⁵⁵⁴ Estas legislaciones y en los casos que existen de proyectos de ley, se efectúa esto en aras de proteger el derecho a la salud (psicológica), se establece que el proceso médico de reasignación tanto en lo que atañe al seguimiento psiquiátrico como al endocrinológico y quirúrgico debe ser reservado y en algunos casos hasta costado por la seguridad social, con la finalidad de proteger su salud integral y con ello su dignidad.

Así, una de las mayores dificultades que se le plantean a la persona transexual reasignada legalmente, es la de preservar su intimidad con posterioridad a dicha reasignación legal, para evitar de esta manera los prejuicios y discriminaciones que originaría el develar tal intimidad, sobre todo cuando ha culminado estudios, tiene diplomas, tiene propiedades, ha tributado, etc., y decide

⁵⁵⁴ Esta legislación es citada en el Capítulo X. un ejemplo de esta legislación es la Ley de Reconocimiento de Género "*Gender Recognition Act*" de 2004.

buscar un empleo, realizar trámites administrativos o personales, entre otros, ya que de no tomarse medidas adicionales para modificar y mantener en reserva la modificación de estos documentos, se expondría a la persona a presentar sus documentos públicos y privados, expedidos bajo su antiguo nombre, teniendo que entrar en todas esas ocasiones, en la explicaciones del caso, con las consecuencias de discriminación que acarrea, por lo que no se habría logrado la tutela efectiva de los derechos, todo ello sin olvidar el problema de la seguridad que debe dársele a los terceros, que podría verse perjudicada al haber, en diferentes registros, nombres diferentes para una misma persona. En tal sentido, se encuentran la sentencia del 6 de noviembre de 1997 del Juzgado Criminal y Correccional de Mar de Plata de Argentina; la sentencia del 18 de diciembre de 2001 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 19° denominación de la ciudad de Córdoba; la sentencia de abril de 2004 dictada por el Primer Juzgado Civil de San Juan, Argentina; la sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico del 30 de junio de 2000, las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-594/93, T 477/95, SU 337/ 99 y T551/99, así como la jurisprudencia de la Alta Corte de Nueva Zelanda en el Caso: *Otahuhu Family Court*; en Méjico la Corte Suprema mediante sentencia del 14 de mayo de 2008, se avocó al conocimiento de una causa de instancia en la que se negó la confidencialidad de los datos registrales y otros documentos de una persona transexual que se le otorgó el cambio de sexo y de nombre.⁵⁵⁵

De todo esto se desprende que no basta un simple cambio registral, para garantizar el derecho a la igualdad, y los demás derechos inherentes a la persona, sino que es necesario preservar el derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor, a la identidad cromosómica y a la reputación, mediante los correctivos necesarios para suprimir las referencias al nombre y sexo original, e impedir el acceso a tales registros originales, salvo en aquellos casos en que sea indispensable mediante una autorización judicial, y con estricta reserva sobre el caso. De allí, que la

⁵⁵⁵ Sobre la decisión de la Corte Suprema Mexicana se puede ver <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/MediosPub/Noticias/2008/Noticia20080514.htm>, consultado el 30/06/2008.

modificación debe conllevar a la sustitución total de los documentos y registros oficiales y privados.

Como indicamos previamente, estos derechos a la vida privada, imagen e intimidad, se encuentran consagrados en el Art. 60 de la CRBV, siendo que la intimidad de una persona es su propia individualidad, su individual subjetividad, el ser en cuanto es en sí mismo (que desde un inicio debe ser respetado) y que repercute en la colectividad, sobre todo al tomar en cuenta que el enfoque social, no implica la supresión de su individualidad, sino que acarrea el respeto de esa misma individualidad en tanto el hombre es integrante del conglomerado social. En tal sentido, se puede observar la sentencia de la Sala Constitucional N° 1074/19.09.2000 (Caso: *María Josefina Medina de Abouhamad*) relativa al derecho a la intimidad, por lo que de no aprobarse estos cambios, se estaría afectando de manera ilegítima a la persona por la dicotomía de identificación formal y realidad sustancial, lo que infringiría los Art.(s) 20, 21 y 80 de la CRBV.⁵⁵⁶

En definitiva, el derecho a la intimidad es la individualidad del propio ser, por lo que no puede ser siempre expuesta, mucho más en un aspecto tan sensible de la intimidad personal como lo es la identidad sexual, con lo que se afectaría seriamente e ilegítimamente los derechos fundamentales de la persona, razón por la cual, con fundamento en los Art.(s) 19 y 28 de la CRBV, se debe adecuar la realidad de estas personas en su situación legal y consecuentemente de los documentos públicos y privados de identificación que reposen en registros oficiales o privados informatizados o no.

De esta forma los alemanes han hablado del derecho a la autodeterminación informativa. Los datos personales se pueden entender como “*las indicaciones concretas acerca de condiciones personales o materiales de una persona natural determinada o determinable (Ley Federal de Protección de Datos de 27 de febrero de 1977, Art. 2)*”, por lo que en ellos existen “datos sensibles”

⁵⁵⁶ Igualmente se puede ver la Observación N° 14 Relativa al Derecho al Disfrute del Nivel Más Alto Posible de Salud, emanada del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de la ONU, aprobada el 11/05/2000, en la que entre otros aspectos se resalta la necesidad de la confidencialidad de los datos personales en aquellos casos que afecte a la salud, la cual puede ser consultada en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsetsp?OpenFrameSet>.

relativos al origen racial, las convicciones religiosas u otras, la salud y la vida sexual, serán sensibles *per se* o según el contexto en que se encuentren.⁵⁵⁷

Ante la pregunta de si un transexual debe ser tutelado en lo que concierne a la intimidad de su vida privada, se ha producido discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, siendo que un sector mayoritario sostiene que el transexual, como cualquier otro sujeto, debe ser protegido en lo que atañe a la esfera de reserva de su vida íntima.

Esto trae como conflicto que en casos como en la celebración de un matrimonio con un sujeto que ha cambiado de sexo, el otro cónyuge tiene derecho a saber si podrá tener descendencia, pero el mismo problema se plantea con respecto de una persona que, aun sin haber cambiado su sexo fuera estéril. De allí, se debe estimar si lo existente es un error sobre un dato esencial de la personalidad en referencia al sexo y nombre, donde la rectificación en la documentación de la persona, mediante un asiento marginal en la partida o registros que exterioriza su situación de transexual a quien acceda a tal registro, afectaría su privacidad. Por ello, la respuesta no es sencilla y hay que tratar de encontrar un equilibrio en los derechos humanos de todas las personas involucradas.

11. El derecho a la integridad psicofísica y moral.

Este derecho lo consagra el Art. 46 de la Constitución y en el Art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La doctrina nos indica que dentro de este derecho se encuentran: la libertad, el honor, la vida privada, la intimidad, la autodeterminación informativa, la imagen y la voz.⁵⁵⁸ Se refiere a los derechos vinculados al aspecto no corporal del ser humano o la persona, que están vinculados lo espiritual e intangible, aunque esto no significa que alguno de ellos tienen conexión en el plano físico o material.

De lo anterior, se puede observar que al guardar relación con el aspecto físico, se vincula con el derecho a la salud antes desarrollado, sobre todo al tomar

⁵⁵⁷ DELPIAZZO, Carlos E. *Protección de los datos personales en tiempos de internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad*. Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° III. Uruguay, 2002, pp. 259-260.

⁵⁵⁸ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. Op. Cit., p. 91.

en consideración el concepto de salud que dimos de la OMS en el que señala que es un estado integral tanto físico como psíquico.

En este sentido se puede observar la legislación italiana con la Ley N° 164 del 14 de abril de 1982, que reconoce expresamente este derecho, entendido como el derecho a revelarse externamente a sí mismo, en relación con la realidad del sexo propio.

Por lo tanto, este derecho en relación a los intersexuales, transexuales y transgéneros tiene relevancia en cuanto a que deben tener una protección integral de sus personas, sobre todo al tomar en cuenta la situación particular en la que se encuentran que los puede afectar tanto en lo corporal como en lo mental si no se les da una solución jurídica adecuada a su situación.

12. Derecho al honor y a la reputación.

Ya hemos indicado que la persona se encuentra estrechamente vinculada a la dignidad, encontrándose el honor como uno de los aspectos más relevantes de los aspectos morales del individuo, ya que se trata de la apreciación de nuestra dignidad efectuada por nuestra propia persona (sentido subjetivo o autoestima) o por terceros (sentido objetivo o reputación).

Se dice que el honor consiste en algo indefinible ya que se trata del sentimiento que cada quien tiene de su propia dignidad y de la manera que los extraños capturan la misma.⁵⁵⁹ También se suele entender como la evaluación social de la persona, la medida de sus cualidades sociales y espirituales como miembro de la sociedad, la cual dependerá principalmente del propio sujeto, ya que se basa en la conducta del individuo, su comportamiento y actitud ante los intereses de la sociedad, el Estado, el colectivo y las demás personas.⁵⁶⁰

La divulgación de expresiones o hechos a través de medios de comunicación puede vulnerar el derecho al honor, lo cual se vincula al “derecho a

⁵⁵⁹ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* Op. Cit., p. 196; y en **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Ensayos sobre capacidad y otros temas de derecho civil.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Nuevos Autores, N° 1. Caracas, Venezuela, 2010, pp. 632-634.

⁵⁶⁰ Así lo indica Nicolái Meléin, citado por **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I.* universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2006, p. 479.

una comunicación libre”.⁵⁶¹ Para el ejercicio del derecho a la libre información (Art. 58 CRBV) se requiere el requisito de veracidad,⁵⁶² en la ponderación de ambos derechos se requiere ponderar el interés público de la noticia o la dimensión institucional de la libertad de prensa. Este derecho tiene por objeto la transmisión de hechos, es decir, noticias en sentido estricto y no susceptible de apreciación subjetiva.⁵⁶³ Este derecho se encuentra limitado por el derecho al honor y a la reputación, a la intimidad, o por la seguridad de Estado, independientemente que dicha información sea veraz, pudiendo ser esa limitación general por ley o coyuntural por un caso particular en la que exista colisión de derechos lo cuales deberán ser ponderados por el juez.

La libertad de expresión (art. 57 CRBV), que tiene por objeto la transmisión de pensamientos, ideas y opiniones, que se refieren a creencias y juicios de valor susceptibles de crítica política y difusión ideológica,⁵⁶⁴ y tiene sus límites en cuanto no afecte o vulnere otros derechos constitucionales.⁵⁶⁵

En este sentido y en protección a la dignidad humana, toda en toda información se debe: a) rechazar el uso de todo tipo de apelativo que sea injurioso y degradante en cualquier contexto, genera un daño injustificado al prestigio de las personas, innecesario para la información, aunado al hecho que no existe un derecho al insulto; b) rechazar la emisión de imágenes que utilicen asuntos personales como instrumentos de diversión y entretenimiento; y c) el rechazo a manifestaciones, expresiones o campañas de carácter discriminatorio, que atentan

⁵⁶¹ Que según la doctrina alemana incluye el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. Así lo indica **ARAGÓN REYES, Manuel**. *El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información*. Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid. N° 1. UAM Ediciones. Madrid, 1999, p. 28.

⁵⁶² La veracidad se ha de entender no como un límite sino como un presupuesto indisociable de ese derecho, del cual no puede prescindir el legislador porque es un elemento impuesto por la Constitución, al igual que la oportunidad y la imparcialidad. Esto no significa que no se pueda incurrir en un error, pero se obliga a extremar la diligencia en la comprobación de la información, entre los hechos transmitidos con los datos objetivos, que dependiendo del tipo de medio de comunicación y de la gravedad de la noticia exigirá mayor o menor comprobación. Por lo tanto, sólo la información dada en cumplimiento de estos elementos es la que se encuentra reconocida y protegida por la ley, el resto puede dar pie a ilícitos penales o civiles como la difamación y reparaciones por daños y perjuicios.

⁵⁶³ SSTCE 51/1985 y 223/1992 **ARAGÓN REYES, Manuel**, *Op. Cit.*, p. 29.

⁵⁶⁴ SSTCE 51/1985 y 223/1992 **ARAGÓN REYES, Manuel**, *Op. Cit.*, p. 29.

⁵⁶⁵ Por ello se considera que los hechos (noticias) están excluidos de este derecho, así como que sólo ampara estrictamente opiniones como juicios morales, excluyendo las afirmaciones sobre datos de la realidad comprobables objetivamente. **ARAGÓN REYES, Manuel**, *Op. Cit.*, p. 33.

directamente contra el derecho al honor y la reputación.

Se encuentra también el honor sexual, entendida como *“la abstención de los placeres libinidosos calificados de ilícitos por la moral mínima de un pueblo dado y que requiere, igualmente, una correcta actitud respecto del pudor público y privado,”*⁵⁶⁶ por lo que rechaza todo lo que ofenda la función sexual o tienda a la destrucción de la especie, por lo que cohibe toda manifestación mórbida o anormal que pueda ofender el buen orden de la familia y de la sociedad, resguardando el sentido moral que se puede ofender en las personas, mediante ciertas formas cínicas de inmoralidad.⁵⁶⁷

De allí que toda persona, sea intachable, proba o no, tiene derecho a ser protegidos de cualquier ataque injusto, tanto el aspecto objetivo como subjetivo de este derecho, en razón de la dignidad humana. Esto toma mayor relevancia al tomar en cuenta los Art.(s) 60, 241, 444 y 446 del CP, el Art. 1.196 del CC, el Art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art. 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La violación del derecho al honor se suele vincular con otros derechos como a la imagen, la intimidad y la privacidad, entre otros, sobre todo porque se trata de la evaluación social de la persona en cuanto a sus cualidades sociales y espirituales dentro de una sociedad determinada.

Cuando existe una intromisión en el honor e intimidad de la persona para que no se considere que existe una violación, debe haber un consentimiento del afectado, o se requiere que la información cumpla con la condición de veracidad y que se desarrolle en el ámbito del interés general, o que se está en el ejercicio legítimo del derecho a informar, o que se efectúa una investigación por razón de un delito y finalmente porque se esté en el ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres, tutores o de quienes hagan sus veces respecto de sus hijos menores.

Incluso la Sala Constitucional en su sentencia N° 1013/12.06.01, estableció

⁵⁶⁶ BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto y Jaime Darío BARRERA MÁRQUEZ. *Op. Cit.*, p. 79.

⁵⁶⁷ BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto y Jaime Darío BARRERA MÁRQUEZ. *Op. Cit.*, p. 80.

que:

“La información agravante, es aquella que lesiona la dignidad, el honor, la reputación, la imagen, la vida privada o íntima, de las personas, exponiéndolas al desprecio público, que puede dañarlas moral o económicamente, y que resulta de una imputación que no se corresponde con la realidad, o que no atiende a la situación actual en que se encuentra una persona. Se trata de imputarle o endilgarle hechos o calificativos que no son congruentes con la situación fáctica o jurídica del agraviado. Ante tal información, nace en la ‘víctima’ el derecho a que se rectifique, o a dar respuesta contraria a lo que se le imputa, y en ambos casos, el amparo constitucional podría ser la acción que concretaría la protección a los derechos que le otorga el artículo 58 comentado, si se niega la réplica o la rectificación.”

Igualmente la Sala Constitucional en su sentencia N° 1074/19.09.2000, señaló que:

“Ahora bien, por otra parte el artículo 60 de la vigente Constitución otorga el derecho a la protección del honor y la reputación de las personas, protección que se hace concreta de varias maneras.

La protección al honor, a la reputación y a la dignidad del ser humano, se obtiene impidiendo cualquier acto arbitrario que desmejore la imagen que sobre sí mismo tiene una persona (honor), o la opinión que los demás tengan de ella (reputación); o que rebaje su condición humana (dignidad).”

Así observamos que el derecho al honor y a la reputación se encuentran estrechamente relacionados con el derecho a la dignidad, siendo que en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, también se ha de respetar y proteger a sus personas en relación a estos derechos, que a su vez se vincula con el derecho a la vida privada y a la intimidad, motivo por el cual los argumentos expresados para tales derechos son igualmente válidos para el presente punto.

13. Protección de los derechos de la personalidad a través de la indemnización por daño moral.

Estos derechos pueden ser protegido a través de diversos mecanismos procesales como lo serían acciones de amparo, acciones penales, recursos administrativos, habeas data, acciones civiles, etc., pero en lo relativo a la indemnización civil por concepto de daño moral, están protegidos por las normas generales sobre responsabilidad civil, que incluye el daño patrimonial (Art. 1.185

del CC) y el moral (Art. 1.196 del CC), inclusive del daño moral en materia contractual (Art. 1.271).⁵⁶⁸

14. Algunas Constituciones y justicia constitucional comparada.

En este punto no pretendemos hacer un estudio exhaustivo de todas las Constituciones o sistemas constitucionales del mundo, ya que ello implicaría analizar 243 países, estados independientes y territorios dependientes con soberanía especial. Por ello, solamente señalaremos los que siguen a continuación, ya que otros ya han sido mencionados en los demás capítulos.

El Art. 23 inciso 3) de la Constitución de Ecuador de 1998 garantizó el principio e igualdad en los siguientes términos:

“Artículo 23°.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.”

La nueva Constitución de Ecuador de 2008, señala que:

“Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, por portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”

Igualmente se considera oportuna destacar que en Ecuador aún no se ha regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero con esta norma

⁵⁶⁸ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad. Op. Cit.*, pp. 250-284. También se puede ver a **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I.* universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2006, pp. 490-494.

constitucional pareciera que se encuentran abiertos los caminos para su aprobación.

Por otra parte, en Bolivia, el texto de la Constitución, de 2009, establece en el artículo 14° II que:

“II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religiosa, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, y otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.”

Del mismo modo, resulta ilustrativo recordar que altas cortes de justicia de este país se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la discriminación a los homosexuales.

También nos conseguimos con el caso Lawrence vs. Texas en el año 2003, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la que se declaró inconstitucional una ley que penalizaba las relaciones sexuales homosexuales, afirmando la mencionada corte que no había ningún interés legítimo del Estado que pudiera justificar su intromisión en la vida privada y personal de un individuo.⁵⁶⁹ Esto debe ser vinculado más recientemente con la sentencia Hollingsworth ET AL vs. Perry y United States vs. Windsor, ambas de 26 de junio de 2013, en las que se indicó que era inconstitucional establecer que el matrimonio sólo podía ser entre un hombre y una mujer.

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado sobre los derechos a la identidad y a la dignidad personal de los homosexuales, como ocurrió en la sentencia C-481/98, en la que se sostiene que las viejas concepciones contra la homosexualidad, *“contradicen valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, que se funda en el pluralismo y en el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida,”*⁵⁷⁰ frente a los cuales el Estado debe ser neutral,⁵⁷¹ y

⁵⁶⁹ Sentencia de 26 de junio de 2003, IV (caso Lawrence vs. Texas)

⁵⁷⁰ Sentencia C-481/98, fundamento 12.

⁵⁷¹ Ibid., fundamento 20.

por ello la discriminación basada en la orientación sexual está prohibida por la Constitución.⁵⁷²

Esta Corte, indica que *“la marginación de los homosexuales denota usualmente una voluntad de segregar y estigmatizar a estas poblaciones minoritarias, por lo cual la diferencia de trato por razón de la orientación sexual resulta sospechosamente discriminatoria.”*⁵⁷³ Las “categorías sospechosas” se presumen inconstitucionales. Por ello, sostiene que *“en una sociedad respetuosa de la autonomía y de la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana”*.⁵⁷⁴ En relación al derecho a la identidad personal la mencionada corporación señala que es *“un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad.”*⁵⁷⁵ En esta sentencia la corte colombiana afirma que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra identificación como personas singulares es nuestra identidad sexual.⁵⁷⁶ Siguiendo posiciones doctrinales, la Corte Constitucional señala *“que la orientación sexual o preferencia sexual es un elemento esencial de la manera como una persona adquiere una identidad sexual. Así las cosas, es lógico concluir que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.”*⁵⁷⁷

De igual manera, la Corte Constitucional concluyó que *“toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto”*,⁵⁷⁸ recordando que en jurisprudencia previa había señalado que *“los homosexuales son titulares de todos los derechos*

⁵⁷² Ibid., fundamento 17.

⁵⁷³ Ibid., fundamento 17.

⁵⁷⁴ Ibid., fundamento 21.

⁵⁷⁵ Ibid., fundamento 21.

⁵⁷⁶ Ibid., fundamento 22.

⁵⁷⁷ Ibid., fundamento 22.

⁵⁷⁸ Ibid., fundamento 24.

*fundamentales de la persona humana*⁵⁷⁹ y que *“la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida.”*⁵⁸⁰

En otra sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la protección patrimonial de las parejas del mismo sexo, afirmó que *“que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual.”*⁵⁸¹ Por ello, *“la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”*.⁵⁸²

Finalmente, como ha sostenido el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, el principio pro persona, desplegado en la jurisprudencia citada, alienta como criterio rector la más amplia protección al ser humano, y es propio del régimen de los derechos humanos.⁵⁸³ Siendo que estos argumentos y principios en relación a los homosexuales, son igualmente plenamente aplicables a lo relativo a los intersexuales, transexuales y transgéneros.

15. Tratados internacionales.

Al suscribir un tratado de derechos humanos, los Estados adquieren diversas obligaciones como la de respetarlos, promoverlos, protegerlos y garantizarlos. Por ello, al respetarlo, no se puede violar dichos tratados ya sea por acción u omisión. Al promoverlo, se debe asegurar que los ciudadanos

⁵⁷⁹ Sentencia T-539/94.

⁵⁸⁰ Sentencia T-101/98. También véanse las sentencias T-097/94 y T-268/00.

⁵⁸¹ Sentencia C-075/07, fundamento 4.3.

⁵⁸² Ibid., fundamento 6.2.2.

⁵⁸³ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso Raxcaco Reyes vs. Guatemala, sentencia de 15 de setiembre de 2005, párrafo 12.

reconozcan cuáles son los derechos que poseen y la forma de hacerlos valer. Para protegerlo, se debe establecer leyes que habiliten mecanismos para prevenir su violación por parte de actores no estatales. Finalmente, en relación a que debe garantizarlo, significa que debe tomar todas las medidas presupuestarias, legislativas, administrativas y judiciales apropiadas para lograr el cumplimiento del derecho.

A lo anterior, debemos tomar en consideración que cuando un sujeto social es muy vulnerable, como es el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, así como las demás personas sexualmente diferentes, la ausencia del cumplimiento de las obligaciones del Estado antes mencionadas las afecta de forma más grave, por ello, se violan estos derechos cuando no se protege a estas personas de las violaciones que puedan ocurrir en instituciones estatales y no estatales como el hogar, las iglesias, las empresas, etc.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su Art. 23 establece y reconoce el rango supraconstitucional de las normas para la protección de los derechos humanos contenidas en los Tratados, Pactos y Convenciones sobre la materia, debiendo prevalecer éstas en el ordenamiento jurídico interno. Por esta razón, se considera que el principio *pro homine* “*debe ser el principio rector para la interpretación del alcance de la protección de los derechos humanos ofrecida por la Constitución de 1999*”.⁵⁸⁴

Los derechos que hemos mencionado anteriormente, se encuentran igualmente reconocidos en diferentes instrumentos internacionales, siendo que en tal sentido nos encontramos con:

1) La Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre:

Art. I “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”

Art. II “*todas las personas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”.

Art. V “*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*”.

Art. XI “*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada...*”.

⁵⁸⁴ **NIKKEN, Pedro.** *Código de Derechos Humanos.* 2da Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 2006.

2) La Declaración Universal de Derechos Humanos (de la que es parte Venezuela), si bien no tiene carácter formalmente vinculante, esta Declaración ha adquirido con el tiempo autoridad moral *cuasi* jurídica, de carácter vinculante como elemento de costumbre en el Derecho Internacional Público, considerada por parte de la doctrina como norma de *ius cogens*,⁵⁸⁵ proclamando la libertad y la dignidad de todas las personas, desde su nacimiento:

Preámbulo: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”*

“Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

“Artículo 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Art. 6 *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.*

Art. 7 *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.*

3) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica:

Art. 1 *“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

Art. 2 *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.*

Art. 5 inc. 1 *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.*

⁵⁸⁵ Sobre el *ius cogens* se puede ver a **OLLARVES IRAZÁBAL, Jesús**. *Ius Cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Arte C.A. Caracas, Venezuela, 2005.

4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el compromiso de los Estados Parte de “respetar y garantizar” a todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna basada en la raza, color, sexo, o cualquier otra condición social; así como la obligación para los Estados Parte (incluida Venezuela), de legislar y adecuar el derecho interno dentro del marco del respeto y garantía de los derechos humanos para ofrecer protección efectiva a los derechos reconocidos en el Pacto, resaltándose el derecho a la igualdad y a la no discriminación:

“Artículo 2.- Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Art. 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“Artículo 5:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

5) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“Art. 2, inc. 2 Los estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

“Art. 6, inc. 1 Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener oportunidad

de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”

“Art. 12, inc. 1 Los estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental.”

Ante estos distintos instrumentos internacionales, debemos recordar lo que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a ellos, que deben ser considerados como un *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que está formado por un conjunto de instrumentos internacionales variados, cuya *“evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”*.⁵⁸⁶

Del mismo modo, se debe recordar el Art. 55 literal c) de la Carta de las Naciones Unidas que establece que la organización promoverá *“el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”*.

De esta manera, observamos cómo en la Conferencia de Derechos Humanos, se inició una discusión respecto al derecho a la sexualidad, pero no hubo una verdadera apertura sobre el tema y mucho menos un reconocimiento de los derechos a la no discriminación de las personas LGBTTI. Luego en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo en 1994, se planteó otra vez la discusión en torno a la orientación sexual y los derechos sexuales, pero sin lograr su aprobación, pero se reconoció por primera vez que la sexualidad estaba más allá del marco matrimonial y que requerían una protección este tipo de prácticas, así como también se reconoció que existían distintos tipos de familias y que se debían revisar los marcos legales tocantes al aborto. En la IV Conferencia Mundial de la Mujer de 1995, se profundizó en lo relativo a los derechos sexuales y la orientación sexual. Actualmente el Consejo de Derechos Humanos en sus sesiones e informes que los relatores especiales de las Naciones Unidas elaboran, tocan también el tema de la sexualidad y la condición de las personas por su

⁵⁸⁶ Opinión Consultiva 16/99, párrafo 115.

orientación sexual, a pesar de que aún no han logrado su reconocimiento formal en ningún documento internacional. Igualmente, está la Conferencia de la CEPAL de 1998 para América Latina, en el que los gobiernos reconocieron los derechos sexuales como un concepto que existe. Por otra parte, la Conferencia de las Américas de 2000, de la que se produjo la Declaración de la Conferencia de las Américas, fue preparatoria para la Conferencia Internacional contra el Racismo y la Xenofobia, y por primera vez en nuestra región el tema de la orientación sexual quedó en un documento original, así como que los gobiernos reconocieron que los derechos de los LGBTTI eran violentados y que los Estados tenían la responsabilidad de impulsar acciones que garantizaran la protección de estas personas. Más recientemente, en junio de 2008, en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, celebrada en Medellín, todos los gobiernos de la región, firmaron un acuerdo y declaración expresada en una Resolución que está centrada en los derechos por orientación sexual e identidad de género, así como se manifestó la preocupación por el alto grado de violación de derechos humanos que se produce por razón de identidad o expresión de género, llamando a los Estados miembros a tomar los correctivos al respecto. Igualmente, en el 2008, en la conmemoración del Día de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre, sesenta y seis países firmaron una declaración, impulsada por Holanda y Francia y leída por Argentina, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, planteando el tema y que fuera firmado por países de todas las regiones del mundo.⁵⁸⁷

Igualmente, el 7 de agosto de 2007, en Argentina, en el marco de la IX reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos de los países miembros y asociados del MERCOSUR, se emitió una declaración reconociendo y promoviendo el fin de toda discriminación contra las minorías sexuales y de género, en donde se llama a los gobiernos, entre otros aspectos, a revocar las leyes que discriminen a las personas LGBTTI, poner fin al acoso y la persecución policial, promover políticas de sensibilización y educación públicas, crear

⁵⁸⁷ CAREAGA, Gloria. *La sexualidad, un desafío para América Latina*. Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 81-83.

dependencia gubernamentales para apoyar y proveer servicios a las personas de estos grupos y facilitar el cambio de nombre y registro de género a las personas intersexuales, transexuales y transgéneros.

También se encuentra la Carta Andina de Derechos Humanos que considera como personas especialmente dignas de protección activa o positiva a las discriminadas en razón de su elección sexual, que independientemente de la salida de Venezuela de la CAN estimamos a diferencia de la Sala Constitucional del TSJ que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y se encuentra incorporado, sobre todo al tomar en cuenta lo señalado en el Art. 23 de la CRBV.

Ante esto podemos citar a Kai Ambos, quien sostiene que en materia de derechos humanos el contenido de la *opinio iuris* está dado por “*la conducta de los órganos representativos en los organismos internacionales así como las decisiones y opiniones de estos mismos organismos, las decisiones de las cortes internacionales, o también una determinada práctica contractual (...)*.”⁵⁸⁸ De allí se deriva también la importancia de conocer lo que han señalado las instancias internacionales de protección de los derechos humanos en materia de discriminación por orientación sexual, precisamente al interpretar los tratados de derechos humanos del sistema universal de protección de estos derechos, los cuales mencionaremos a continuación.

16. El Comité de Derechos Humanos de la ONU.

El Comité de Derechos Humanos es un órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados que lo han ratificado, formado por expertos independientes, siendo uno de los siete organismos instituidos por los tratados sobre derechos humanos promovidos por la Organización de las Naciones Unidas. Este se diferencia de la Comisión de Derechos Humanos, que es un organismo que se deriva de la Carta de las Naciones Unidas, así como del Consejo de Derechos Humanos que la sustituye. La Comisión y el Consejo de Derechos Humanos son foros políticos donde los Estados debaten todo tipo de asuntos relacionados con los derechos humanos,

⁵⁸⁸ **AMBOS, Kai.** *El nuevo derecho penal internacional*. Ara Editores. Lima, Perú, 2004, pp. 79-80.

mientras que el Comité es un organismo formado por expertos, y su competencia está limitada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Teniendo claro lo anterior, se debe destacar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha resuelto dos quejas presentadas contra Australia y otra contra Colombia, cuyo origen era la discriminación por orientación sexual. El primero de ellos se trata de los casos Nicholas Toonen de 1994; el segundo el de Edward Young de 2003, en los que el Comité de Derechos Humanos señaló que se habían violado los derechos reconocidos en los Art.(s) 17 inciso 1, 2 inciso 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud de los cuales se prohíbe la injerencia arbitraria en la vida privada y la discriminación por orientación sexual; y el tercero es el de X contra Colombia, también relativo a un derecho a pensión por pareja sobreviviente solicitado.

En el primer caso, que constituye la primera decisión de un organismo internacional de protección de los Derechos Humanos referida a la orientación sexual, el señor Toonen, activista por los derechos de las personas viviendo con VIH-SIDA, presentó una queja ante el Comité de Derechos Humanos,⁵⁸⁹ impugnando los Art.(s) 122 (apartados a y c) y 123 del Código Penal de Tasmania en Australia, que prohibían las “*relaciones sexuales por vías no naturales*” y las “*prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino*”. En este caso, la víctima adujo que los mencionados artículos vulneraban el párrafo 1 del Art. 2, el Art. 17 y el Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como que los efectos combinados de dichas disposiciones del Código Penal eran discriminatorios pues juntas prohibían todas las formas de contacto íntimo entre los hombres, penalizando las relaciones íntimas y en privado entre dos varones. En el caso del Art. 122 del Código Penal, adujo que se configuraba una situación de discriminación indirecta, en la medida en que, a pesar de ser neutral, se aplicaba en mayor medida contra los hombres homosexuales que contra los hombres y mujeres heterosexuales. Por ello, alegó que dicha prohibición legal lesionaba su derecho a la vida privada, protegido en el Art. 17 del Pacto

⁵⁸⁹ [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.50.D.488.1992.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.50.D.488.1992.Sp?Opendocument), consultado el 03/12/2010.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su derecho a la igualdad y no discriminación por sus preferencias sexuales.

El Comité de Derechos Humanos afirmó que era “*indiscutible que la vida sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de vida privada*”, y que los Art.(s) 122 y 123 del Código Penal de Tasmania, representaban una injerencia arbitraria en el derecho que confiere el párrafo 1 del Art. 17 del Pacto. Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos afirmó que se debía estimar que la referencia al “sexo” en el párrafo 1 del Art. 2 así como en el Art. 26 del Pacto, incluía la “inclinación sexual”, que en efecto la variable “preferencias sexuales” podía interpretarse incluida en el concepto de “sexo”.⁵⁹⁰ Este dictamen fue expedido el 4 de abril de 1994.⁵⁹¹

A partir de la interpretación formulada en el caso Toonen contra Australia, se producen otras dos decisiones, una en contra del Estado australiano y la otra en contra de Colombia, en donde se reitera el principio de prohibición de toda discriminación con base en las preferencias sexuales u orientación sexual, los cuales son términos usados por el Comité de manera indistinta, estableciéndose el reconocimiento de los derechos económicos, sociales o civiles a favor de una pareja formada por dos personas de un mismo sexo.

En el segundo caso, el del señor Edgard Young, solicitó una pensión en su calidad de “persona a cargo” de un ex veterano de la guerra, al haber mantenido una relación homosexual durante 38 años con el Sr. C., siendo este último un antiguo combatiente, que falleció los 73 años. No obstante, las autoridades australianas consideraron que no se cumplían con los requisitos establecidos en las leyes de Australia para ser reconocido como persona a cargo, a pesar de la larga relación de convivencia en común señalada por el señor Young. Ante esta situación, el señor Young recurrió al Comité de Derechos Humanos, alegando la vulneración del Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la discriminación por razón de sexo.⁵⁹²

⁵⁹⁰ Documento CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994, párrafo 8.7.

⁵⁹¹ Ibid.

⁵⁹² <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/6e1dd529584be634c12572e5004c5ab2?Opendocument>, consultado el 03/12/2010.

De esta manera y sobre base al principio de no discriminación por la orientación sexual, el Comité decidió y llegó a una conclusión de que el señor Edward Young tenía derecho a recibir pensión de viudez en las mismas condiciones que establecía la ley australiana para el o la cónyuge, o pareja de hecho heterosexual de una persona adscrita a las Fuerzas Armadas de ese país que hubiere fallecido “por causas relacionadas con su oficio”, debido a que se cumplían con todos los requisitos legales para recibir este beneficio, con la sola excepción del sexo de su compañero de vida, que era igual al de él, por lo que el Estado había violado el Art. 26 del Pacto “*al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual,*”⁵⁹³ siendo emitido el dictamen sobre este caso el 18 de setiembre de 2003,⁵⁹⁴ en el que estableció la protección de la pareja formada por dos personas de un mismo sexo como una obligación emanada del Pacto, en los siguientes términos:

“10.4. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda que en comunicaciones anteriores el Comité consideró que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban (...) En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual”.

En el caso de X contra Colombia, en la Comunicación N° 1361/2005, se plantea un caso en el que se le niega también la pensión de viudez o “sustitución pensional”, como se denomina en la legislación colombiana denunciada por el accionante, al compañero sobreviviente de un empleado del sector público, ante lo cual el Comité de Derechos Humanos emitió la opinión siguiente:

“El Comité observa que el autor no fue reconocido como compañero permanente del Sr. Y., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a que las decisiones de los tribunales, basadas en la ley 54 de 1990, consideraron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes forman parte de una unión marital de hecho heterosexual. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto,

⁵⁹³ Documento CCPR/C/78/D/941/2000 de 18 de setiembre de 2003, párrafo 10.

⁵⁹⁴ Ibid.

incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban (...) En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual”.

Con este fallo, se ratificó la orientación de las decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el sentido de incluir la protección de los derechos civiles y económicos de las parejas formadas por dos personas del mismo sexo en la interpretación del principio de no discriminación por la orientación sexual y protección de los derechos humanos en una forma amplia. Adicionalmente, hay que recordar que en el año 1999 el Comité de Derechos Humanos señaló como un motivo de especial preocupación en Polonia, el hecho de que se hubiera *“suprimido del texto del proyecto de constitución la referencia a la orientación sexual que originalmente figuraba en la cláusula de no discriminación, ya que podría llevar a violaciones de los artículos 17 y 26.”*⁵⁹⁵

Todo esto a su vez lo debemos vincular con la Declaración de principios sobre la tolerancia de la ONU del 16 de noviembre de 1995,⁵⁹⁶ en el que se excluye todo tipo de acto de intolerancia, exclusión, marginación y discriminación a cualquier persona, incluyendo los grupos vulnerables de la sociedad, debiéndose adoptar por los Estados medidas positivas para fomentar la tolerancia y medidas tanto administrativas como judiciales para ello.

17. Consejo de los Derechos Humanos de la ONU

17.1 L.9 Rev1 (14/06/11).

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra presentó, en el marco de la sesión anual del Consejo reunida hasta el 25 de marzo de 2011, una declaración (L.9 Rev1 (14/06/11)) firmada por 83 países, y que fuera aprobada el 17 de junio de 2011, en la que exhortan a la comunidad internacional

⁵⁹⁵ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia (29/07/99) párrafo 23. Documento CCPR/C/79/Add.110

⁵⁹⁶ <http://www.unesco.org/tolerance/declaspa.htm>, consultado el 22/05/2002.

a poner fin a las violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género. Colombia presentó una Declaración Conjunta durante el Debate General (Punto 8 de la orden del día – Seguimiento e implementación de la Declaración de Viena y el Programa de Acción) en la que se hizo un llamado a los Estados a poner alto a la violencia, las sanciones penales y aquellas violaciones de derechos humanos relacionadas, basadas en la orientación sexual y la identidad de género de las personas y en la que además, se instó al Consejo de Derechos Humanos a atender estas importantes cuestiones de derechos humanos. La declaración fue entregada en nombre de un grupo grande de 85 Estados de todas las regiones del mundo.⁵⁹⁷

18. Sesión relativa a la violación de Derechos Humanos por Orientación Sexual e Identidad de Género e Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos.⁵⁹⁸

Para el 7 de marzo de 2012, la ONU hizo un llamamiento para terminar con la violencia y la discriminación contra gays, lesbianas, bisexuales y transgénero, al considerarse por parte de Ban Ki-moon, Secretario General de la ONU, que la discriminación basada en la orientación sexual o en la identidad de género es una violación grave de la legislación internacional, ante la discriminación en empleos, escuelas y hospitales, así como ataques, que incluyen la violencia sexual. Por su parte, la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, urgió a los gobiernos a enjuiciar y castigar a quienes perpetúan la discriminación y la violencia contra estas minorías.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ http://amnistia.me/profiles/blogs/83-paises-firman-una?xg_source=activity,
http://www.ighrc.org/sites/default/files/SOGI_Resolution.pdf y
<http://es.scribd.com/doc/58025554/Resolucion-de-la-ONU> consultadas el 12/12/2011.

⁵⁹⁸ http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/search_full.asp?statID=1475 y
http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_en.pdf consultadas el 15/05/2012.

⁵⁹⁹ http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=22884#.UfwQu7lmb_c, consultada el 30/11/2012.

19. Comentarios Generales de los Órganos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.⁶⁰⁰

Estos Órganos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos elaboran “Comentarios” a los cuales se les denomina igualmente “Observaciones Generales”, las cuales ayudan en la definición del alcance de la protección ofrecida en los tratados ratificados en el ámbito de las Naciones Unidas, siendo que dentro de estos se encuentran:

19.1 Comité de los Derechos del Niño.⁶⁰¹

Es peculiar observar cómo dentro de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos que han declarado la inclusión de la identidad de género y la no discriminación por la orientación sexual, se encuentre el Comité de Derechos del Niño, que es un órgano de seguimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, el cual, en su recomendación al gobierno del Reino Unido con respecto a la situación de niños, niñas y adolescentes en la Isla de Man⁶⁰² expresó lo siguiente:

“No discriminación

22. El Comité expresa su preocupación porque, al parecer, la Isla de Man no ha tenido plenamente en cuenta el artículo 2 (el principio general de no discriminación) de la Convención en su legislación, sus decisiones administrativas y judiciales o sus políticas y programas relacionados con los niños. A este respecto, se expresa preocupación ante los insuficientes esfuerzos realizados para combatir la discriminación basada en la orientación sexual. Si bien el Comité toma nota de la intención de la Isla de Man de reducir la edad jurídica de consentimiento

⁶⁰⁰ Los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas son: 1) el Consejo de Derechos Humanos y 2) la Comisión de Derechos Humanos, que fue posteriormente substituida por el Consejo de Derechos Humanos.

En cuanto a los órganos creados por los tratados de derechos humanos, se encuentran nueve que supervisan la aplicación de los principales tratados internacionales de derechos humanos, estos son: 1) el Comité de Derechos Humanos (CCPR), 2) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), 3) el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), 4) el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 5) el Comité contra la Tortura (CAT), 6) la Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), 7) el Comité de los Derechos del Niño (CRC), 8) el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), 9) el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) y 10) el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED).

⁶⁰¹ Creado según mandato contenido en el artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20/11/89. Entró en vigor el 02/09/90. Publicada en la G.O de Venezuela N° 274.888 del 29/08/1990.

⁶⁰² Observaciones Finales: Isla de Man, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, CRC/C/15/Add.134, del 16/10/2000.

para las relaciones homosexuales de 21 a 18 años, le sigue preocupando la disparidad que existe aún entre las edades de consentimiento para relaciones heterosexuales (16 años) y homosexuales.

23. Se recomienda que la Isla de Man tome todas las medidas apropiadas, inclusive de carácter legislativo, para impedir la discriminación por motivos de orientación sexual y cumplir plenamente lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención” (Resaltado añadido).

En el Informe Periódico de Chile en el año 2007, el Comité observó:⁶⁰³

“3. Principios generales (artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención)

La no discriminación

*29. El Comité reconoce las medidas de política adoptadas para contribuir a la aplicación del principio de la no discriminación, en particular en los servicios de salud, pero sigue preocupado porque algunos grupos vulnerables, incluidos los niños indígenas, los niños migrantes y refugiados, los niños con discapacidades, así como los niños de estratos socioeconómicos desfavorecidos y los que viven en zonas rurales siguen siendo víctimas de la discriminación, especialmente por su limitado acceso a la educación (...) Además, preocupa al Comité que las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad, se sigan penalizando, **lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual.***

30. El Comité recomienda que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención, y que adopte una estrategia proactiva e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo, y contra todos los grupos vulnerables en todo el país.” (Resaltado añadido).

19.2 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.⁶⁰⁴

De igual manera, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer publicó en el año 2010 su Comentario General 28,⁶⁰⁵ definió el alcance del Art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, incluyendo referencias a la orientación sexual y a

⁶⁰³ Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 44 de la convención, observaciones finales, Chile, crc/c/chl/co/3, del 23/04/2007.

⁶⁰⁴ Creado según el artículo 17 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 4/180, del 18 de diciembre de 1979. En Venezuela, la Ley aprobatoria de esta Convención, fue publicada en la G.O N° 30.074 Extraordinario del 16/12/1982.

⁶⁰⁵ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>, consultado el 03/12/2010.

la identidad de género como características que han de tomarse en cuenta en la interpretación de este convenio internacional, señalando que:

“La interseccionalidad es un concepto básico para entender el alcance de las obligaciones generales contenidas en el artículo 2. La discriminación de las mujeres que se basa en el sexo y el género está inextricablemente ligada a otros factores que afectan a las mujeres tales como la raza, etnicidad, la religión y las creencias, la salud, la condición social, edad, clase, casta y la orientación sexual e identidad de género. La discriminación basada en el sexo y el género puede afectar a las mujeres que pertenecen a estos grupos en un grado y en formas distintas que a los hombres. Los Estados Partes deben reconocer y prohibir legalmente dichas formas relacionadas de discriminación y su impacto negativo añadido en las mujeres afectadas. También tienen que adoptar y proseguir políticas y programas diseñados para eliminar tales episodios incluyendo, cuando sean apropiadas, medidas especiales temporales, en concordancia con el artículo 4, párrafo 1 de la Convención y la Recomendación General 25”.

19.3 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC).

Este Comité supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siendo que en el año 1999, en Irlanda, acogió *“con beneplácito la adopción de la Ley de igualdad en el empleo de 1998 y del proyecto de ley sobre la igualdad de condición de 1998 que tiene por objeto suprimir algunos aspectos de la discriminación por motivos de género, estado civil, situación de familia, orientación sexual, religión, edad, discapacidad, raza, color, nacionalidad, origen nacional o étnico y pertenencia a la comunidad nómada”*.⁶⁰⁶

Luego para el año 2001, el Comité examinó el informe presentado por China de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (RAE), y reiteró su preocupación porque no se hubiera prohibido la discriminación por orientación

⁶⁰⁶ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Irlanda (14/5/99), párrafo 5. Documento E/C.12/1/Add.35.

sexual,⁶⁰⁷ e instó a la RAE a prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual.⁶⁰⁸

Igualmente, mediante el Comentario General número 20,⁶⁰⁹ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explicó las dificultades y limitaciones que plantea la discriminación al ejercicio efectivo de los derechos protegidos en el Pacto análogo, y declaró que la no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos, siendo a la vez “*esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*”. Del mismo modo indicó, que según el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes deben “*garantizar el ejercicio de los derechos (que en él se enuncian) sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. De este modo, en este comentario general, el Comité incluyó en la interpretación autorizada del Pacto la protección frente a la discriminación por orientación sexual o la identidad de género de la manera siguiente:

“III. MOTIVOS PROHIBIDOS DE DISCRIMINACIÓN

(...)

Orientación sexual e identidad de género

En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo” (Resaltado añadido).

De los comentarios generales de los distintos órganos del sistema universal de protección de los derechos humanos reseñados anteriormente, se observa una tendencia uniforme a prohibir la discriminación por la orientación sexual e

⁶⁰⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Hong Kong): China (21/05/2001), párrafo 15 c). Documento E/C.12/1/Add.58.

⁶⁰⁸ Ibid., párrafo 31.

⁶⁰⁹ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>, consultado el 03/12/2010.

identidad de género; instándose igualmente a los Estados a los cuales se efectuaron las observaciones, a adoptar medidas legislativas tendentes a combatir la discriminación por estas razones; y de ese modo, cumplir con las obligaciones contraídas.

20. Algunas Resoluciones de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género.

Se dictó la Resolución de la Organización de las Naciones Unidas de la Declaración de Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género el 18 de diciembre de 2008, la cual se encuentra firmada por Venezuela junto con otros 65 países y que fuera presentada por Francia, teniendo solamente oposición del Vaticano y los países islámicos.⁶¹⁰

21. La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.⁶¹¹

Lo importante a destacar de este instrumento internacional es que es el primer tratado internacional de derechos humanos que reconoce expresamente la protección frente a la discriminación por orientación sexual, en el Art. 5, el cual señala:

“Artículo 5. Principio de no-discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos a los jóvenes en la presente Convención no admite ninguna discriminación fundada en la raza, el color, el origen nacional, la pertenencia a una minoría nacional, étnica o cultural, el sexo, la orientación sexual, la lengua, la religión, las opiniones, la condición social, las aptitudes físicas, o la discapacidad, el lugar donde se vive, los recursos económicos o cualquier otra condición o circunstancia personal o social del joven que pudiese ser invocada para establecer discriminaciones que afecten la igualdad de derechos y las oportunidades al goce de los mismos.”

No obstante, se debe indicar que este convenio internacional aún no ha sido ratificado por el Estado venezolano.⁶¹²

22. Los Principios de Yogyakarta.⁶¹³

Ya previamente habíamos mencionado la existencia de estos principios, que si bien no tienen carácter vinculante para Venezuela, constituyen una guía

⁶¹⁰ <http://www.un.org/webcast/ga.html>, consultado el 28/08/2008.

⁶¹¹ <http://convencion.oij.org/CIDJpdf.pdf>, consultado el 03/12/2010.

⁶¹² <http://incidejove.org/2010/08/cidj>, consultado el 20/01/2011.

⁶¹³ http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf, consultado el 01/12/2010. Venezuela no es signataria de dichos principios.

importante acerca de cómo interpretar los pactos internacionales de derechos humanos para prevenir y erradicar la discriminación por identidad de género y orientación sexual.

La denominación completa de estos es “Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género”, y se refiere a un documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación de las normas internacionales en materia de derechos humanos vinculados o relativos a la orientación sexual y la identidad de género de las personas, estableciendo las pautas mínimas para que las Organización de las Naciones Unidas y los Estados progresen para garantizar las protecciones todos los derechos humanos a las personas sexodiversas.

Este documento fue elaborado debido a la petición efectuada por Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, siendo redactada en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en derechos humanos y derecho internacional de varios países, dentro de los que se encontraban Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU, integrantes de los órganos de la ONU que dan seguimiento a los tratados, jueces, académicos y activistas por los derechos humanos.

Se presentó el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, y posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas, siendo que se compone de 29 principios precedidos de un preámbulo y seguidos por unas recomendaciones adicionales, en donde se encuentran los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros tratados de derechos humanos, los cuales en muchos países son negados a personas sexodiversas con motivo de su orientación sexual o su identidad de género.

Los principios contenidos en este documento se podrían resumir de la siguiente manera:

En el Preámbulo, se establecen cuáles son las violaciones de derechos humanos que se efectúan en relación a la orientación sexual y la identidad de género, estableciendo un marco de trabajo legal y definiendo los términos más importantes.

El primer principio, se refiere al derecho de disfrutar universalmente de los Derechos Humanos, por el simple hecho de ser “humano”, independientemente las orientaciones sexuales e identidades de género que se posea.

El segundo principio, consagra los derechos a la igualdad y a la no discriminación de todas las personas en el disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, por lo que la ley ha de prohibir toda discriminación y garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier vulneración.

El tercer principio, establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica que incluye la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, lo cual forma parte esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad, por lo que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género, ni será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.

El cuarto principio, se refiere al derecho a la vida, según el cual a nadie se le puede imponer la pena de muerte por actividades sexuales de cualquier tipo realizadas de mutuo acuerdo.

El quinto principio, es el relativo al derecho a la seguridad personal, en el que se establece que toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o agresión contra su integridad personal.

El sexto principio, el concerniente al derecho a la privacidad, señalándose que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el este derecho, sin que existan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada; incluyendo el derecho a optar por revelar o no la propia

orientación sexual o identidad de género, así como también las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas.

El séptimo principio, toca lo referente al derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente, siendo arbitrario el arresto o la detención, cuando se realiza este por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El octavo principio, es el vinculado al derecho a un juicio justo de toda persona, en condiciones de plena igualdad y con las debidas garantías, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El noveno principio, es el derecho a que toda persona privada de su libertad a sea tratada humanamente y con dignidad con independencia de su orientación sexual o identidad de género, conceptos estos que son fundamentales para la dignidad de toda persona.

El décimo principio, establece el derecho de toda persona a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluso por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

El onceavo principio consagra el derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta, trata de personas y cualquier forma de explotación, incluyendo la explotación sexual, basadas en una orientación sexual o identidad de género.

El doceavo principio se refiere al derecho al trabajo de toda persona a ser realizado de manera digna, en condiciones equitativas y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El décimo tercer principio, es el concerniente al derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social de todos los individuos, es decir, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El décimo cuarto principio, desarrolla el derecho a un nivel de vida adecuado de todo ser humano, incluyendo una alimentación adecuada, agua

potable, servicios sanitarios y vestimenta adecuadas, así como a la mejora continua de sus condiciones de vida, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El décimo quinto principio, toca el derecho a una vivienda adecuada, incluyendo la protección contra el desalojo, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

El décimo sexto principio, es el concerniente al derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia éstas.

El décimo séptimo principio, establece el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, tanto física como mental, la cual debe ser dada sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y con derecho de consentimiento informado, en donde la salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental.

El décimo octavo principio, hace mención a la protección contra abusos médicos, por lo que ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, con motivo de su orientación sexual o identidad de género, lo cual es así con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario en relación a cualquier tipo de orientación sexual e identidad de género de una persona, las cuales no son, en sí mismas, condiciones médicas, por lo que no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas.

El décimo noveno principio, es el derecho a la libertad de opinión y de expresión, lo cual incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin consideración a las fronteras.

El vigésimo principio, establece el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, incluyendo las manifestaciones pacíficas relacionadas con la

orientación sexual o la identidad de género, por lo que se pueden formar y hacer reconocer, sin discriminación, asociaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género, así como asociaciones que distribuyan información sobre o a personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, que faciliten la comunicación entre estas personas y aboguen por sus derechos.

El vigésimo primer principio, es el referente al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, lo cuales no pueden ser invocados por el Estado para justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a una igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El vigésimo segundo principio, corresponde al derecho a la libertad de movimiento, la cual nunca podrá ser limitada o impedida para el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, por su orientación sexual o su identidad de género, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana.

El vigésimo tercer principio, atañe al derecho a procurar asilo y a obtenerlo en cualquier país, en aquellos casos de persecución relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, así como que no se podrá expulsar a una persona a otro Estado del que se sospeche fundadamente en el que esa persona pudiera sufrir cualquier forma de penas o tratos crueles o degradantes a causa de su orientación sexual o identidad de género.

El vigésimo cuarto principio, concierne al derecho a formar una familia, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través de la adopción o por medio de la reproducción asistida, en razón de que existen diversas configuraciones de familias, por lo que ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

El vigésimo quinto principio, se relaciona con el derecho a participar en la vida pública, lo cual incluye el derecho a postularse a cargos públicos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar, así como a tener acceso a todos los niveles de las funciones y empleos públicos, incluyendo el servicio en la

policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El vigésimo sexto principio, trata el derecho a participar en la vida cultural, para lo cual se puede expresar a través de las distintas manifestaciones artísticas y culturales que reflejen la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género.

El vigésimo séptimo principio, desarrolla el derecho a promover los derechos humanos, lo cual incluye las actividades dirigidas a promover y proteger los derechos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género.

El vigésimo octavo principio, expone el derecho a los recursos judiciales y resarcimientos efectivos por violaciones de derechos, brindando las correspondientes reparaciones a las personas que les hayan sido violados sus derechos por motivo de su orientación sexual o identidad de género.

Finalmente el vigésimo noveno principio, es lo concerniente a la responsabilidad penal ante la violación de los derechos humanos, incluyendo los a los que hace mención estos Principios, donde el violador sea responsabilizado penalmente por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación, por lo que no deberá haber impunidad para autores de violaciones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

23. La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

Otro instrumento internacional relevante es la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos que fuera aprobada y adoptada en Guayaquil, el 26 de julio de 2002, habiendo sido suscrita por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Aunque Venezuela se encuentra actualmente retirada de la Comunidad Andina de Naciones, este instrumento de derechos humanos se debe considerar incorporado a nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con los Art.(s) 19, 21, 23 y 153 de la CRBV.

El preámbulo de la Carta Andina afirma que *“los derechos humanos son inmanentes a todos los seres humanos, quienes son libres e iguales en dignidad y*

derechos”, lo cual se debe concatenar con los Art.(s) 3 y 10 *eiusdem* que establecen:

“Artículo 3°.- Afirman el principio de que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados y que, en consecuencia, debe prestarse igual y decidida atención a la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo (cursiva añadida).

Artículo 10°.- Reafirman su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de tolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y, deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial.”

Además se debe tomar en cuenta que la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos forma parte de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos denomina el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, y por lo tanto el estado venezolano debe cumplir los compromisos en ella asumidos.

24. Algunas Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), sobre la orientación sexual e identidad de género.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha elaborado varias resoluciones en las que se pronuncia a favor de la protección de los derechos de las personas discriminadas a causa de su orientación sexual o identidad de género, las cuales han sido aprobadas en forma unánime por los Estados miembros, incluyendo a Venezuela, estas son:

24.1 Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)⁶¹⁴

Esta Resolución denominada “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, fue aprobada en la 38va. Asamblea General de la OEA, realizada en Medellín, Colombia, el 3 de junio de 2008, mediante la Resolución 2.435, siendo asumida por consenso de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos sobre las violaciones de derechos humanos en razón de la orientación sexual o la identidad de expresión de género de las personas.

⁶¹⁴ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6980.odf>, consultado el 05/12/2010.

Este texto es breve y conciso, en el que se reafirman los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, donde el tema central es “Manifestar la preocupación de la Asamblea General por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidas contra los individuos a causa de su orientación sexual o identidad de género”, por lo que se encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la OEA que incluyera el tema “Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género” en la agenda, así como se solicitó al Consejo Permanente que informara a la Asamblea General en su trigésimo noveno período ordinario de sesiones, sobre el cumplimiento de esta Resolución.

24.2 Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)⁶¹⁵

Del mismo modo para el 4 de junio de 2009, en la Asamblea General realizada en la ciudad de San Pedro Sula, Honduras, se aprobó la Resolución AG/RES. 2405 (XXXIX -0/09), titulada de la misma manera que la anterior, y que condenó los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos consumados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, instando a los Estados a asegurar que se investigasen estos actos de violencia, y que los responsables enfrentasen las consecuencias ante la justicia, así como de asegurar una protección adecuada a los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.

Igualmente se solicita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los demás órganos del sistema interamericano que siguieran prestando la adecuada atención al tema, motivo por el cual se reiteró a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la OEA que incluyera en su agenda, antes del cuadragésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General que era el período siguiente, el tema “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”; y, finalmente, solicitó al Consejo Permanente que informara a la Asamblea General, en su trigésimo noveno período ordinario de sesiones, sobre el

⁶¹⁵ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7231/pdf>, consultado el 05/12/2010.

cumplimiento de la misma, cuya ejecución estaría sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa-presupuesto de la Organización y otros recursos.

24.3 Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10)⁶¹⁶

Otra de las resoluciones sobre el mismo tema, es la AG/RES. 2600 (XL-O/10), que fuera aprobada durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA, llevado a cabo en la ciudad de Lima, Perú, el 8 de junio de 2010; y cuyo texto reitera los términos de las resoluciones anteriores.

Esta resolución fue presentada por Brasil y copatrocinada por Bolivia, debiéndose resaltar que no sólo condena los actos de violencia y violaciones de derechos humanos cometidas contra las personas por razón de su orientación sexual e identidad de género, sino que además expresa su preocupación por la violencia que enfrentan los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con tales violaciones; así como también insta a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para combatir las violaciones por orientación sexual e identidad de género, garantizando el pleno acceso a la justicia para sus víctimas; y pidiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que considerara la posibilidad de realizar un estudio temático.

24.4 Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11)⁶¹⁷

Esta Resolución fue aprobada el 7 de junio de 2011, en la cuarta sesión plenaria, celebrada en San Salvador, reproduciendo en gran medida el contenido de las anteriores y resaltando la necesidad que los Estados adoptasen políticas públicas contra la discriminación de las personas por causa de su orientación sexual e identidad de género. Del mismo modo, se solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tuviera especial atención al plan de trabajo denominado “Derechos de las personas LGTBI”, y preparase el respectivo informe hemisférico sobre la materia.

⁶¹⁶ <http://www.ciem.ucr.ac.cr/documentos/resolucion2010.pdf>, consultado el 05/12/2010.

⁶¹⁷ http://www.mulabi.org/articulos_para_la_pagina/comunicado%20san%20salvador.pdf, consultado el 25/07/2011.

Vistas estas Resoluciones y siendo que Venezuela las apoyó y aprobó dentro de este marco continental, así como en aquellas presentadas en el marco de la ONU, nuestro país ha expresado su voluntad política inequívoca de actuar frente a la discriminación y violencia por orientación sexual e identidad de género y asumir el compromiso de adoptar políticas públicas orientadas a la erradicación de toda práctica discriminatoria por estos motivos, es que existen estas obligaciones que deben ser acatadas y cumplidas en protección de los intersexuales, transexuales, transgéneros y demás personas sexodiversas.

En razón de todo esto, los derechos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género se encuentran plenamente incluidos en la protección que ofrecen los estándares internacionales de Derechos Humanos y esta protección, vincula al Estado venezolano a tomar medidas de toda índole (presupuestaria, legislativa, administrativa, judicial y de cualesquier otro tipo) para asegurar el respeto total y sin limitaciones de los derechos de este grupo de personas.

24.5 Resolución AG/RES 2721 (XLII-O/12)⁶¹⁸

Esta Resolución aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012, reiteró las anteriores resoluciones mencionadas vinculadas a todos los derechos y libertades sin distinción de cualquier naturaleza, tomando en cuenta el Segundo Informe de la CIDH sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, que promueven y defienden los derechos humanos de las personas lesbianas, gay, trans, bisexuales e intersex, para condenar cualquier tipo de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a eliminar, las barreras que enfrentan estas personas, asegurar su protección, condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra estas personas, solicitar a la CIDH un estudio sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados Miembros, y solicitar al Consejo Permanente que informe a la Asamblea General, sobre la implementación de esta resolución.

⁶¹⁸ http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf, consultado el 04/06/2012.

25. Normativa nacional que regula el tema.

Ya hemos señalado que nuestra Constitución reconoce los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la persona, a la identidad, a la igualdad así como muchos otros relacionados. Por lo que hemos de entender que la libre orientación sexual constituye uno de los ámbitos de libertad protegidos por el derecho al libre desarrollo de la persona, además de estar protegida por la dignidad humana y por el derecho a la igualdad.

Sin embargo en opinión de T. Adrián considera que *“(e)n el momento actual, (...) las y los activistas de los derechos de la diversidad sexual tenemos la percepción y el conocimiento de que durante los últimos años los órganos del Estado Venezolano, incluyendo el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, han desechado, bloqueado o, simplemente, silenciado sistemáticamente todas las iniciativas y requerimientos de la sociedad civil para exigir la eliminación de las disposiciones legales que niegan, limitan, o excluyen de derechos a las personas por razones de su orientación sexual, o su identidad de género. Inclusive, en algunos casos, han introducido en las leyes disposiciones nuevas que tienden a enfatizar la negación de derechos por tal razón, al tiempo que no se ha implementado ninguna clase de políticas públicas en materia de formación, información y educación hacia la tolerancia y el respeto de la sexo-diversidad.”*⁶¹⁹

25.1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A lo largo de éste capítulo y los capítulos anteriores, hemos observado cómo en Venezuela, constitucionalmente se establecen derechos y garantías para todos los habitantes de la República, estableciéndose taxativamente la obligación del Estado de garantizar el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna (Art. 19 de la CRBV); asimismo, el Art. 21 *eiusdem* prohíbe la discriminación en todas sus formas; y finalmente el Art. 23, consagra el

⁶¹⁹ **ADRIÁN, T.** *Supresión de las disposiciones legales que segregan y limitan derechos a las comunidades LGTTI en Venezuela: una deuda no cumplida.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 69-76.

rango supraconstitucional de los tratados sobre la materia de derechos humanos, la garantía de estos derechos y la cláusula abierta a los derechos humanos.⁶²⁰

De todo esto, se observa el reconocimiento de las normas internacionales favorables para los derechos humanos, las cuales una vez suscritas y ratificadas por el Estado venezolano, se entienden incorporadas al ordenamiento interno, de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de la Administración, sin que requieran al efecto, de medidas normativas de desarrollo.

25.2 Otros instrumentos legales en el ordenamiento jurídico venezolano.

Como desarrollo de la normativa constitucional y legal, el se encuentra la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo,⁶²¹ que aunque no consagre expresamente la prohibición de discriminación por causa de orientación sexual o identidad de género, lo incorpora de manera discreta al disponer la obligación para los empleadores de abstenerse de asumir conductas discriminatorias y respetar “la libertad de conciencia y expresión de los trabajadores” (Art. 56), lo cual se debe vincular además con el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo⁶²² que prohíbe expresamente la discriminación en el lugar de trabajo “por preferencias sexuales” (Art. 9) y que fuera la primera normativa que expresamente mencionara el tema.

Más recientemente se encuentra la aprobación por parte del Ministerio del Poder Popular del Interior, de Justicia y Paz, de la Resolución N° 286, de 19 de noviembre de 2010, titulada “Normas Relativas a los Derechos de las Mujeres, a la Igualdad y Equidad de Género en los Cuerpos de Policía Nacional Bolivariana y demás Cuerpos de Policía Estadales y Municipales”⁶²³ que contiene la prohibición de discriminar por la orientación sexual y la identidad de género en los cuerpos policiales, aun en los procedimientos de reclutamiento y en las condiciones del desarrollo de carrera de los y las funcionarias policiales de todo el país; tanto

⁶²⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la G.O N° 5.453 del 24/03/2000, reforma parcial publicada en G.O N° 5.908 Extraordinario del 19/02/2009 con la enmienda N° 1 (de los artículos 160, 162, 174 y 230).

⁶²¹ Publicado en la G.O N°38.236 del 26/07/2005.

⁶²² Publicado en la G.O N° 38.426 del 28/04/2006.

⁶²³ Publicada en la G.O N° 39.556 del 19 /11/2010.

como en su trato a la ciudadanía. Esta Resolución es relevante por realizar un reconocimiento expreso de las personas sexodiversas como población vulnerable, además de constituir una política pública orientada a erradicar, los abusos policiales y fomentar una cultura de igualdad.

Igualmente en el año 2010, se aprobó la Ley del Poder Popular⁶²⁴ en cuyo Art. 4 se puede leer:

“Artículo 4.- Finalidad

*El Poder Popular tiene por finalidad garantizar la vida y el bienestar social del pueblo, mediante la creación de mecanismos para su desarrollo social y espiritual, procurando la igualdad de condiciones para que todos y todas desarrollen libremente su personalidad, dirijan su destino, disfruten los derechos humanos y alcancen la suprema felicidad social; sin discriminaciones por motivos de origen étnico, religioso, condición social, sexo, **orientación sexual, identidad y expresión de género**, idioma, opinión política, nacionalidad u origen, edad, posición económica, condición de discapacidad o cualquier otra circunstancia personal, jurídica o social, que tenga por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y garantías constitucionales”.*(Resaltado añadido).

Además en el Art. 24 de esta ley, se establece que las personas sexodiversas pueden organizarse en las distintas instancias creadas en dicho cuerpo normativo y el Estado está obligado a actuar en correspondencia de las demandas de los ciudadanos a través de las distintas formas de organización del poder popular.

25.3 Posición adoptada por los órganos del Estado venezolano.

En cuanto a las políticas públicas adoptadas por el Estado y dirigidas a la población sexodiversa han sido escasas y desvinculadas, realizándose actuaciones aisladas en este sentido.

Por una parte en el 2005 se creó la primera Oficina Metropolitana de Atención a las Personas LGBTTI,⁶²⁵ como una dependencia de la Dirección General de Atención al Soberano, en la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, teniendo actuaciones puntuales, pero sin una acción sistemática, ni orientada por un objetivo general claro o nítidamente establecido, sino que el

⁶²⁴ Publicada en la G.O N° 6.011 Extraordinario del 21/12/ 2010.

⁶²⁵ <http://tertuliasdsx.blogspot.com/2008/12/aporte-la-historia-del-movimiento-lgbt.html>, consultado el 10/01/2011.

trabajo realizado se difuminó en labores asistenciales, las cuales no siempre estaban dirigidas a la población a la cual se suponía atendiera de manera prioritaria.

También nos encontramos y como ya mencionamos que el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores, Justicia y Paz, dictó la Resolución de “Normas relativas a los Derechos de las mujeres, a la igualdad y equidad de género en los cuerpos de policía Estadales y Municipales”, las cuales fueron publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.556 de 19 de noviembre de 2010, en las que se reconoce el deber del Estado venezolano de garantizar los derechos humanos de la ciudadanía, en especial la integridad personal priorizando a las mujeres y a las personas sexodiversas, bien sea que acudan al servicio policial o al ser objeto de detención, resaltando el hecho de que no debe existir discriminación por razones de género ni fundadas en el sexo, para de ese modo erradicar los estereotipos de género y la visión androcéntrica que reproduce estereotipos sexuales.

Igualmente, en mayo de 2010, la Defensoría del Pueblo organizó el I Seminario Internacional “Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos”⁶²⁶, como parte de un convenio de cooperación técnica suscrito con el CENESEX, de Cuba, contando con la participación de autoridades nacionales y de diversos países de América Latina, con experiencia reconocida y logros en el campo de los derechos humanos de la Diversidad Sexual, así como haberse invitado a representantes de distintas instituciones del Estado venezolano, con el fin de sensibilizarlas con respecto a este tema y facilitar la formulación de propuestas de política pública dirigidas a la población sexodiversa, realizando posteriormente una consultoría para la transversalización del tema de la diversidad sexual en las áreas competentes de la institución. Sin embargo, esta fue una actuación aislada, ya que posteriormente no ha realizado ninguna actividad, así como tampoco se ha pronunciado sobre la solicitud de creación de una defensoría especial sobre la materia.

⁶²⁶ http://www.defensoria.gob.ve/index.php?option=com_content&view, consultado el 25/11/2010.

Asimismo, el Ministerio del Poder Popular de las Comunas, en lo relativo a los derechos y la inclusión de las personas transgénero, las atiende a través de su programa dirigido a las poblaciones especialmente vulnerables, que se ejecuta desde la Dirección General de Atención a los Grupos Sociales Vulnerados, del Viceministerio de protección social, tratándose de un programa de inserción laboral a través de la Misión Negra Hipólita.⁶²⁷

Finalmente está el Decreto Presidencial N° 364 de Norma Oficial para la Atención Integral de la Salud Sexual Reproductiva, publicada en la G.O. N° 37.705 de 5 de junio de 2003, en las que se establecen los lineamientos estratégicos, el reglamento técnico y el manual de procedimientos, para la promoción y desarrollo de la salud sexual y reproductiva en establecimientos públicos y privados.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IX.

En Venezuela al tomar en cuenta lo establecido en los Art.(s) 2, 3, 19, 20, 21.2, 22 y 23 de la CRBV; los Art.(s) 3, 5, 7, 8, 16, 28, 32, 33, 35, 36, 41, 43, 48, 50, 56 y 65 de la LOPNNA; el Capítulo III del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que establece explícitamente la no discriminación por orientación sexual; y el Decreto Presidencial N° 364 de Norma Oficial para la Atención Integral de la Salud Sexual Reproductiva, publicada en la G.O. N° 17.705 de 3 de junio de 2003; así como al considerar el marco internacional de los Derechos Humanos, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y que Venezuela ha suscrito prácticamente todos los tratados, pactos y convenios que lo obligan a *“respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en esos instrumentos legales, sin distinción alguna...”*(Art. 2 del PIDCP).

Siendo que el marco legal nacional, entre las garantías individuales previstas en la Constitución se reconoce el derecho a la no discriminación y el derecho a la salud, aunado a todas las consideraciones precedentes, es indiscutible que se debe amparar la protección integral del libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, de un ejercicio equitativo de otros derechos,

⁶²⁷ Esta información estuvo disponible en la web del Ministerio del Poder Popular para las Comunas durante algunos días sin embargo posteriormente no estuvo disponible en <http://anodis.com/nota/17120.asp>, consultado el 10/12/2010.

como el de la salud, de las personas travestistas, transgénéricas y transexuales, considerando que la discordancia del sexo con la identidad de género es una condición humana y que como tal debe abordarse como aspecto del derecho de la personalidad que debe tener una solución desde el punto de vista legal, ya que los derechos de la personalidad forman un conjunto de derechos que son la esencia misma de la persona en su calidad de ser humano, tales como la vida, el honor, la integridad física, la salud y la sexualidad, entre otros, siendo que los derechos de la personalidad son originarios, esenciales, absolutos e innatos, además de que son imprescriptibles e irrenunciables y, por lo tanto, confieren a la persona misma la facultad para exigir del Estado la protección y garantía del ejercicio de este tipo de derechos, cualesquiera que sean las particularidades de su condición humana, considerando cualidades como la identidad de género, la que se convierte en componente fundamental para la existencia y desarrollo de la vida de la persona, así como para exigir respeto a las cualidades que integran dicha categoría, es que se le debe brindar una protección.

Por estos motivos, el legislador no puede pasar por alto condiciones humanas trascendentes en la vida cotidiana de las personas transexuales, transgénéricas y travestistas para que puedan adquirir seguridad jurídica y ciudadanía plena de acuerdo a su identidad de género.

Esto implica cambios sustanciales en los ordenamientos vigentes, los cuales deben adicionar dos conceptos fundamentales en la materia, como son la identidad de género y el rol de género, para que estos términos, una vez identificados con el derecho a la personalidad, sean reconocidos como parte inherente a las personas y sean salvaguardados por la legislación local.

En definitiva, es claro que el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual se encuentra protegido en distintos tratados, instrumentos y Resoluciones de derechos humanos, ratificados, suscritos y aprobados por Venezuela, protección que implica a distintos órganos del sistema universal de protección de derechos humanos que se sostienen en el cumplimiento de los tratados internacionales que establecen que las personas no pueden ser discriminadas por orientación sexual o identidad de género.

Los tratados de derechos humanos, tienen una especial naturaleza pues su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de las personas, los cuales son un límite para la actuación del Estado y por ello, no caben actos unilaterales que pretendan liberar al Estado del cumplimiento de los derechos esenciales del ser humano.

Por ello, es que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se opone a las reservas o declaraciones interpretativas que tengan por objeto circunscribir el cumplimiento de las obligaciones internacionales al derecho interno, sobre todo al considerar que los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí. De allí, que la orientación sexual y la identidad de género, pertenecen a la esfera de la libertad humana y están protegidas por la Constitución.

El derecho a la dignidad, que ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico, impide discriminar o negar el derecho a la identidad personal por razón de orientación sexual o identidad de género, sobre todo al considerar que el derecho a la identidad personal es un atributo esencial del ser humano.

Lamentablemente Venezuela se encuentra rezagada en relación con el resto y mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, en especial los occidentales, cuando observamos que en América Latina, es específico Argentina, Chile, Cuba, Ecuador, Panamá y Puerto Rico han introducido avances para despenalizar la homosexualidad y regular la situación de los transexuales, incluso en Colombia, Costa Rica y México, se han redactado instrumentos para penalizar la discriminación por orientación sexual, así como Bolivia está a punto de dictar una ley similar.⁶²⁸

Hay leyes de identidad de género que permiten el reconocimiento de la identidad, incluso sin necesidad de operaciones genitales, en México y Uruguay. Los países que le han dado soluciones judiciales han sido Argentina, Chile y Ecuador, entre otros. Por otro lado, la mayoría de los países latinoamericanos permiten el cambio de nombre simple sin justificación en especial para todas las

⁶²⁸ **DEFENSORÍA DEL PUEBLO.** *Elementos conceptuales, psicosociales y políticos para una política de defensa y protección de los derechos humanos de las Minorías Sexuales. Op. Cit.*, pp. 56-57.

personas antes de la reasignación genital, como ocurre, entre otros, en Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Otros países reconocen el derecho de las personas transexuales que han tenido una resignación quirúrgica de sexo al cambio integral de su identidad, por medio de la cancelación de su partida de nacimiento original y otorgamiento de una nueva partida de nacimiento, y modificación de todos los documentos históricos relevantes, como constancias de estudios, diplomas, para permitir el ejercicio de la ciudadanía en condiciones de igualdad, tal como ocurre en Colombia, Ecuador, Argentina y Brasil, entre otros. También hay países que permiten que se logre a través de un cambio administrativo expedito de identidad, por modificación del registro original y se puede pedir reserva de algunos datos históricos sobre el sexo originario, tal como ocurre en Panamá. No obstante, en otras naciones permiten el cambio de nombre sin que ello implique el cambio de sexo, como ocurre en Puerto Rico y Perú.⁶²⁹

⁶²⁹ **ADRIÁN, T.** *Supresión de las disposiciones legales que segregan y limitan derechos a las comunidades LGTTI en Venezuela: una deuda no cumplida.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012, pp. 69-73.

CAPÍTULO X

POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS

*Enfrentarse, siempre enfrentarse,
es el modo de resolver el problema.
¡Enfrentarse a él!
(Joseph Conrad)*

1. Consideraciones de tipo procesal.

Los derechos humanos, constitucionales o fundamentales, forman parte del ordenamiento jurídico, y dentro de estos se encuentran los instrumentos procesales generales (proceso ordinario) o específicos (amparo, habeas corpus, etc.) que se dan al ciudadano para que se defiendan y a su vez pueda defender estos derechos y otros. De tal manera es evidente el papel que desempeñan las garantías procesales para hacer realidad los derechos, sobre todo porque sirven de vinculación entre la consagración de dichos derechos y su efectividad en la vida cotidiana.

Por ello, los mecanismos procesales de garantía de estos derechos constitucionales deben tratar de ser lo más eficientes y efectivos posibles, a través de una buena implementación de una técnica legislativa adecuada y una buena organización del poder judicial.

Esto se hace más palpable y evidente ante la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación específica sobre la intersexualidad, transexualidad y los transgéneros, el cambio de sexo y nombre o la reasignación quirúrgica de sexo, por lo que se debe tratar de encontrar una vía que permita además del cambio de nombre y la rectificación de la indicación del sexo del intersexual, transexual o transgénero en el registro civil, que abarque los demás aspectos que se encuentran involucrados y que ya hemos tratado en los capítulos anteriores y que tiene que ver con los otros tipos de documentación y relaciones jurídicas.

La situación que se presenta con los transexuales, transgéneros e intersexuales, debe tener algún tipo de solución, sobre todo porque sería ilógico pensar que, por ejemplo, en el caso de los transexuales se pueda seguir partiendo de la idea errónea de que al estar definido el sexo en el ámbito corporal, que el

cambio quirúrgico del mismo dependa de la voluntad del sujeto, lo cual no tienen sentido ya que difícilmente un individuo buscaría este tipo de padecimiento por el puro gusto o voluntariedad, aunado al hecho de que el sexo trasciende el elemento físico.⁶³⁰

Ya hemos mencionado que la situación de estas personas presenta las discordancias que pueden existir en relación a este aspecto estático de la identidad, por lo que la adecuación de la dicotomía que se presenta y que influye en el derecho a la identidad debe tener alguna solución, aunque algunos autores sostienen que en razón del orden público, el interés social y las buenas costumbres se impone un límite a la libertad personal, y que la intervención quirúrgica de cambio de sexo no garantizan un total cambio físico y psicológico, y que permitirles esta adecuación jurídica podría afectar los derechos de otras personas.⁶³¹

Por ello, aunque existan argumentos jurídicos en contra de permitir este tipo de cambios legales, en razón del derecho a la identidad, el derecho a la salud y la identidad sexual, el derecho a realizarse como persona, así como los demás derechos tratados en este trabajo, se justificaría jurídicamente el cambio legal de sexo y de nombre y demás documentaciones, por lo que en amparo de esos derechos personalísimos de la persona, hacen que las razones que se puedan dar para que una persona no pueda efectuar estos cambios pierdan fuerza.⁶³²

Consideramos innegable que se debe permitir a este grupo de personas en una situación particular, el poder realizar el cambio de sexo y de nombre, así como de su documentación, fundamentados en los derechos mencionados en los capítulos anteriores, con lo cual se exige la adecuación de la parte estática a la

⁶³⁰ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. N° 130. Caracas, Venezuela, 2007, pp. 60-62.

⁶³¹ Entre estos autores estaría Fernández Sessarego, López-Galiacho Perona y María Candelaria Domínguez Guillén, tal como se indica en **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit. p. 61. En este punto se considera importante resaltar que en el caso *Cossey vs. Reino Unido* de 27/09/1990, la Corte Europea de Derechos del Hombre indicó que “*la transexualidad sigue presentado complejos problemas de orden científico, jurídico, moral y social, para los que no existe una solución generalmente aceptada en los Estados Contratantes*”.

⁶³² Al respecto se puede ver a **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit., pp. 61-62.

dinámica de la identidad, dado el carácter enunciativo de los derechos de la persona y de conformidad con lo que se encuentra consagrado en el Art. 22 de la CRBV, por lo que cualquier argumentación jurídica que se dé para justificar la procedencia de este tipo de acciones sería válida, ya que con ello se resuelve el trastorno de género que trasciende la voluntad del sujeto, y que el derecho debe resolver, ya que éste existe por y para la persona.⁶³³

Los tribunales se deberán basar en conceptos pluridisciplinarios, bioéticos, médicos, psicológicos y sociológicos, para señalar que el criterio de atribución de sexo en los casos de intersexualidad, transexualidad o los transgéneros, debe determinarse por la coherencia entre el sexo psicológico autoperceptivo o género (como elemento inseparable de la dignidad humana), y de otros elementos posibles con los que se pueda contar para efectuar la determinación del sexo, sin darle prioridad a ninguno en especial, sino analizarlos a todos en su conjunto, tomando en cuenta el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. De esta manera, se podrá estimar que no se trata de un cambio de sexo o de un cambio de identidad, sino de una adecuación de identidad debido a la adaptación del cuerpo a la identidad psicosocial de la persona y, por ello, a la adecuación y reconocimiento legal que debe acompañarle en cuanto a su identidad psicosocial, por lo que se trataría de un reconocimiento del sexo y de la identidad.

Además, en el derecho occidental (jurisprudencia, administración y leyes), no existe duda ni se discute sobre si la persona intersexual o transexual (mucho más la ya operada) tiene o no derecho a la reasignación legal en el sexo al que ha sido reasignada, ya que se trata de una condición médicamente reconocida con un

⁶³³ En este sentido se pronuncia **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria**. *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo*. Op. Cit., pp. 63-64. El Tribunal Constitucional español en decisión de 15/06/1999, justificó el cambio registral sobre la base del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y señaló que “*los preceptos (constitucionales) son de obligatoria observancia por los órganos judiciales y el artículo 10.1 de la Constitución Española establece como derechos fundamentales de la persona, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, término éste que en una proyección hermenéutica autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no implique o suponga delito o cuando menos ilícito civil, supuestos que en este caso no concurren*”. Igualmente en el caso *Rees vs. Reino Unido* de 17/10/1986, la Corte Europea de Derechos del Hombre indicó que “*un estado que se niega a reconocer el nuevo estatuto de un transexual después de un tratamiento médico que desemboca en un cambio de sexo no respeta la vida privada*”, lo que sería contrario a los Art. 8 y 12 del Convenio de Roma de 19/06/1980.

protocolo de tratamiento también reconocido,⁶³⁴ que implica la reasignación física, social y legal, con lo que la negativa a reconocer el cambio de la situación legal llevaría a desconocer y negar los derechos humanos tantas veces mencionados, al tiempo condenaría a un limbo jurídico a estas personas.

Por ello, el principal problema consiste en cómo dar una vía adecuada para que se pueda efectuar la reasignación legal de todos sus documentos y registros, así como de mantener la confidencialidad de los asientos originales y de esta manera puedan obtener el goce efectivo de todos sus derechos como persona y, en particular, de sus derechos inherentes al sexo en que ha sido reasignada y que se le debe reconocer legalmente.

Así, tenemos que tomar en cuenta que en Venezuela no existen disposiciones que permitan depurar adecuadamente el registro de personas en caso de una reasignación de sexo siguiendo el protocolo médicamente reconocido para los casos de trastorno de identidad de género, ni el caso de los intersexuales, como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, en los cuales a través de simples mecanismos administrativos y, en algunos casos judiciales, por medio de una simple manifestación de voluntad del interesado, y sin que sea necesario que se produzca una afectación de derechos, permiten esta adecuación legal, teniendo algunos de estos países una normativa especial que regula la materia.

Primera solución posible (procedimiento de rectificación de partidas)

En algunos países, como Francia, en contraposición con la acción de estado ante la falta de legislación específica sobre el caso de la transexualidad han considerado que se trata de una acción de rectificación de la mención del sexo y no de una acción de estado civil, para lo cual no han tomado en cuenta la objeción que supone el considerar el principio de indisponibilidad del estado de las personas, sino que se parte de la noción compleja del sexo y de que la diferenciación sexual de las personas no recae en la apariencia externa ni sobre el sexo genético, sino haciendo predominar, en el caso de los transexuales, su sexo

⁶³⁴ CIE-10 y demás aspectos que se tratan en el Capítulo I.

psicológico y su comportamiento social.⁶³⁵

La legislación venezolana, al igual que la mayoría de los ordenamientos registrales comparados, no menciona expresamente los supuestos de hecho sobre los cuales se debe intentar la acción rectificatoria (Art. 50 de la LORC anteriormente el Art. 462 del CC), por lo que nuestro sistema legal de rectificación procede siempre para subsanar inexactitudes o llenar vacíos omitidos.⁶³⁶

Usualmente son las inexactitudes las que dan origen al mayor número de juicios o procedimientos de rectificación, como lo serían la alteración en los nombres y apellidos, en las firmas de quienes suscriben el acta o errores en el sexo, domicilio y profesión de los declarantes, partes o testigos. Así, cuando el acta contiene inexactitudes que no son sólo las afirmaciones falsas, sino también las afirmaciones contrarias a las presunciones *iuris et de iure* y las afirmaciones contrarias a las presunciones *iuris tantum* que no hayan sido legalmente desvirtuadas, este proceso no es el adecuado. Por ello, cuando la partida no contiene errores, omisiones ni menciones prohibidas, su rectificación no es procedente, como sería el caso alegar que se usa otro nombre o apellido durante la mayor parte de su vida, ya que ello es lo que producirá los efectos de la acción de estado.⁶³⁷ Salvo en los casos de nombres ridículos y vergonzosos, (Art. 146 LORC), así como cuando a solicitud del adoptante o adoptantes el Tribunal de adopción acuerda la modificación del nombre de pila del adoptado cuando este sea soltero y menor de edad en la fecha de solicitud de la adopción y previo consentimiento del adoptado mayor de 12 años cuando no está imposibilitado permanentemente de hacerlo (Art.(s) 494 literal C, 500 y 501 de la LOPNNA, como lo establecía antes el Art. 53 Ley de Adopción), no está permitido el cambio de nombre.

Se puede pensar que no se debe aplicar el procedimiento de rectificación de partidas porque es sólo para errores materiales (errores, omisiones o

⁶³⁵ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *la Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España, 2008, pp. 188-191.

⁶³⁶ **Código Civil de Venezuela. Artículos 474 al 523.** Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1978, pp. 329-330.

⁶³⁷ **Código Civil de Venezuela. Op. Cit.** pp. 3340-336.

menciones prohibidas) y no para el pseudohermafroditismo y transexualismo que son de índole de determinación o cambio legal de sexo, nombre y demás documentación relacionada, con lo que se evidencia que va más allá de lo que se puede obtener por esta acción judicial. Por otro lado, el procedimiento de inserción de partidas será para cuando hay inexistencia de la partida por haberse perdido o destruido total o parcialmente en donde se puede encajar forzosamente estos casos.⁶³⁸

La jurisprudencia anteriormente había establecido que no puede rectificarse el nombre o el apellido cuando no hay error material aunque esta persona durante el transcurso de su vida haya usado otro nombre, o que su nombre sea ofensivo, ridículo o vergonzoso, siendo que como mencionamos anteriormente ello cambio con la actual LORC. No obstante, si la madre dice el sexo erróneo deliberadamente no hay error material sino una declaración falsa, por lo que se deberá tachar el documento mediante el juicio de tacha y no esta vía. Todo esto es por las características que tiene el nombre civil y donde importa al interés público, y como consecuencia de esto es que se considera: a) necesario, b) indisponible y c) imprescriptible.

⁶³⁸ El Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial Del Estado Nueva Esparta, decidió que *“el control difuso de constitucionalidad reside en la potestad que tiene todo Juez de la República de señalar cual norma jurídica es incompatible con el Texto Constitucional; debiendo el Juzgador de oficio o a petición de parte desaplicar la norma legal en el caso concreto, protegiendo la disposición Constitucional que considera quebrantada,”* así *“de conformidad con el Artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el Artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, desaplica en el caso concreto la disposición legal contenida en el artículo 772 del Texto adjetivo y conoce en Segunda Instancia del fallo dictado por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, en la solicitud de Inserción de Partida de Nacimiento”* y *“observa que el Juzgado de la causa aplicó de manera errónea el procedimiento a que se contrae el Capítulo X del Título IV del Código de Procedimiento Civil, toda vez que omitió emplazar a las personas mencionadas en la solicitud; se observa claramente que la solicitante aludió a los ciudadanos Carmen Navas de Iglesias; Carolina Iglesias Navas y Pedro Sanabria García; y el Juzgado de la causa en lugar de ordenar el emplazamiento de las personas mencionadas en la solicitud se limitó a verificar dicho emplazamiento por un periódico nacional excluyendo a los que figuran indicados en la solicitud igualmente omitió la articulación probatoria a que se contrae el artículo 771 del Código de Procedimiento Civil; termino probatorio de ineludible cumplimiento cuando no se formula oposición. De manera que al verificar este Tribunal que el Juzgado A quo subvirtió el proceso desde su inicio de conformidad con lo establecido en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil anula el auto de admisión de la demanda; declara la nulidad de los actos subsiguientes incluida la sentencia dictada y se repone la causa al estado que el Tribunal dicte nuevo auto de admisión que cumpla con las previsiones del artículo 770 del Código de Procedimiento Civil”* (<http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/295-16-05693-02-.html>).

El cambio de apellido por vía principal no es admisible y solo lo es por vía de consecuencia en los siguientes casos: a) reconocimiento voluntario o establecimiento judicial de la filiación, b) adopción, c) desconocimiento del marido del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, e) nulidad o impugnación del reconocimiento del hijo y f) la extinción de la adopción.

Por esto la rectificación de partidas procede cuando.⁶³⁹

1) Hay errores ortográficos, transcripción errónea de apellidos, traducciones de nombre y otros semejantes (Art. 773 del CPC) o mediante el establecimiento de algún cambio permitido por la Ley (Art. 769 del CPC), este sería el caso de un extranjero en que su Ley Nacional permite el cambio de nombre, ya que se le aplica nuestro ordenamiento ordena aplicar la Ley de la Nacionalidad, según la LDIP y se concede el exequátur cuando cumple los requisitos (Art. 850 y ss del CPC). Igualmente, cuando se requiera modificar el texto de la partida por estar incompleta, ser inexacta o haga menciones prohibidas.

2) Los casos de cambio de nombres ridículos y vergonzosos, (Art. 146 Ley Orgánica de Registro Civil).

3) Por solicitud del adoptante o adoptantes, el tribunal de adopción puede acordar la modificación del nombre de pila del adoptado, siempre que este sea soltero y menor de edad para la fecha de solicitud de adopción, requiriéndose el consentimiento del adoptado que haya cumplido 12 años cuando no está imposibilitado permanentemente de hacerlo (Art.(s) 414, 494 literal C, 500 y 501 de la LOPNNA, como lo establecía antes el Art. 53 Ley de Adopción). Al acordarse la adopción se elabora una partida nueva y se anula la anterior, por lo que no se hace una rectificación.

Con esto se ve que el legislador deja abierta la posibilidad de introducir modificaciones en las partidas aún cuando no están permitidas taxativamente en

⁶³⁹ Tomado de **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Derecho Civil I. Personas*. 23ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Fondo de Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela, 2010, pp. 134-135 y este mismo autor en este mismo libro, pero en su edición N° 14 de 2000, en las pp. 165-167, señalaba que existía un proyecto de Ley sobre el Nombre y la Protección de la Personalidad, que en su Art. 4 decía que “*Cuando existan justos motivos para que una persona cambie su nombre civil, total o parcialmente, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Justicia podrá autorizar el cambio, siempre que se encuentre llenos los extremos del art. 6 y no se lesiones intereses de terceros.*”

la LORC o en el CC, siempre que sea permitida por la ley (Art. 759 del CPC)

Fuera de estos casos no se puede modificar porque carecerían de fundamento legal. Sólo se puede modificar por un error material de forma y no de fondo cometido por el funcionario o cuando el nombre sea ridículo y vergonzoso. Sin embargo, algunos tribunales con fundamento a los hechos que se presenta en los intersexuales y transexuales, da la rectificación de partidas.

Los Art.(s) 50, 78, 81, 84 al 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil (los que equivalen a los Art.(s) 464 al 466 del CC) hablan contenido de las partidas de nacimiento y la modificación de alguno de estos elementos y que de ser distintos por mandato judicial correspondería a evidenciar que esa no es esa persona, sino otra, creando con la sentencia una nueva persona que hasta entonces no existía. El juez debe ver si la solicitud llena los requisitos de ley para ser admitida (errores materiales de forma y no de fondo) y la interpretación de las normas debe hacerse según lo establece el Art. 4 del CC. Por eso, las sentencias emanadas de estos tribunales son susceptibles de nulidad según el Art. 243 ord. 4 del CPC que se refiere a los motivos de hecho y derecho de la decisión, los cuales se podría considerar que no los tiene (es decir que cumpla con los supuestos de ley) y las pruebas presentadas podrían ser consideradas superficiales y no vinculantes para la procedencia de este tipo de acciones.

Un reconocimiento médico para que sea completo y válido como prueba requiere que se haga lo siguiente:

1. Anamnesis cuidadosa (es decir, un interrogatorio para conocer los antecedentes patológicos de un enfermo); incluyendo a su familia de ser necesario (Art.(s) 225 y 226 del COPP, anteriormente el Art. 148 del CEC).

2. *Status* interno, considerando especialmente las malformaciones de los órganos internos y del esqueleto, lo que implicaría radiografías del esqueleto, estudio con sondas, uretroscopia, etc.

- a) *Status* urológico y ginecológico, eventualmente laparatomía.

- b) *Status* radiológico (contrastes radiológicos).

3. Diagnóstico del sexo nuclear en los leucocitos y tejidos, lo que representa uno de los exámenes más eficaces y confiables para la determinación del sexo.

4. Investigación de los cromosomas.
5. Investigaciones hormonales.
6. Reconocimiento psicológico, eventualmente con prueba grafológica.

Los nombres tienen vínculo en tanto y en cuanto hacen referencia al sexo de la persona, salvo por aquellos casos de los nombres neutros que se utilizan indistintamente para hombre o mujer, por ello, una de las funciones del nombre civil es denotar el sexo o género del titular y por ello las sentencias que declaran el cambio de sexo, necesariamente, por vía de consecuencia consideran el cambio de nombre a los fines de adecuar tales términos para no vulnerar la dignidad de la persona y exista con un nombre de pila correspondiente al sexo contrario. Así, se trata esto de una consecuencia necesaria que ha sido considerada a nivel general ya que el nombre de pila se asocia con el género de la persona, y por tanto es indicativo del sexo.⁶⁴⁰

Cuando la rectificación de la partida no se debe a un error material, o nombre ridículo o vergonzoso (Art.(s) 50 y 146 de la LORC, antes Art.(s) 462 y 501 del CC y Art. 21 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad), que implica la corrección del acta, sino que por el contrario, supera este aspecto, estaríamos en presencia de los casos de trastorno de género acontecido en el nacimiento o durante el transcurso de la vida de la persona, que producen un verdadero cambio de estado personal y no en una simple rectificación.⁶⁴¹

Por lo tanto, en estos casos no se trata de una inexactitud ni un error material, que es corregido en el momento de levantarse la partida (Art. 50 de la LORC, antes Art. 462 del CC) y en caso de no hacerlo mediante juicio de rectificación de partidas (Art.(s) 148 a 156 de la LORC, antes 501 y ss del CC) se ha seguido el procedimiento establecido en los Art. 768 y ss del CPC, incluyendo lapso probatorio,⁶⁴² o por un procedimiento sumario y abreviado consagrado en el

⁶⁴⁰ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* *Op. Cit.* pp. 54-56.

⁶⁴¹ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* *Op. Cit.* pp. 57-58.

⁶⁴² Se puede observar en sentencia del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, dictada el 30/06/2006, exp. N° 6527 , relativo al

Art. 773 del CPC, al considerar que es está en presencia de un simple error material, una palabra mal escrita que no requiere de un proceso típico de rectificación.⁶⁴³ Siendo que la diferencia entre ambos tipos de procesos fue también señalado por los tribunales como el Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y con Competencia Transitoria en Protección al Adolescente del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, en sentencia del 04/12/2006, exp. N° 5.057,⁶⁴⁴ que señaló que *“Como se podrá notar los procedimientos establecidos en los artículos 770 y 774 del Código de Procedimiento Civil, son diferentes, con el agravante de que el contemplado en la primera norma legal, a la parte solicitante le resulta más onerosa la tramitación, pues debe sufragar los gastos generados por la publicación del respectivo Edicto; cuestión ésta que no ocurre en la situación comprendida en el artículo 773, donde hay más celeridad, ya que ´el procedimiento se reducirá a demostrar ante el Juez la existencia del error y resolverá con conocimiento de causa lo que considere más conveniente”*

No obstante, se podría pensar que el legislador deja abierta la posibilidad

juicio de rectificación de partidas en la que en el acta se había asentado niña en vez de niño, siendo que para corroborar lo afirmado dicho tribunal libró oficio dirigido al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Sub-delegación Guanare, a fin de tramitar por ante el Departamento de Medicina Legal, examen de Valoración de sexo, referente al niño en cuestión, motivo por el cual una vez corroborado el sexo alegado se declaró con lugar la acción (<http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1179-30-6527-.html>).

⁶⁴³ Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, sentencia de 23/02/2005, exp. N° 51.104, que consideró como error material el que se colocara niño en vez de niña y consideró procedente la rectificación de partida (<http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/721-23-51.104-.html>).

El Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo

Sala De Juicio No1, Juez Unipersonal No 2, sentencia del 21/10/2044, exp. N° C-23.830, el tribunal acordó el cambio del sexo de una adolescente al considerar que fue un error material cuando efectivamente se trataba de una niña, por lo que era procedente la rectificación de partidas (<http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/908-21-23830-.html>).

El Juzgado Tercero De Primera Instancia En Lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, con sede en Trujillo el 14/02/2007, exp. N° 10.006-07, consideró que era procedente declarar por vía sumaria la rectificación de la partida de nacimiento ante el error del sexo señalado (<http://trujillo.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1611-14-10006-07-.html>).

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, en sentencia del 23/05/2005, exp. N° 05-6787-CF, señaló que era procedente una rectificación de partida al considerar un error material el haber colocado el sexo errado del accionante (<http://barinas.gov.ve/decisiones/2005/mayo/803-23-05-6787-CF-05-05-37.html>).

⁶⁴⁴ Puede consultarse en (<http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/1115-4-5057-.html>).

de introducir modificaciones en las partidas aún cuando no están permitidas taxativamente en el Código Civil Venezolano, siempre que sea permitida por la ley (Art. 759 del CPC). Fuera de estos casos no se puede modificar porque carecerían de fundamento legal. Sólo se puede modificar por un error material de forma y no de fondo cometido por el funcionario.

Sin embargo, a pesar que en algunos casos se ha permitido cambiar el sexo y nombre por medio de este proceso, también se ha negado que exista un error material, indicando que se trata de un error esencial relativo a la identidad de la persona, declarando improcedente la acción.⁶⁴⁵ En algunos de estos tribunales con fundamento sobre los supuestos de la rectificación de partidas otorgan la misma, a pesar que de conformidad con el Art. 93 de la LORC y el Art. 466 del CC, el contenido de las partidas de nacimiento y la modificación de alguno de estos elementos corresponde a evidenciar que ésa no es esa persona que dice, sino otra, creando con la sentencia una nueva persona que hasta entonces no existía.⁶⁴⁶ El juez debe ver si la solicitud llena los requisitos de ley para ser

⁶⁴⁵ Como la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, en sentencia del 14/12/2005, exp. N° 4599, en la que mediante juicio de rectificación de partida se solicitó se corrigiera el error material del acta en la que se había colocado niño en vez de niña, siendo que dicho tribunal consideró que de acuerdo a los Art.(s) 462, 501 y 773 del CC, así como de la doctrina patria, que tal solicitud no es procedente, por no encuadrar en las correcciones permitidas por la ley, pues no se apreció que al extender la partida se haya incurrido en errores o equivocaciones materiales que puedan ser objeto de rectificación, ya que se estimó que lo peticionado trasciende a las simples omisiones, cambio de letras, palabras mal escritas o escritas con errores ortográficos, por lo que declaró improcedente la acción propuesta, al considerar que lo que se entiende del texto de la solicitud es que la peticionante trata su pretensión como una simple corrección, siendo en realidad un verdadero cambio en la partida (errores esenciales), vinculados directamente con la identidad de la persona, en consecuencia no podía ser tratada como una rectificación de errores materiales (<http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2005/diciembre/1532-14-4599-0109.html>).

⁶⁴⁶ Igualmente tenemos la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, de 28/10/2005, exp. N° 23.659, relativa a un intersexual en la que señaló que *“la rectificación solicitada tiene lugar a raíz de la confusión surgida con ocasión de la presentación del recién nacido ante el funcionario de Registro Civil, en razón de la existencia de caracteres sugestivos del género femenino al momento del nacimiento, lo que dio lugar a la indicación de un sexo y un nombre que no era el correspondiente al desarrollo de la persona”* teniendo *“bien sabido que la rectificación de partidas tiene lugar principalmente por la existencia de errores materiales al momento de levantar la partida, a saber, inexactitudes, omisiones y menciones prohibidas; en consecuencia, no está dado a las personas cambiar los datos inherentes a su estado civil por su sola voluntad por tratarse de una materia de orden público,”* sin embargo, basado en el Art. 768 del CPC consideró que *“el procedimiento referido tiene lugar inclusive en aquellos casos en que propiamente no se trate de errores materiales al momento de levantar la partida pero que no obstante se precise un cambio de estado o de nombre, tal como se desprende del artículo 769 eiusdem,”* por lo que *“no se está ante un*

admitida (errores materiales de forma y no de fondo de los Art. 50 de la LORC (equivalente a los Art.(s) 501 y 462 del CC) y la interpretación de las normas debe hacerse en principio según lo establece el artículo 4 del CC. Por eso, las sentencias emanadas de estos tribunales podrían ser susceptibles de nulidad según el artículo 243 del CPC ordinal 4 que son los motivos de hecho y derecho, los cuales no tiene, y además las pruebas presentadas son superficiales y no vinculantes.

Algunos autores consideran que el procedimiento del Art. 773 del CPC, no requiere de la notificación del Ministerio Público, ya que la tramitación abreviada o sumaria por un simple error material, porque esta sólo se da en las causas relativas a la rectificación del estado civil de conformidad con el Art. 131 del CPC, que son causas contenciosas que requieren del procedimiento del Art. 768 y ss del CPC.⁶⁴⁷

supuesto de cambio de nombre o de sexo emanada de la simple voluntad del solicitante sino que contrariamente, al margen de su voluntad, el solicitante fue producto de un trastorno de identidad sexual que propició confusión en los datos correspondientes que dio el presentante de la partida y que como consecuencia propició la errada inscripción por parte del funcionario del registro” y que la jurisprudencia y la doctrina han permitido excepcionalmente modificar el cambio formal de la referencia al sexo y en consecuencia al nombre en caso de problemas de identidad sexual, motivo por el cual declaró con lugar la acción y ordenó el cambio de la partida de nacimiento (<http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2005/octubre/101-28-23.659-.html>).

⁶⁴⁷ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit. p. 68.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, mediante sentencia del 30/04/2003, exp. N° 12.796, señaló que probado como había sido lo alegado en autos y vista la obviedad del error denunciado, no se amerita la tramitación de un juicio de rectificación de partida de nacimiento, por lo que de conformidad con lo establecido en los Art.(s) 773 y 774 del CPC, declaró con lugar la rectificación de partida de nacimiento y corregir en nombre del accionante, (<http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/abril/102-30-12.796-.html>).

El Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 29/06/2006, exp. N° 06-0584, decidió que “*De los recaudos consignados, este Juzgador llega a la conclusión que, ciertamente, ocurrió un error de transcripción del nombre de la ciudadana Flora Castro al momento de la elaboración del acta de nacimiento correspondiente a la ciudadana Florencia Castro, con lo cual es obligante declarar que fue debidamente demostrado el error denunciado, subsumiéndose estos hechos en la norma contenida en el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual es obligante declarar que no amerita la tramitación del procedimiento ordinario, razón por la cual se procede a su tramitación a su tramitación breve y sumaria, con conocimiento del Juez que suscribe*” (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/2123-29-06-0584-.html>).

El Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia de mayo 2007, exp. N° S-8763, acordó tramitar de manera sumaria el juicio de rectificación de partida y se ordenó oficiar a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia La Candelaria, Departamento Libertador del Distrito

Federal, ahora Municipio Libertador del Distrito Capital Municipio Libertador del Distrito Capital, a fin de que procediera a estampar la nota marginal correspondiente y a corregir el error involuntario (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/2127-16-S-8763-.html>).

El Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 13/07/2007, exp. N° 2007-14071, consideró que *“como ha sido lo alegado y vista la obviedad del error denunciado que no amerita la tramitación en un juicio ordinario de rectificación de partida de nacimiento, se procede a resolverlo meramente”* y ordenó a la primera autoridad civil de la Parroquia San José, Municipio Libertador del Distrito Capital y al Registrador Principal de dicha entidad, a estampar la debida nota marginal, en la partida de nacimiento (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/agosto/2121-13-14071--.html>).

El Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, sentencia de 09/03/2004, exp. N° 39.231, efectuó una corrección de un error otográfico de una apellido de manera sumaria (<http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/marzo/101-9-39.231-.html>).

El Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 13/06/2007, exp. N° 07-3804, ordenó de manera sumaria la rectificación de una partida por error material (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/2120-13-07-3804-.html>).

El Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial Del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 18/09/2006, exp. N° 06.3797, hizo igual que en los casos anteriores (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/2119-18-06-3797-.html>).

El Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en Sala de Juicio IV, con sentencia de 25/06/2007, exp. N° AP51-V-2007-010475 (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/2079-25-AP51-V-2007-010475-PJ0042007000727.html>).

El Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sala de Juicio N° 2, mediante sentencia de 17/09/2007, exp. N° AP51-V-2007-012734, indicó que procedía la rectificación de partida por error material la corrección del apellido del progenitor (<http://caracas.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/2077-17-AP51-V-2007-012734-PJ0022007000832.html>).

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en sentencia de 28/03/2007, exp. N° 7724, estimó que en solicitud de rectificación de acta de nacimiento era procedente al faltar una letra en el nombre de pila (<http://carabobo.gov.ve/decisiones/2007/marzo/741-28-2007-7724-.html>).

El Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, sentencia de 01/08/2007, exp. N° 10.515, este tribunal consideró luego de analizar el Art. 501 del CC y el Art. 773 del CPC que existía un error material al omitirse el primer nombre de la progenitora por lo que ordenó corregir de manera sumaria (<http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2007/agosto/1531-1-10.515-.html>).

El Tribunal Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, sentencia de 22/05/2007, exp. N° 12.057, en la rectificación de partida consideró que *“vista la obviedad del error denunciado que no amerita la tramitación de un Juicio de Rectificación de Acta, este Tribunal de conformidad con lo establecido en los Artículos 773 y 774 del Código de Procedimiento Civil, Administrando Justicia en Nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley declara CON LUGAR la solicitud, y ordena en forma sumaria la Rectificación del Acta de Nacimiento”* (<http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/222-22-12.057-12.057.html>).

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui Barcelona, en sentencia de 23/02/2007, exp. N° BP02-S-2007-000591, indicó que procedía la rectificación de la partida de nacimiento por error material al haberse escrito incorrectamente el nombre de pila (<http://anzoategui.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1065-23-BP02-S-2007-000591-.html>).

Por ello, debemos reiterar que la posibilidad de cambio de nombre, a menos que sea un error material en las letras o palabras, no está prevista en nuestro derecho por tratarse de una institución de orden público, salvo que el término afecte la dignidad de la persona cuando el nombre sea ridículo o vergonzoso.⁶⁴⁸

Por ello, no puede considerarse que el caso de los transexuales pueda incluirse en los supuestos de procedencia de la rectificación de partida antes señalados por no tratarse de una simple rectificación, de corregir un error causado en la inscripción de nacimiento, o porque tenga un nombre ridículo o vergonzoso, no se trata de errores materiales (errores, omisiones o menciones prohibidas) sino que, más allá, se trata de constatar un cambio que extrarregistralmente se ha producido en el sexo de la persona, como consecuencia de una operación quirúrgica, el cual es distinto al que hasta ese momento identificaba a esa persona y por ello no sería aplicable para los casos de hermafroditismo, pseudohermafroditismo y transexualismo que son de índole de determinación o cambio de sexo, nombre y demás documentación.

Las sentencias dictadas por los tribunales de instancia han sido dictadas en el sentido de acordar la rectificación de partida de la persona transexual reasignada han partido de la idea de un error material en el momento de otorgamiento de la partida y se cuestiona, pero la procedencia de esta vía no es la

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, en sentencia de 03/04/2007, exp. N° 9719, señaló que era procedente la rectificación de partida de nacimiento en cuanto al nombre de pila por haberse escrito incorrectamente (<http://vargas.gov.ve/decisiones/2007/abril/130-3-9719-4370.html>).

El Juzgado Segundo de Primera Instancia En lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, en sentencia de 09/03/2007, exp. N° 11691, dijo que se podía rectificar un acta de matrimonio porque se omitió colocar correctamente los datos registrales del matrimonio civil (<http://monagas.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1698-9-11691-.html>).

El Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 12/11/2008, exp. N° 32.122, señaló que *“el punto sobre el cual versa la solicitud de estos autos es de mero derecho y por tanto deberá despacharse con los solos elementos de autos”* (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/noviembre/2118-12-32.122-.html>).

⁶⁴⁸ El Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario, extensión Puerto Cabello, en sentencia de 14/06/2007, exp. N° OA-338/2007, señaló que *“los artículos 458, 462 y 501 del Código Civil, así como los artículos 769 y 773 del Código de Procedimiento Civil, establecen los cambios, rectificaciones y modificaciones que en las partidas que indican el estado civil, nuestras leyes permitan; siendo que de ninguna manera, tal como lo indica la doctrina y la legislación, invocadas se permite el cambio del nombre de pila, salvo la excepción de ‘indignación’ expuesta”* (<http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/740-14-OA.338-2007-.html>).

adecuada debido a la ausencia de causal específica ya que éstos se circunscriben al no otorgamiento de la partida de nacimiento y a la corrección de los vicios materiales dejando así el asunto a la apreciación del juez, por lo que este procedimiento no garantiza el derecho a la intimidad ya que incluye la publicación de edictos y solo soluciona de manera parcial el problema de identidad legal de la persona reasignada ya que únicamente permite introducir una nota marginal en la partida original, siendo el registro civil de personas público aunado al hecho de que la certificación de una partida incluye el texto original y la nota marginal de rectificación, por lo que resulta imposible garantizar los derechos a la privacidad, al honor y a la reputación, los cuales todos se vinculan con el derecho a la dignidad humana, estando la persona obligada a presentar una partida con estas menciones ante cualquier funcionario público o persona privada para la realización de cualquier acto que amerite la presentación de este documento.

En la simple rectificación de partida de nacimiento aunque se garantice la confidencialidad del registro modificado es insuficiente, ya que es incapaz de acordar las garantías necesarias para hacer gozar a esas personas plenamente de sus derechos humanos, y las pondría en la situación de tener que develar a cada instante, y frente a terceros detalles íntimos de su vida privada y su situación persona, así como del reconocimiento legal de identidad psicosocial que se realizó.

Sobre este razonamiento el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, mediante sentencia de 03/10/2006, en el exp. N° 2006-000572, relativo a un juicio de rectificación de partida señaló que:

“...tenemos una solicitud de rectificación de partida, cuya razón es el deseo o gusto particular de la interesada por cambiar de nombre, pero que de ninguna forma responde a un objetivo superior o de interés público. La parte actora, como se dijo anteriormente, fundamenta su pedimento en los Arts. 769 al 772 del Código adjetivo. Ahora bien, en el Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos, estudio minucioso realizado por Abdón Sánchez Noguera sobre el particular, analiza las cuatro modalidades o tipos del procedimiento de rectificación y nuevos actos de estado civil, regulados en el Capítulo X, Título IV del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, donde se incluyen los artículos 769 al 772 mencionados por la parte actora. Al respecto, el autor nombra y detalla las cuatro modalidades de la siguiente

forma: A) Constitución de actas de estado civil. B) Rectificación de asientos. C) Cambios permitidos por la ley y D) Errores materiales.”

(...)

“...todas las razones esgrimidas son de interés público, consecuencia de cambios de nombre decretados por los tribunales debido a causas mayores, como son el cambio de un estado a otro, por ejemplo de casada a viuda o de soltera a casada en las mujeres; el cambio de sexo, consecuencia de los avances actuales de la cirugía y la medicina en esa materia; y el cambio de nombre producido por la adopción. En ninguno de estos casos está contemplado el cambio de nombre por causa de un deseo o antojo particular o de interés privado que no influya en el papel que juega dicha persona en la sociedad. Y es lógico que así sea, pues de ser alentado dicho recurso, podría ser utilizado por inescrupulosos que fácilmente esconderían detrás de estos cambios su verdadera identidad.

Consecuencialmente, esta alzada considera que, no obstante estar permitido el cambio de nombre en algunos casos, el planteado en esta ocasión no se ajusta a los requerimientos establecidos, por lo que la solicitud hecha por la parte actora debe ser declarada sin lugar y así se decide.”⁶⁴⁹

Así que ésta no es la vía procesal idónea, sino que deberá utilizarse otra, sobre todo al considerar que con estos casos se pretende algo más allá del simple cambio del sexo y del nombre, debiéndose modificar toda la documentación relativa al individuo y tomar las medidas necesarias para proteger a los terceros que se pudieran ver afectados, como hijos, cónyuge, acreedores, herederos, legatarios, etc., aunado al hecho de que se debe guardar la reserva de la información en aras de preservar varios derechos como el derecho a la intimidad, la vida privada, el honor y la reputación entre otros.

Segunda solución posible (procedimiento de rectificación de partidas por control difuso de la Constitución)

Otra opción sería que la modificación de las partidas se pueda hacer por el control difuso de la CRBV, que es un procedimiento especial o extraordinario y que ejerce un control sobre el ordenamiento jurídico de tres formas:

1. *El control directo*: es el que se ejerce cuando se alega la nulidad de una norma por ser inconstitucional.

2. *Control indirecto*: es el que se ejerce a través de amparos cuando se

⁶⁴⁹ Puede ser consultada en <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/649-3-KP02-R-2006-000572-.html>.

lesiona una garantía constitucional.

3. *Control difuso*: es el establecido en el Art. 20 del CPC.

Se podría alegar este control difuso y pedir que se desapliquen el Art. 50 de la LORC, antes Art. 501 del CC y Art.(s) 769 y 773 del CPC por colidir con la norma constitucional que dice: *“Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”* (Art. 43 de la CRBV) y sin olvidar lo que se encuentra establecido en el Art. 22 de la CRBV⁶⁵⁰. En este sentido se debería tomar en cuenta al libre desenvolvimiento de la personalidad que incluye todas las cualidades que constituyen rasgos propios de la persona lo que incluye el sexo. Pero el control difuso tiene limitaciones que se ven el Art. 20 del CPC y que son:

1. Las que derivan del orden público y social, entendido como *“El conjunto de relaciones que deben mantenerse sujetos y elementos jurídicos con arreglo a un principio superior de orden social (Ley jurídica) que la determina, y que se encuentra tutelado en virtud del interés colectivo fundamental involucrada”*. (Luis María Olaso). Acá se debe tener en cuenta que el cambio de sexo trae consigo una nueva identidad esto se relacionaría directamente con el Art. 8 de la Ley Orgánica de Identificación *“Son elementos básicos de identificación de los ciudadanos y ciudadanas: sus nombres, apellidos, **sexo**, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, los dibujos de sus crestas dactilares y cualquier otro medio de identificación”* (negritas propias), lo cual se encuentra vinculado con el orden público.

2. Las limitaciones que derivan del derecho de los demás. En este tipo de juicio, en caso de involucrarse o poder verse afectados terceros, se debería proceder a la citación por carteles como lo establece el procedimiento de rectificación de partidas para que se puedan oponer y contradecir dicha modificación de partida de estimarlo pertinente.

El intersexual al ser presentado con un sexo aparente no es él, y al crecer,

⁶⁵⁰ **Artículo 22:** *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”*.

generalmente desarrolla otro sexo por lo tanto la identificación efectuada no es la correcta y no es su persona, creando inseguridad jurídica a él y a los terceros (por lo menos aparente con las personas que esta mantenga relaciones), a diferencia de lo que ocurre con el transexual, con el cual no existe error alguno en la identificación sino que posteriormente, ante su situación se produce una alteración del sexo originario a uno adquirido.

En este sentido, una postura a favor de la procedencia de este tipo de proceso podría argumentar que aquí se debe tomar en cuenta que en la rectificación de partidas:

1. Los elementos que aparecen mencionados en el CC y en la LORC no son de ninguna forma taxativos, lo que permite la armonización por diferentes métodos como analogía y dar solución a la demanda de respuesta en estos casos (Art. 4 del CC).

2. El interés del Estado, es el de tener plenamente identificados a las personas jurídicas sujetos de derecho (tanto corporativas como naturales), siendo que esta identificación se debe ajustar perfectamente a la realidad.⁶⁵¹

Por lo tanto, se podría decir que todo lo que no está prohibido por la ley está permitido, debido al principio de la hermenéutica de Kelsen, y por lo tanto, al no prohibirse la rectificación de partidas en estos casos, la misma sería procedente, sobre todo al tomar en cuenta que hasta ahora en Venezuela la única ley que permite disponer a uno de su cuerpo es la Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos.

Consecuentemente, al haber la rectificación por sentencia y ser anexada a la partida de nacimiento todos los derechos de terceros y actos celebrados por este quedan convalidados ya que se puede identificar plenamente al individuo y es posible por cualquier persona revisar la partida de nacimiento, debiendo arreglar posteriormente toda su documentación. Adempero, esa ha sido hasta ahora una de las soluciones seguidas por los jueces ya que no se puede dejar una solicitud sin respuesta por parte del juez, porque eso sería denegación de justicia y no

⁶⁵¹ Sobre el derecho a la identidad y a la identificación ya hablamos en los Capítulos II y IX, los cuales damos por reproducidos.

cumpliría con su obligación de prestar la función jurisdiccional que tiene encomendada, lo cual sería una denegación de justicia (Art.(s) 26 y 253 de la CRBV y Art.(s) 11, 12 y 19 del CPC).

Sin embargo, se debe tener presente que con el juicio de rectificación de partida, se ejerce una acción de reclamación de estado y por lo tanto no puede afectar sino solamente a las partes que figuraron.

A tal efecto, se puede indicar que en la jurisprudencia patria observamos varios casos en los cuales se ha solucionado el problema del cambio de sexo (por hermafroditismo o intersexualidad) y del nombre, por medio de la acción de rectificación de partidas, uno de estos es el caso de rectificación de partida de nacimiento llevado por el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda del 26 de julio de 1974 y donde la parte fue (Carlos Vicente) Carla Luzbel Cosentino Silva.⁶⁵² En esta sentencia se dice:

...El Código Civil al referirse al Registro o partidas de nacimiento, establece (artículo 466) que deben contener entre otras menciones, el sexo de la persona de quien se trate, no define lo que debe entenderse por sexo, por lo que para su determinación debe recurrirse a los conocimientos generales sobre la materia. El sexo es la condición orgánica que distingue al macho de la hembra, tanto en los racionales como en los irracionales y aún en las plantas. Es una variedad individual que divide los seres del género humano en hombres y mujeres y jurídicamente constituye un elemento del estado

⁶⁵² En otros casos también se ha observado la misma solución al mismo problema, tal es el ejemplo de:

1) Caso: rectificación de partida de nacimiento. Solicitante: (Rafael Ramón) Sofía Rosales. Tribunal: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Fecha de la sentencia: 30/10/84. Expediente Nro. 5.850. Sin embargo, se considera que esta sentencia viciada porque la partida de nacimiento fue hecha por Primera Autoridad Civil del Municipio Cacique Mara, Distrito Maracaibo, del Estado Zulia, por lo que carecía de competencia dicho tribunal según el Art. 501 del CC y el Art. 769 del CPC..

2) Caso: rectificación de partida de nacimiento. Tribunal: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y del Trabajo del Estado Trujillo. Fecha de la sentencia: 27/03/90.

3) Caso: rectificación de partida de nacimiento. Parte: (Carlos José) Michelle Katherine Martín Borges. Tribunal: Juzgado Quinto de Primera Instancia de Familia y Menores de la circunscripción judicial del Área Metropolitana de Caracas. Fecha de la sentencia: 09/07/96. Expediente 12.520.

4) Caso: rectificación de partida de nacimiento (posterior reforma de la solicitud por una acción mero declarativa el 10/01/97). Parte: (Abel Danilo) Shorsha Alba Daniela Núñez. Tribunal: Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Expediente 26.020.

5) Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, caso: Marino Fernández; mediante sentencia de 26/07/2006 (<http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/960-1-7395-.html>).

civil de las personas de primordial importancia para la identificación de las mismas, por lo que interesa su verdadera determinación; y lo cual no siempre es fácil de realizar con exactitud, pues al lado de aquellos que tienen rasgos claramente diferenciados, existen otros cuyos caracteres sexuales son muy difíciles de fijar porque en realidad participan al mismo tiempo de los que son propios de los sexos masculinos y femeninos. Tales son los llamados hermafroditas, en los cuales concurren real o aparentemente los dos sexos. Con relación a ellos es necesario dejar claramente establecido que el hermafroditismo perfecto no existe. Constituye simplemente una leyenda mitológica, pues la coexistencia en una misma persona de las funciones sexuales masculinas y femeninas no ha sido nunca observada. Debería pues emplearse el término de intersexualidad como el más apropiado, ya que hay a menudo intrincación compleja de los dos sexos, haciéndose en algunos casos muy difícil la determinación del sexo verdadero. En cambio abundan formas menos completas, que con el desarrollo o con la ayuda de la ciencia médica se puede establecer la correcta determinación del mismo; entretanto pueden conducir a equivocación o error al señalar el sexo todo como resultado de presentar algunos sujetos anomalías morfológicas, en sus órganos sexuales, dándose el caso de personas que viven sin sospechar su verdadero estado sexual y su descubrimiento ha sido un verdadero azar o un hallazgo post-mortem.

En algunas legislaciones está previsto para estos casos de carácter excepcional (Alemania) el que los padres o la propia persona deciden el sexo a los dieciocho (18) años. En Venezuela no está prevista esta regulación, sólo existe el señalamiento del sexo al hacer la inscripción en el Registro Civil. Pero para el caso de no corresponder este señalamiento con el sexo verdadero entonces es aplicable para efectuar la debida corrección, el procedimiento establecido para la rectificación de las actas de Registro Civil, en el cual se demostrarán los extremos correspondientes, para así darle la debida exactitud a las menciones que debe contener las actas de registro.

Entre las cuestiones jurídicas más graves que pueden presentarse a los hermafroditas se encuentran las relativas al matrimonio, pues su nulidad procede cuando haya igualdad de sexos entre los contrayentes y aún existiendo diversidad de sexos por impotencia, por que los intersexuales son infecundos. También desde el punto de vista de la identidad e identificación de las personas; de la habilidad para desempeñar determinados cargos; del servicio militar; reclusión carcelaria, en fin son muchas las situaciones en que se hace imprescindible la correcta determinación del sexo y consecuentemente, constituyendo la partida de nacimiento el medio probatorio idóneo para establecer el estado de las personas y ser el sexo uno de sus elementos, resulta indiscutible la procedencia de la debida corrección en casos como los comentados.

A los fines de la determinación del sexo debe tenerse presente tanto los caracteres esenciales, como los secundarios y los terciarios.

...

Con relación al cambio de nombre, sostiene la doctrina que está prohibido el

cambio del apelativo o nombre de pila y en cuanto al apellido que sí procede por vía de consecuencia en: casos de acciones sobre filiación, reconocimiento, adopción, pero todo ello independiente de la sola voluntad de los interesados. Se justifica la opinión anterior en razón de la identificación de las personas, pues si quedara a la sola voluntad el que estas pudiesen cambiar su nombre a su solo capricho, quedaría destruido uno de los más importantes pilares o elementos de identificación de las personas que lo constituye el NOMBRE Y APELLIDO.

Pero es indiscutible que si con el nombre se quiere hacer la debida identificación de las personas, este debe corresponder al sujeto que se quiere identificar, es decir que si se trata de un varón el nombre debe ser el que gramaticalmente se usa para nombrar a los hombres y si se trata de una mujer, el nombre debe corresponder a los usados para este género.

Esta conclusión amparada por la serie de consecuencias lógicas y jurídicas que comportan el evitar todo equívoco en cuanto a la identificación de las personas por lo que respecta a su sexo, justifican como caso excepcional, el cambio del apelativo; y consecuentemente en el caso de autos debe acordarse e cambio que se pretende, el que por demás sin que ello sea determinante, por una parte vendría a ser la feminización del CARLOS por CARLA, lo cual representaría la correcta determinación del género sin cambiar el primitivo apelativo que figura en la partida y por otra parte, porque el nombre de CARLA LUZBEL, con el que pretende corregir el de su partida de nacimiento es el que ha venido usando permanentemente como ha quedado comprobado en éste expediente, por tanto a criterio del sentenciador es también procedente el cambio del nombre de CARLOS VICENTE que aparece en el acta de Nacimiento por el de CARLA LUZBEL que es el que ha venido usando constantemente, para que así las menciones del ACTA contengan la exactitud que debe corresponder al sexo femenino de la solicitante y así también se declara.

CUARTO: Abona y justifica la conclusión a la cual se ha llegado en el particular anterior, el que nuestro Código Civil no impide de modo expreso el que se pueda rectificar en una partida de Registro el nombre de la persona de quien se trate, su prohibición emana de la doctrina basada en que los hechos, cualidades o circunstancias que determinan el estado civil de las personas, deben tener carácter de permanencia o inmutabilidad y por tanto lo que ha querido es no dejar a la sola voluntad de las personas el que puedan cambiar esos caracteres; pero si concurren otras circunstancias extrañas en si a la voluntad y estas tienden a establecer la verdadera correspondencia o adecuación entre la realidad o situación de hecho y las menciones que debe contener las actas de Registro, instrumento, especial para la comprobación del estado civil, entonces debe proceder la rectificación en el entendido de que rectificar no es solamente corregir los errores materiales que pudiera adolecer la partida al momento de su levantamiento, sino también para efectuar la debida corrección en casos como el presente. **Sin embargo cabe señalar que no solo se puede llegar a estas correcciones por el procedimiento de rectificación de partidas sino también indirectamente mediante el ejercicio de otras acciones,**

entre las que se encuentran las de impugnación o establecimiento de la filiación, pero siguiendo procedimiento especial diferente, al presente, todo lo cual así se declara.

QUINTO: Nuestro Código Civil que es el instrumento legal que regula todo lo relativo a las partidas de estado civil, no impide ni prohíbe el que en estas se puedan rectificar el nombre de las personas de quien se trate, sino que por el contrario en forma genérica y abstracta cual es el lenguaje de la ley, autoriza la rectificación, corrección o adición después de extendido y firmadas las actas, pero únicamente en virtud de sentencia ejecutoriada dictada por el Tribunal de Primera Instancia en lo Civil del lugar donde se extendió la partida. De aquí que queda al prudente arbitrio de los Jueces el que puedan ordenar las debidas correcciones pues su actuación debe estar encuadrada dentro de los principios que rigen la materia, es decir, velar porque los interesados hayan hecho uso de las acciones legales correspondientes y que se hayan seguido y cumplido con las normas procesales pertinentes para que así no resulte lesionados derechos de terceros ni infringido normas de orden públicos cuales son las que regulan el estado civil de las personas. En el caso de autos el procedimiento adecuado para la corrección propuesta lo es el que se ha seguido, o sea el de Rectificación de las actas de Registro Civil, tramitación especial consagrada en el Código de Procedimiento Civil, lo cual hace procedente también esta demanda.

SEXTO: Por último aunque en este procedimiento no está previsto en forma expresa el requerir de oficio experticia médica alguna, sin embargo el haberse acordado en razón de las circunstancias muy particulares que reviste el presente caso, tiene su fundamento legal en la noción de orden público que reviste lo relativo al estado de las personas y particularmente al juicio de rectificación de partidas, lo cual está expresamente consagrado en la parte final del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil en que el Juez está autorizado para obrar de oficio en resguardo del orden público cuando sea necesario dictar cualquier providencia legal aunque no la soliciten las partes y por cuanto en el presente caso se ha dado cumplimiento a las condiciones y requisitos legales antes expresados todo lo cual asegura la validez de este fallo, la demanda de rectificación propuesta debe prosperar y así también se declara. (Negrillas nuestras)

Incluso este medio de rectificación de partidas ha sido acordado para el caso de transexualismo y no de hermafroditismo, un ejemplo de esto es el Caso: rectificación de acta de nacimiento por cambio de sexo interpuesto por (Carlos Alberto) Laura Cristina Días Mavarez, ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción judicial del Estado Zulia, cuya

sentencia es del 23/01/87.⁶⁵³ En donde el sentenciador explanó lo siguiente:

Como cuestión previa al fondo de la acción deducida, cree pertinente este juzgador hacer ciertas consideraciones atinentes a la RECTIFICACION (sic) DE LAS PARTIDAS EN EL DERECHO SUSTANTIVO VENEZOLANO, toda vez que este proceso judicial está referido a una situación *excepcionalísima* que difiere sustancialmente de los juicios que por rectificación de partidas se ventilan con regularidad por ante los Órganos Jurisdiccionales del Estado. Pues bien, en principio, el término RECTIFICAR ha sido conceptuado como sinónimo de “corregir”, “modificar”, “aclarar la verdad alterada por error”, “subsanción de los defectos de un documento”. De allí que la acción judicial tendiente a corregir un asiento del Registro Civil, conlleva la pretensión del demandante que el Órgano Jurisdiccional competente, mediante sentencia definitivamente firme, ordene enmendar los errores que aparezcan registrados, toda vez que los errores de los asientos del Registro Civil, una vez firmado el documento no caben rectificaciones, sino mediante pronunciamiento judicial por tratarse de documentos públicos contentivos de hechos consumados, amén de que permitir lo contrario, crearía una inseguridad jurídica sin precedente. Tal situación aparece expresamente regulada por el Artículo 501 del Código Civil Venezolano vigente, al establecer taxativamente que “Ninguna partida de los Registros del Estado Civil podrá reformarse después de extendida y firmada, salvo en caso previsto en el Artículo 4...2 del mismo Código, en virtud de una sentencia ejecutoriada y por orden del Tribunal de Primera Instancia a cuya jurisdicción corresponda la Parroquia o Municipio donde se extendió la partida”. Conforme a la disposición transcrita, es de lógica jurídica inferirse, en una sana y exegética interpretación de esa norma jurídica, que no basta que ha posteriori el interesado en obtener la rectificación de una partida del registro civil, fundamente su pretensión en la circunstancia de rectificar un nombre diferente al que aparece en el documento público, aún cuando durante el lapso probatorio correspondiente haya contesticidad plena en los testigos promovidos al efecto sobre tal hecho, ya que tal medio de prueba no puede en forma alguna desnaturalizar el documento público que ha sido registrado con las formalidades exigidas por la Ley. En este sentido la Casación Venezolana, en sentencia de fecha 24 de Mayo de 1961 (JTR. V. VII PAG. 707), citada por Nerio Perera Planas, en su Obra (sic) “CODIGO (sic) CIVIL VENEZOLANO”, estableció que: “Pero ante todo debe tenerse en cuenta que las cuestiones propiamente de estado civil, no deben confundirse con la esencia misma del acta; si fuese de otro modo, todas las controversias de estado podrían ser sometidas al procedimiento especial establecido para la rectificación de las actas de registro civil, lo cual no fue ciertamente el

⁶⁵³ De igual manera se ve esta solución en el Caso: rectificación de partida. Parte: (de Alicia Trinidad) Alejandro Crespo Muñoz. Tribunal: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda. Fecha de la sentencia: 02/08/83. No obstante en el presente caso, consideramos que la sentencia se encuentra viciada porque la partida es de la Jefatura del Municipio Crespo, Distrito Girardot del Estado Aragua, por lo que carecía de competencia dicho tribunal según el Art. 501 del CC y el Art. 769 del CPC.

pensamiento del Legislador. Es por ello, que no se puede recurrir a este procedimiento cuando se trata de atacar al acta de su esencia, como sería el caso en que se trata de probar que no es verdad la declaración hecha por el denunciante. Permitir ésto, es hacer menor la fé que debe dársele a lo que el funcionario declara que ha ocurrido en su presencia o a las declaraciones de los comparecientes. Por ello es que, la doctrina sostiene que la rectificación de las partidas, deben limitarse a cuanto constituye, según las disposiciones legales, la forma de dichas actas, pues cuando se quiere sostener las declaraciones hechas por los interesados ante el funcionario correspondiente del Estado Civil, surge una verdadera cuestión de estado de la persona, la cual no debe discutirse sino en el juicio ordinario con los interesados, ya que los errores cometidos por las partes no se debe confundir con las irregularidades en que haya incurrido el funcionario en el ejercicio de sus funciones, rectificaciones consideradas por el Código Civil con justa razón de interés público; y si así fuese, no habría el Legislador establecido el procedimiento de revisión de los Libros de Registro Civil y el procedimiento a seguir en todos aquellos casos en que no se le hubiere dado estricto cumplimiento a las disposiciones legales que tratasen de esta materia”, y al aplicar este criterio jurisprudencial al caso sub-judice, se colige que la acción de rectificación intentada, a que refiere estos autos no está dirigida a evidenciar la falsedad de las declaraciones hechas por los interesados ante el funcionario público que inserto la partida correspondiente, pues entonces surgirá una cuestión atinente al estado de la persona, sino RECTIFICAR una partida por hechos suscitados con posterioridad, ajenos a las partes y al funcionario en el ejercicio de sus funciones que insertó la partida de nacimiento del accionante. Y en este caso, precisamente donde surge la función pretoriana del Magistrado, con el enaltecedor propósito de suplir mediante jurisprudencia, aquellas lagunas legales, donde el Legislador no previó situaciones futuras propias del avance de la tecnología en el campo de cualquier rama del saber humano. En el caso que nos ocupa, observa este sentenciador, que sólo por la vía de la RECTIFICACION (sic) DE LA PARTIDA con una interpretación extensiva de las normas que la regulan, puede obtener el accionante la regularización de una situación sufrida como consecuencia del progreso de la medicina moderna, amén de que una situación de hecho como la planteada, debe impermitiblemente tener una solución jurídica cónsona con el avance científico, mediante la interpretación analógica de las normas que regulan la situación jurídica sometida a la decisión del Tribunal, que conforme a la Ley, le compete dirimir el caso que le ha sido planteado. Y que por otra parte, mientras las leyes permanecen dormidas y no se modernizan deben aplicarse de tal modo que, se adecuen al momento científico y socio-político que viven los países, para que no resulten su aplicación en muchos casos caduca e inoperante a la parte que los Órganos Jurisdiccionales deben hacer extensiva su aplicación para coadyuvar al progreso y no hacer interpretaciones exegéticas, literales y restrictivas que entorpezcan y estancuen las Instituciones existentes, pero tratando el Juez que conozca del asunto mantener la estructura del articulado existente. *No es que se trate*

de dictar un fallo contrario al ánimo del Legislador, sino una decisión acorde con los grandes adelantos de la técnica y la ciencia procesal, sentando jurisprudencia en un país donde sus leyes fundamentales resultan, científicas y jurídicas.

Tales motivaciones, extrañas tal vez a una decisión judicial, tiene por finalidad adecuar la realidad actual a un Código Civil que data del año de 1942, cuyas normas resultan hoy obsoletas ante al avance de la ciencia y la tecnología moderna, abstracción hecha de que hasta tanto no exista una reforma legislativa cónsona con la época deben los Jueces en sus sentencias acercarse a las mejores concepciones sistemáticas que la Doctrina Procesal exige, colocándose el Magistrado frente a la realidad, fundando sus decisiones en los conocimientos científicos del derecho, adecuando al avance de la ciencia para conducir su fallo a una mejor administración de la justicia.

Estas premisas, sirven de estructura fundamental a la decisión que se dictará en la acción controvertida en este caso, con ocasión de la pretensión del actor de RECTIFICAR SU PARTIDA DE NACIMIENTO, *en virtud de haber sido intervenido quirúrgicamente para modificar su sexo* y resultar por demás ese documento público, necesariamente rectificable, por una necesidad biológica del titular de la partida al tener que someterse a tratamiento al asentar dicha partida de nacimiento ni tampoco por la falsedad de las declaraciones hechas por los interesados ante el funcionario competente; y consecuentemente operado científicamente tal cambio, resulta lógica la pretensión del accionante de regularizar su situación frente a la Ley, escogiendo para ello la vía de accionar la rectificación de la partida de nacimiento. Y como quiera que, a criterio del juzgador, no se trata con esta acción la determinación de la nulidad de un acto, ni una cuestión atinente al estado de la persona, para lo cual se haría necesaria su discusión en juicio ordinario con los interesados, sino la de corregir una partida por situaciones surgidas con posterioridad, pero que impermitiblemente se encajan o subsumen dentro del articulado referente a la RECTIFICACION (sic) DE PARTIDAS, por tratarse de la modificación de hechos como el sexo, que implícitamente conllevan el cambio de nombre del accionante, máxime si se considera que por analogía es dable la aplicación de la norma del Código Civil, *referentes a la rectificación de apartida, por no existir en nuestro derecho sustantivo otra acción que pueda regularizar la situación planteada*, toda vez que por otra parte, para la fecha en que fue promulgado el Código civil vigente (1942), no se habían practicada en el área de la medicina intervenciones de tal naturaleza que permitiera el cambio de sexo de una persona.

Sin embargo, consideramos que esta vía tampoco sería procedente, ya que solicitar la desaplicación por control difuso de las causales para la procedencia del juicio de rectificación de partidas, lo único que se haría sería la corrección del sexo y del nombre de la partida de nacimiento, pero sin que ello implique un

pronunciamiento respecto al resto de la documentación y cómo quedan las relaciones jurídicas creadas con anterioridad en diferentes aspectos como el familiar, las obligaciones, entre otros. Además, el juicio de rectificación de partida y la acción de reclamación de estado no puede afectar sino solamente a las partes que figuraron, sin poder hacerse extensivo a terceros. Igualmente, aunque se considere que la rectificación por sentencia debe ser anexada a la partida de nacimiento para proteger todos los derechos de terceros y actos celebrados por este para convalidarlos, al permitir identificar plenamente al individuo por cualquier persona que revise la partida de nacimiento, esto podría afectar su derecho a la dignidad, a la intimidad, a la vida privada, a la reputación, al honor, a la imagen, a la salud mental, a la calidad de vida y aun proyecto de vida, sobre todo al tomar en cuenta nuestro tipo de sociedad que podría colocar a estas personas como objeto de escarnio público, mofa y otros tipos de discriminaciones ya plenamente explicados en el presente trabajo, por lo que es otra vía procesal la que debería aplicarse.

Efectivamente, ante la complejidad del concepto de sexo, y la necesidad de garantizar el goce efectivo de todos los derechos de la persona cuyo sexo y nombre ha sido rectificado a los de su sexo jurídicamente modificado, no basta el simple cambio del registro de nacimiento sino que deben tomarse medidas adicionales para modificar todos los demás registros relativos a la identidad de la persona para garantizar así el ejercicio efectivo y en condiciones de privacidad e igualdad y sin discriminación, de todos los derechos involucrados y mencionados a lo largo del presente trabajo, por medio de la modificación del resto de los datos registrales o informáticos necesarios para el ejercicio pleno de tales derechos, por lo que un simple cambio registral resulta insuficiente e inadecuado para estas personas ya que una vez obtenido este cambio estaría en la necesidad de modificar un número indeterminado de registros adicionales de todo tipo y develar su situación ante los funcionarios de cada una de las dependencias donde actúe o ante cualquier empleador potencial.

Tercera solución posible (modificación del estado)

En primer lugar haremos una explicación sobre el estado civil, para poder

entender cuándo y porque es procedente este tipo de acciones y si la misma es procedente ante los casos que estamos estudiando.

Para algunos lo pertinente es la interposición de una acción de estado, partiendo de la idea de que el sexo es un estado civil, cuyo supuesto de hecho no estaría comprendido en el procedimiento establecido en la rectificación de partidas que también toca incidentalmente aspectos relativos al estado civil; sobre todo si se considera que la modificación del sexo por transexualidad no es una mera rectificación por error del acta, sino que se trata de un cambio sobrevenido del sexo, generalmente mediante operación quirúrgica, sin modificación cromosómica o genética, por lo que la acción de estado no procedería por rectificación de un error registral, sino por una modificación del estado civil. Así al tratarse el sexo de una cualidad personal, unida íntimamente a la persona, con primordial importancia identificadora y calificadora, la declaración del sexo masculino o femenino de una persona, su desconocimiento y petición de inscripción o rectificación en el registro civil, originan acciones de la personalidad.

Ante esto se debe tener presente que el estado civil está unido a la personalidad, es su situación jurídica, su estatuto jurídico, así el estado civil en una concepción moderna, es entendido como un atributo de las personas naturales, como una cualidad que posee todo sujeto de derecho y que permiten su individualización y diferenciación a nivel jurídico. Por ello, determinar el estado de una persona es precisar sus contornos jurídicos, su situación frente al derecho, calificarla precisando el punto de vista bajo que se le considera, su condición dentro del orden jurídico que influye en sus facultades, capacidades y obligaciones, que determinan su individualidad.⁶⁵⁴

Tenemos que entender también el concepto de estado civil, que se define en su concepción amplia como *“el conjunto de condiciones o cualidades de una persona que la ley toma en consideración y que producen efectos o*

⁶⁵⁴ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *El Estado Civil.* Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas, Venezuela, 2002, pp. 359-371. Igualmente, esta autora nos indica que el concepto de estado civil se puede ver desde los siguientes puntos: amplísimo, amplio restringido o restringidísimo, siendo que como ella nosotros asumimos el amplio.

*consecuencias jurídicamente relevantes y que se refieren a una comunidad política, a su posición ante la familia y a la persona en sí misma independientemente de sus vínculos con los otros*⁶⁵⁵ (negritas propias). Así el estado civil no es simple y único, sino que es múltiple y comprende tres estados:

1. Estado Político: nacionalidad, regionalidad y ciudadanía (*status civitatis*). Relativo a las condiciones, cualidades o posición del individuo frente a una determinada comunidad política.

2. Estado Familiar: matrimonio, filiación y adopción (*status familiae*). Es la posición condiciones cualidades del individuo frente a la familia.

3. Estado Personal o Individual (*status personae*). Es conjunto de condiciones relativas a la persona considerada en sí misma, abstracción hecha a demás. En este sentido podemos decir que el sexo de la persona está incluida en el *status personae*.

En cuanto al derecho de familia que crea *estados* para los sujetos involucrados, lo tratamos en el Capítulo III, lo que se conoce como el estado civil familiar (*status familiae*), que determina la condición y la situación de una persona en el grupo familiar a que pertenece y conlleva una serie de derechos y obligaciones que varían según los distintos tipos de estado y se imponen a los miembros de cada familia y a los terceros, siendo que se refiere al conjunto de condiciones o cualidades jurídicamente relevantes que posee un individuo frente a una familia determinada, en cuanto a los estados de parentesco y matrimonio.

Por lo tanto, ahora a nosotros nos interesa para éste capítulo el tercer tipo de estado, el estado personal, que es “*el conjunto de condiciones o cualidades jurídicamente relevantes de una persona considerada en sí misma, abstracción hecha de sus relaciones con los demás*”⁶⁵⁶ (negritas propias). Las principales de estas cualidades o condiciones son:

1. El hecho de ser individuo de la especie humana de lo cual derivan la personalidad (natural) y los derechos de la personalidad.

⁶⁵⁵ En lo relativo a la explicación de estado civil en sentido amplio se tomara lo indicado por **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Op. Cit.* p. 72.

⁶⁵⁶ En el estado personal reproducimos lo explicado por **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Op. Cit.* p. 72.

2. El hecho de ser persona ella misma y no otra, es decir, su identidad, lo que implica al nombre e identificación.

3. La localización de la persona, es decir, sus sedes jurídicas.

4. Una serie de condiciones donde sobresalen la edad, la salud, **el sexo**, la interdicción, la inhabilitación, la emancipación que son las condiciones de la capacidad.

Estas son las condiciones de la capacidad, porque la ley las toma en cuenta para regular la capacidad de las personas (esto en cuanto a las diferentes limitaciones que posee la mujer frente al hombre, hecho que se ha eliminado en gran parte con la reforma del CC en 1982).

En cuanto al sexo, es un aspecto importante que nos diferencia de los demás, aunque hoy en día se han reducido las diferencias jurídicas entre hombres y mujeres, siendo que en ocasiones la pertenencia al sexo es fundamental y la ley le concede relevantes efectos jurídicos, así como puede ser particularmente necesario ante la existencia de nombres de pila neutros. Así al ser parte del estado civil, Lacruz Berdejo considera que dicho cambio implica una acción relativa al estado civil. Igualmente, María Candelaria Domínguez considera que el sexo es un elemento involuntario y producto de la naturaleza, por ello, esto sería lo que justificaría en el fondo la posibilidad de admitir jurídicamente al cambio de estado del transexual, porque tal problemática se presentaría como algo que escapa de la voluntad del afectado.⁶⁵⁷

Juvent Bas dice *“La identidad personal es un derecho personalísimo que implica por un lado, el derecho de todo ser humano a ser uno mismo y no otro. Por el otro lado, implica que la representación externa del yo se haga de acuerdo con la verdadera personalidad conforme a pautas objetivas de manifestación.”*⁶⁵⁸

Así se debe tener presente que dentro de *las características* que tiene el estado civil están: 1) la alternabilidad, ya que se posee un estado primero y luego otro como el de soltero a casado; 2) esas condiciones no pueden ser separadas de la persona sino de forma abstracta y no real; 3) el estado civil es único y

⁶⁵⁷ DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *El Estado Civil. Op. Cit.* pp. 379-383.

⁶⁵⁸ JUVENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. *XIV Jornadas de Derecho Civil.* Buenos Aires, del 25 al 27 de septiembre de 1997.

absoluto ya que se puede hacer valer *erga omnes*; 4) no es una *facultas agendi*, por lo tanto no es un derecho subjetivo; este interesa al orden público y es protegido por la ley por la importancia de sus consecuencias; 5) en sí mismo interesa al orden público siempre y por ello es necesario, indisponible e imprescriptible (aunque la ley en ciertos casos establece plazos para el ejercicio de las acciones). Por todo esto, la legislación otorga acciones para reclamar el estado que corresponda e impugnar el estado ajeno.⁶⁵⁹

De esta manera, en cuanto a la *intervención de la voluntad de los particulares en la constitución del estado civil*, en principio no puede modificar el estado civil sino sólo en aquellos casos en que lo permite la ley, y que presuponen la voluntad de la persona (ej. Matrimonio), otras veces es consecuencia de un hecho no voluntario pero en consecuencia o presupuesto de un hecho voluntario; en otros casos depende de la voluntad de otro sujeto (inquisición de la paternidad o maternidad). Sin embargo, no se considera un derecho subjetivo aunque genere derechos subjetivos a favor de la persona que se puede proteger en relación a su estado familiar con las acciones de estado.⁶⁶⁰

Otro aspecto es la *intervención de la voluntad en la modificación del estado civil*, lo que se observa cuando se adquiere un estado civil nuevo y se pierde el anterior, creando una modificación voluntaria en unos casos y en otros no (ej.: caso del matrimonio, el divorcio, etc.).⁶⁶¹

En cuanto a la *intervención de la voluntad en la transmisión del estado civil*, estos son en principio intransferibles, sin embargo se puede dar en ciertos casos la comunicación donde una persona adquiere el estado civil sin que la otra pierda su estado civil, este sería el caso de la facultad de la esposa de usar el apellido del esposo.⁶⁶²

Por otra parte, la *intervención de la voluntad en la extinción del estado civil*, hay que recordar que estos son irrenunciables y en principio no se extinguen por

⁶⁵⁹ En el estado civil reproducimos lo explicado por **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Op. Cit.* pp. 75-80.

⁶⁶⁰ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria**. *El Estado Civil. Op. Cit.* p. 390; así como en **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Derecho Civil I. Personas*. 23ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Fondo de Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela, 2010, p. 77.

⁶⁶¹ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Op. Cit.* p. 77.

⁶⁶² **AGUILAR GORRONDORA, José Luis**. *Op. Cit.* p. 77.

la voluntad particular, sin embargo cuando adquiere un nuevo estado extingue el anterior y en el caso del divorcio se da un ejemplo al igual que el caso de la nulidad del matrimonio, en el que se pone fin a un estado civil.⁶⁶³

Por lo tanto, los *efectos y consecuencias del estado civil*, es que influye en puntos como la determinación de la capacidad jurídica o de goce de las personas; en la capacidad de obrar y en la atribución de derechos, poderes y deberes, lo que está estrechamente relacionado con lo que es persona jurídica.⁶⁶⁴

De este modo, los elementos del estado civil se agrupan en dos categorías: A) factores de orden natural y B) factores de orden social como lo son: 1) la condición conyugal y origen familiar, 2) la condición de nacional o extranjero y la situación profesional.⁶⁶⁵

A nosotros nos interesan en este punto los factores de orden natural, que son elementos de orden biológico, criterios naturales, particularidades físicas. Entre estos elementos esta el sexo, el cual no da lugar a que haya un estado de hombre y un estado de mujer, sino que se toma en cuenta la diferencia del sexo en razón de la disparidad de aptitudes físicas de cada uno, y se utiliza como un factor *ab initio* de identificación. De este factor se extraen ciertas consecuencias, por ello es que se debe incluir en el acta o partida de nacimiento (Art. 466 del CC, Art.(s) 91 y 93 de la LORC), como lo sería las prerrogativas que tiene la madre en relación a la patria potestad de los hijos extramatrimoniales (Art. 261 inciso 4° en concordancia con el Art. 197 del CC); así como la opción que tienen de usar o no el apellido del marido (Art. 137 del CC); o los privilegios relativos a la feminidad y la maternidad contenidos en los Art(s). 330 y ss. de la LOTT; finalmente existe una diferencia en cuanto a la capacidad de las personas y el sexo, como lo es la capacidad especial para contraer matrimonio (Art.(s) 46 y 57 del CC).

Teniendo ya claro todo lo anterior en relación al estado civil y sus diferentes aspectos, es que podemos ahora pasar a hablar en relación a las acciones de estado, las cuales se entienden usualmente como que “*Son las actuaciones*

⁶⁶³ **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.* p. 77.

⁶⁶⁴ En el estado personal reproducimos lo explicado por **AGUILAR GORRONDORA, José Luis.** *Op. Cit.* pp. 80-81.

⁶⁶⁵ **OCHOA E. Oscar G.** *Personas. Derecho Civil I.* universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2006, pp. 277-283.

propias o por un tercero que buscan un pronunciamiento sobre el estado civil, este concepto será más amplio o restrictivo según el concepto que se tenga de estado civil y para nosotros es el concepto amplio.” Igualmente, en sentido amplio o *latu sensu*, se entiende como “*todas las que en una u otra forma se refieren al estado (individual o familiar) o a la capacidad de las personas.*” En *stricto sensu*, son “*aquellas que tienen por objeto hacer declarar o modificar o alterar o destruir un estado familiar cualquiera,*” es decir, son los mecanismo legales para sostener, defender, proteger, modificar, alterar o destruir los estados de familia.⁶⁶⁶

Pero las acciones de estado se ven más que todo como “*el derecho a obtener decisión sobre la filiación de alguien, hijo de tal madre o de tal padre, independientemente, hoy en día de la cualidad de esta filiación, legítima o natural (inquisición de maternidad o paternidad), o el derecho a obtener decisión sobre el desconocimiento de la filiación que alguien detenta de tal madre o de tal padre (acción de impugnación o de desconocimiento de maternidad o paternidad).*”⁶⁶⁷

En definitiva, las acciones de estado se pueden entender principalmente en un doble sentido, en el sentido amplio o *latu sensu*, ya mencionado que tiene por objeto hacer constatar, modificar o eliminar judicialmente el estado de una persona en el Estado, en la familia o en relación con su capacidad (como las acciones de reconocimiento de una nacionalidad, anulación del matrimonio, acciones de divorcio, de privación de patria potestad, etc.); y en sentido estricto o *stricto sensu*, con un sentido más limitado, teniendo por objeto establecer la filiación de una persona, poseyendo todas un carácter declarativo.⁶⁶⁸

Las acciones de estado se pueden clasificar en: 1) constitutivas, que se divide en: a) constitutivas propiamente dichas que crean un nuevo estado y b) supresivas o destructivas del estado que son las que eliminan un estado civil sin crear otro; y 2) declarativas que se subdividen en las de reclamación de estado y de impugnación, denegación o contestación de estado.

Dentro de las características de las acciones de estado son que interesan al

⁶⁶⁶ **LÓPEZ HERRERA, Francisco.** *Derecho de familia.* Publicaciones UCAB, T. I, Segunda ed. (Actualizada), Caracas, Venezuela, 2009, p. 91.

⁶⁶⁷ **OCHOA E. Oscar G.** *Op. Cit.* p. 294.

⁶⁶⁸ **OCHOA E. Oscar G.** *Op. Cit.* p. 295.

orden público, son indisponibles, a veces interviene el ministerio público, son imprescriptibles, los legitimados activos generalmente son ciertas personas indicadas por la ley a pesar de ser de orden público.

Por ello, las acciones de estado se diferencian de las acciones de rectificación de actas del estado civil, en que en estas últimas el objeto versa sobre la prueba del estado, que constatan el estado de las personas, pudiendo contener errores u omisiones que ocurrieron cuando se levantaron y que no afectan en ningún modo el estado de las personas; mientras que en las primeras versan sobre el estado mismo.

Debido a esto es que las personas que pueden ejercer las acciones de estado o los legitimados activos, en principio son únicamente las personas cuyo estado civil esté directamente interesado en el ejercicio de la acción de estado, ya sea su interés pecuniario o moral, por lo que salvo en situaciones excepcionales, los herederos no pueden, con ese título, ejercer las acciones de estado de que disponía su causante,⁶⁶⁹ así como tampoco los acreedores pueden demandar en lugar del deudor, incluso si ello es en interés de aquel.⁶⁷⁰ Del mismo modo, se debe negar el ejercicio de las acciones de estado al Ministerio Público, siendo que las nulidades del matrimonio constituyen una excepción (ver Art.(s) 117 y 221 y 121 a 123 del CC, así como el párrafo primero Art. 177 literales j) y k) de la LOPNNA); o de la acción de nulidad de la adopción Art. 509 de la LOPNNA y Art. 150 de la LORC siendo que esta última permite la intervención también de la Defensoría del Pueblo).

Por lo tanto, se trata de acciones personales (Art. 1.278 del CC), intransmisibles (salvo las excepciones de 202, 207, 229 y 439 del CC), indisponibles (Art.(s) 2 y 608 del CPC), imprescriptibles (salvo por lo establecido en el Art. 228 del CC), y en algunos casos se exige la publicidad (Art.(s) 126, 475, 506, 507 del CC; Art. 485, 488, 488-D, 489-G, 513 y 605 de la LOPNNA).

⁶⁶⁹ Como sería el caso del Art. 117 del CC relativo a la nulidad del matrimonio, que permite a los cónyuges, sus ascendientes, al Síndico Procurador Municipal y todos los que tengan interés actual de solicitar la nulidad del mismo, así como lo establecido en el Art. 150 de la LORC.

⁶⁷⁰ Así el Art. 1.278 del CC, dice que los acreedores pueden ejercer todas las acciones de su deudor salvo los que estén exclusivamente unidos o inherentes a su persona, como las acciones de estado.

En el caso de la notificación al Ministerio Público, en toda demanda concerniente del estado civil de las personas o referente a este asunto, debe ser dada al Ministerio Público para que examine y de su parecer; la falta de esta formalidad ocasionaría la nulidad del procedimiento debido a que esto interesa al orden público (Art.(s) 130, 131.5 del CC y Art. 752 del CPC, Art. 170 d) de la LOPNNA, en relación al matrimonio; Art. 231 del CC, Art. 131.3 del CPC y Art. 170 d) de la LOPNNA con respecto a la filiación matrimonial o extramatrimonial; Art. 509 de la LOPNNA y Art. 131 ord. 1 y 3 del CPC relativos a la nulidad de la adopción; así como el Art. 132 del CPC, el Art. 172 de la LOPNNA y el Art. 11.1 de la LOMP.

Por otra parte, este tipo de acciones tiene reglas especiales de pruebas, ya que tiene ciertas restricciones, debido a que el establecimiento de un estado civil queda fuera, en principio, de la voluntad de los interesados; por eso el juramento judicial no está admitido; y la confección, aunque pueda tener el valor de una presunción, no produce plena prueba, ni es vinculante para el juez. Incluso en casos como la inquisición de la paternidad el legislador presume una desconfianza ante los testimonios y las simples presunciones (Art.(s) 199, 210, 213 a 216 y 458 del CC).

De acuerdo a lo antes señalado, es evidente que la competencia es exclusiva de los tribunales civiles, motivado por la voluntad del legislador, por lo que de esta forma se deroga el antiguo principio de que “*lo criminal obliga a lo civil en materia de estado*”, siendo que aquí es al revés, lo civil obliga a lo criminal en materia de estado.

Con respecto a los efectos de la cosa juzgada en las acciones de estado, se debe destacar en primer lugar que no se da una cosa juzgada relativa sino absoluta o material por atentar contra la unidad de estado, todo esto sin afectar los intereses de los terceros dándoles oportunidad de defenderlos. Igualmente, tienen efectos *erga omnes* las sentencias constitutivas de estado y las supresivas, así como tienen ese efecto las decisiones judiciales dictadas fuera del proceso que constituyen estado como son los decretos de adopción una vez insertados en los registros correspondientes (a pesar de no ser sentencias no se puede dar efectos

de autoridad de cosa juzgada) y los interesados pueden impugnar estas decisiones mediante acciones de nulidad (Art. 507 del CC).

En las sentencias constitutivas de un nuevo estado civil y las de supresión de estado o capacidad se observa que producen inmediatamente efectos *erga omnes* para las partes, los terceros y a los extraños al procedimiento (Art. 507 ord. 1º del CC). Mientras que, en las sentencias declarativas que reconozcan o nieguen la filiación o sobre reclamación o negación de estado, el legislador distingue varias situaciones, en donde se observa:

1. Dictada la sentencia e insertada en el registro respectivo, hasta que venza un año de la publicación de un extracto de la misma, la sentencia produce efectos absolutos en cuanto es oponible a todos, pero cualquiera puede impugnar el fallo durante ese tiempo y por eso su efecto de cosa juzgada no es absoluta durante ese tiempo, salvo para las partes intervinientes en el juicio, sus herederos o causahabientes y quienes no intervinieron en el juicio pese a estar enterados del mismo.

2. La impugnación del fallo es demandando a todos los que intervinieron en el juicio, para declara la falsedad del estado contenido en el fallo impugnado. La segunda sentencia será obligatoria para todos y no se admite recurso alguno en contra de ella.

3. Después de transcurrido ese período de un año de publicación de esa primera sentencia sin que nadie intentara impugnarla e insertada en el registro correspondiente adquiere sus efectos absolutos de cosa juzgada y ya no se puede plantear por nadie la verdad o falsedad del estado declarado.

Todo esto en la búsqueda de la seguridad jurídica y basándose en el principio de la cosa juzgada: *res judicata pro veritate habetur* (la cosa juzgada se tiene por verdad).⁶⁷¹

Es importante señalar que la constancia del sexo en el registro civil viene exigida como mención de identidad, en tanto que se trata de una cualidad relevante para el derecho, pero no en cuanto sea considerado *per se* como un

⁶⁷¹ En este sentido se puede ver el Art. 506 del CC, Art. 509 de la LOPNNA en relación con el Art. 3 de la LORC y el Art. 272 del CPC.

estado civil. No obstante, hasta hace poco (respecto a la historia del derecho) se consideró al sexo como estado civil, donde la tradición jurídica lo consideraba trascendente para determinar la posición y la capacidad de la persona, presentándose como indisponible e inmerso en el terreno del orden público, por lo que bajo esta consideración se debería exigir la intervención jurídica para dar un carácter de permanencia al sexo.⁶⁷² De esta manera, y bajo la consideración del sexo como un estado civil, sirvió de fundamento a los tribunales franceses para negar el cambio de sexo, basándose en que las actas del estado civil eran indisponibles, así como que se encontraba involucrado el orden público, pero este criterio lo cambiaron a principio de los años ochenta, vista la evolución científica que permitía efectuar una reasignación del sexo, lo cual eliminaba su carácter de inmutabilidad; esto se puede observar en la sentencia del Tribunal de Casación francés de 31 de marzo de 1987 y la de 21 de mayo de 1991, que fueron determinantes para la condenatoria del Estado francés por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante sentencia de 25 de marzo de 1992, caso Botella, por considerar violado el Art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, respecto a la vida privada, la no admitir la modificación del acta de nacimiento después de un cambio de sexo en nombre del respeto debido a la vida privada.⁶⁷³

Por ser el sexo parte del estado civil, la doctrina ha indicado que su cambio por intervenciones médico quirúrgicas, implica una acción relativa al estado civil.⁶⁷⁴

En Europa predomina la declaración judicial recaída en el contexto de una acción de estado, tal como ocurre en Suecia, Alemania, Países Bajos, Italia y Gran Bretaña que poseen leyes que exigen acudir ante los tribunales. Por otra parte están Francia, Suiza, Portugal, Grecia, Luxemburgo y Polonia, que aunque no cuentan con una normativa expresa al respecto, los jueces han resuelto estas situaciones.⁶⁷⁵

⁶⁷² La Ley 3/2007 de España no exige para la rectificación registral la realización de los procesos quirúrgicos de reasignación sexual.

⁶⁷³ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.* pp. 31-35.

⁶⁷⁴ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* *Op. Cit.* p. 56.

⁶⁷⁵ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.* p. 180.

Sin embargo, se ha dicho que no cabe la acción de modificación por medio de una acción de estado, en sentido propio, aunque el sexo forme parte de la identificación de la persona, ya que no se cumple con las peculiaridades propias de este tipo de acciones⁶⁷⁶ y que ya señalamos en los párrafos anteriores, lo cual se comparte, motivo por el cual tampoco se considera es la vía judicial idónea para dar solución a los diferentes aspectos involucrados en este tipo de situaciones.

Cuarta solución posible (acción mero declarativa de estado)

La acción mero declarativa, está consagrada genéricamente en el Art. 16 del CPC, siendo interpuesta ante el órgano jurisdiccional a los fines de que se declare la existencia de un determinado derecho, siendo el único medio para obtener la garantía jurisdiccional del Estado, el reconocimiento satisfacción del derecho que no ha sido reconocido o satisfecho por el titular de la obligación jurídica, por lo que debe el accionante tener una incertidumbre respecto de un derecho o una relación jurídica y se llama a juicio a un demandado a que reconozca o no el derecho o la relación jurídica, asumiendo la carga de la prueba el accionante.⁶⁷⁷

El Art. 16 del CPC establece la acción declarativa de estado, la cual supone la existencia de una situación preexistente. Este pareciera ser un mecanismo

⁶⁷⁶ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.* pp. 188-191.

⁶⁷⁷ Así lo señala la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de 26/03/2007, exp. N° 44.072, que al analizar el Art. 16 del CPC, señaló que la misma está referida a la necesidad del proceso como único medio para obtener la garantía jurisdiccional del Estado, el reconocimiento o satisfacción de un derecho que no ha sido reconocido o satisfecho por el titular de la obligación jurídica, tratándose “*de una acción por la cual una parte (demandante) que afirma que otra (demandado) le niega la existencia de un derecho, acude ante el órgano jurisdiccional a través de un juicio de cognición, dado que no puede obtener la satisfacción de su derecho por otra vía, recayendo la carga de la prueba sobre el demandante, para que, luego de trabada la litis y de oír a las partes, el juez haga cesar la incertidumbre a través de la sentencia por medio de la cual se reconoce el derecho o la existencia de la relación jurídica invocada,*” además de estimar que la acción merodeclarativa no fue concebida para que las partes con la sola manifestación de voluntad obtengan del juez una sentencia, siendo que resulta impretermitible concluir que en las acciones merodeclarativas se requiere que el demandante tenga una incertidumbre respecto de un derecho o una relación jurídica y llama a juicio a un demandado que ha de reconocer o no sobre la existencia del derecho o la relación jurídica invocada, y siendo aquél quien pide la actuación de la ley, deberá asumir la carga de la prueba conforme a las reglas generales sobre el particular, para que finalmente el juez a través de la sentencia haga cesar la incertidumbre, declarando inadmisibles la acción (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2116-26-44072-.html>).

viable debido a que: (i) efectivamente existe una situación preexistente que debe ser reconocida legalmente a los fines de otorgar seguridad jurídica (en el caso de los intersexuales mas no de los transexuales); y (ii) no existe propiamente en nuestro ordenamiento jurídico otra acción que permita a la persona satisfacer su interés. Con lo cual se llenarían los requisitos para una acción declarativa de estado civil según los Art.(s) 506 y 507 del CC sobre los efectos de los actos judiciales en el estado y capacidad de las personas cuando dice “...*en general las que modifiquen el estado o capacidad de las personas ... se insertarán en los libros correspondientes del estado civil...*”. Este Art. 506 del CC se refiere al estado civil de las personas en general, es decir, *latu sensu*, con lo cual se verificaría en la partida de nacimiento el correspondiente pronunciamiento judicial. El Art. 507 del CC no pareciera aplicable para el caso específico por cuanto se refieren específicamente a las sentencias recaídas en juicios de acción de estado civil, salvo que consideremos que al estar involucrado el sexo, se considere que se encuentra involucrado un aspecto del estado civil, lo cual ya tratamos en el punto anterior.

Lo cierto es que este Art. 506 del CC se establecen claramente dos objetos: 1) la mera declaración de la existencia o no de un derecho; 2) la mera declaración de la existencia o no de una relación jurídica y por supuesto su sentido o alcance; y 3) la Corte Suprema de Justicia estableció un tercer objeto a esta acción, y es el declarar la existencia o no de una situación jurídica.⁶⁷⁸

En cuanto al primer supuesto la parte accionante aspira y solicita del órgano judicial competente, que previa la constatación de los hechos alegados, declare la existencia o inexistencia de un determinado derecho, favorable a sus intereses, casi siempre económicos.

En lo que respecta al segundo supuesto, el objeto de la acción está dirigido a comprobar, en primer término, si ciertamente existe o no una determinada relación jurídica de la cual hay dudas y, de ser afirmativa la indagación, su verdadero alcance y sentido.

⁶⁷⁸ Este tercer criterio ha sido ratificado por la actual Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° RC.00637/06.10.2008.

En la acción mero declarativa el actor debe narrar en su libelo los hechos que dan origen a la acción que va a proponer, y si lo considera conveniente, citar el derecho en el que sustenta sus pretensiones, la narración de los hechos y la invocación del derecho aplicable, motivo por el cual se tiene que ser claro y preciso, así como de ser de tal contundencia, que lleven al juzgador a considerar que: 1) el objeto de la demanda pueda ser tutelado por el derecho; y 2) que para el ejercicio de tal tutela la única vía judicial, es la acción mero declarativa, siendo la existencia esta última la condición, *sine qua non* que ha consagrado el legislador procesal para que sea admisible dicha acción.

En los procesos mero declarativos, existe una incertidumbre por falta o deficiencia de título, sea por amenaza al ejercicio del derecho o peligro de daño, que autoriza la actuación en vía preventiva para crear la certeza oficial que aleje anticipadamente el peligro de la trasgresión posible en el futuro, evitando el daño que causaría si la ley no actuase, por lo que la acción mero declarativa, de la declaración simple o de la mera certeza, según la ley y la doctrina, debe ser el único medio por el cual pueda, quien lo intente pueda satisfacer sus intereses.⁶⁷⁹

Así este tipo de sentencias de pura declaración (*Judgments Declaratoires, Festse Llungsurteile, declaratory judgments*) comprende *latu sensu*, todos los casos en que la sentencia del juez no puede ir de ejecución forzosa. En este sentido amplio significado entra toda la gran cantidad de sentencias que desestiman la demanda del actor y la de sentencias consecutivas como: 1) las que declaran la existencia del derecho hecho valer en juicio; y 2) las que declara la existencia del derecho a modificación del estado jurídico actual, modificado que no se realiza por medio de la ejecución forzosa, sino que actúa *ope legis*, como consecuencia de la declaración del juez.⁶⁸⁰

Además, lo anterior toma mayor relevancia al tomar en cuenta que únicamente pueden ser demandadas por la vía de la acción de rectificación las

⁶⁷⁹ La doctrina en palabras de **PALACIOS, Leopoldo**. *La Acción Mero-Declarativa*. Ediciones Liber. Caracas, Venezuela, 2002, p. 127 y en **HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo**. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil*. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo, Venezuela, 1986, pp. 94-95.

⁶⁸⁰ **CHIOVENDA, Giuseppe**. *Institución del derecho Procesal Civil*. Volumen 4. Editorial Jurídica Universitaria, S.A. México, 2001, p. 124, señala esto en relación a la acción mero declarativa.

correcciones por errores materiales que no se refieran al fondo del derecho; por lo que desde el momento en que la rectificación ponga en juego una cuestión de estado civil, esta última cuestión es la que ha de resolverse para obtener la rectificación por vía de consecuencia y no por vía principal. Sin embargo, son numerosas las personas que intentan evitar las reglas restrictivas de ciertas acciones de estado utilizando la tangente o vía alternativa del procedimiento de rectificación registral o directa, abierto a todo interesado, sin límite de duración; por eso ha tenido que precisar la jurisprudencia en ciertos casos con exactitud el ámbito de la acción de rectificación y el de las acciones de estado.⁶⁸¹

Pero, no basta un simple interés moral para la rectificación del estado civil y el Ministerio Público puede intervenir de oficio por el interés del buen funcionamiento de los registros, como sería el caso de la nulidad del matrimonio, todo ello debido a que las partidas constituyen un procedimiento de prueba del estado civil, y como el estado civil y la acción de estado son imprescriptibles, se entiende porque también es imprescriptible el derecho de hacer que se introduzcan modificaciones en la partida probatoria, después de intentada la acción de estado y ser declarada con lugar.

Si observamos con cuidado notamos que el ámbito de la acción de rectificación y el objeto del procedimiento de rectificación de las inscripciones del registro civil es *“la subsanación de un error material, que en nada afecta al estado civil; la demanda de rectificación no debe tener como consecuencia una modificación del estado civil, ni plantear una cuestión que concierna al mismo; es decir, al fondo del derecho”*⁶⁸². Tal rectificación no podría ser obtenida más que por una acción de estado; y la rectificación no sería sino la consecuencia del fallo pronunciado sobre esa acción.

Para eludir las reglas restrictivas de algunas acciones de estado (plazos perentorios, limitación de las personas que pueden actuar en juicio, restricciones en cuanto a los procedimientos de prueba) y de beneficiarse con las resoluciones

⁶⁸¹ MAZEAUD, Henry y León y Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil. Los sujetos de derechos. Las personas*. Parte Primera. Volumen II. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1959, p. 94.

⁶⁸² MAZEAUD, Henry y León y Jean MAZEAUD. *Op. Cit.* pp. 100-101.

rectificativas que se pronuncien, la mayor parte del tiempo, sin contradictor, se intenta hacer que se resuelvan una cuestión de estado civil disimulándola tras una simple demanda de rectificación, lo cual es lo que se ha pretendido hacer y se ha hecho en varios casos relativos al intersexualismo, transexualismo y los transgéneros, tal como lo hemos visto en los puntos anteriores.⁶⁸³

De allí, que se debe tener claro que la acción mero declarativa persigue no una resolución de condena a una prestación de dar, de hacer o no de una relación jurídica, sino que con ella se permite aclarar sobre aspectos de una relación jurídica que se encuentra en estado de incertidumbre, por lo que una de sus principales características, dada a su naturaleza, es que no requiere de la ejecución voluntaria a la que hace referencia el Art. 524 del CPC, despeja dudas y muchas veces tiene efectos retroactivos.

De este modo, se observa que hay sentencias que declaran el cambio de sexo y de nombre a través de acciones mero declarativas como la del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Segundo circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, de 18/01/2007, exp. N° 2006-0040, relativa a un intersexual en la que se consideró que aunque según lo dispuesto en el artículo 338 del CPC, las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se deben ventilar por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial, al considerar que no hay partes por cuanto no hay un legitimado pasivo contra quien se pudiera accionar, admitió por auto del 22 de febrero de 2006 la acción merodeclarativa por el procedimiento de rectificación de partidas previsto de los Art.(s) 768 al 774 del CPC; en igual sentido estimó que colocar una nota marginal sería violatorio de los derechos reconocidos en el Art. 60 de la CRBV y por lo tanto, para garantizar lo establecido en el Art. 81 *eiusdem* aplicó análogamente el entonces vigente Art. 39 de la Ley de Adopción (actualmente Art.(s) 493-J y 494 de la LOPNNA), ordenando se levante una nueva partida de nacimiento, cancelando la anterior y solamente haciendo mención a la fecha y número de expediente de la sentencia

⁶⁸³ MAZEAUD, Henry y León y Jean MAZEAUD. *Op. Cit.* p. 101.

como nota marginal, en el caso de este intersexual.⁶⁸⁴

Se considera igual que María Candelaria Domínguez Guillén, que el sistema de nota margina no vulnera los derechos personales del solicitante, toda vez que dicha nota se limita simplemente al cambio formal de la mención del sexo y del nombre, sin explicar las razones de su procedencia, como ocurre en el caso del error material, aunado al hecho que la mención de cancelación e indicación de los datos sentencia en nota marginal también da acceso a la información que se pretende ocultar, siendo que la cancelación puede generar más curiosidad que la simple nota marginal.⁶⁸⁵

También, señala la anterior autora que dentro de la función registral además de ser una prueba preconstituida, está el de servir de fuente de información a los terceros, inclusive en el ámbito personal, por ello son documentos públicos, ya que cualquiera puede acceder a la información, por eso los datos como el nombre, filiación, edad, sexo, etc., no forman parte de la intimidad de la persona porque aun cuando algunos puedan ser incómodos para el interesado no están sujetos a permanecer secretos, sobre todo si se puede afectar derechos de terceros, sobre todo al considerar que el límite de los derechos personales es el de los demás (Art. 20 de la CRBV). De esta forma considera que lo importante, es obtener una declaración judicial que permita formalmente materializar el cambio de sexo y de nombre, y la prohibición de acceso a terceros de la decisión judicial es algo que excede de la preservación del derecho a la intimidad, ya que el sexo no puede ser objeto o un elemento secreto, porque el mismo argumento se podría utilizar con la filiación extramatrimonial o de la filiación no establecida legalmente.⁶⁸⁶

Por ello, considera la profesora Domínguez que igualmente el haber ordenado la sentencia la cancelación de la partida original, aplicando

⁶⁸⁴ Puede ser consultada en <http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/1140-18-2006-0040-.html>.

⁶⁸⁵ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. N° 130. Caracas, Venezuela, 2007, pp. 88.

⁶⁸⁶ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit. pp. 89-90. Esta afirmación no es compartida por nosotros, ya que sí estimamos que el permitir el libre acceso de esta información a cualquier persona podría lesionar varios derechos constitucionales, como los que ya hemos mencionado en el presente capítulo.

analógicamente el Art. 39 de la Ley de Adopción, y ordenando que se levantase una nueva, es algo no previsto en nuestro ordenamiento jurídico, aunque pudiera considerarse *lege ferenda* en aquellos supuestos excepcionales en los que se levante una partida errada que no se corresponda con la realidad, pero en el presente caso no es procedente la analogía, porque la LOPNNA en sus Art.(s) 432 y 433 alude es a estampar en la partida de nacimiento las palabras “adopción plena”, que es lo que establecía la derogada Ley de Adopción, sin hacer referencia alguna a cancelación de partida.⁶⁸⁷

No obstante, se debe tener presente que en los supuestos de procedencia de este tipo de acción de estado, en el primer supuesto está que la parte accionante aspira y solicita del órgano judicial competente, que previa la constatación de los hechos alegados, declare la existencia o inexistencia de un determinado derecho, favorable a sus intereses, casi siempre económicos, siendo que el presente caso no existe derecho que se deba reconocer o deba ser constituido, ya que no se le está negando ninguno. En lo que respecta al segundo supuesto, el objeto de la acción está dirigido a comprobar, si ciertamente existe o no una determinada relación jurídica de la cual hay dudas y, de ser afirmativa la indagación, su verdadero alcance y sentido, siendo que tampoco existe duda con respecto a las relaciones jurídicas existentes de la persona. Por lo que respecta al tercer supuesto establecido jurisprudencialmente de declarar la existencia o no de una situación jurídica, se refiere a situaciones en las cuales puede encontrarse un sujeto, en vista de las cuales pasa a ser el centro de una serie de relaciones jurídicas o como el conjunto de derecho y deberes determinados o eventuales que el derecho atribuye a una persona colocada en ciertas condiciones, siendo hechos a los cuales el derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes, estableciendo si se es un sujeto activo o sujeto pasivo, lo cual pareciera que tampoco es el supuesto.

Por lo tanto, la acción mero declarativa tiene una carácter meramente

⁶⁸⁷ **DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit. pp. 90-92.

residual o subsidiario,⁶⁸⁸ por lo que, permitir el cambio de sexo y de nombre por esta vía, sólo sería procedente ante la inexistencia de otra acción para satisfacer la pretensión alegada, siendo que existe otra opción la cual mencionaremos más adelante, y al parecer de María C. Domínguez G., como lo sería el procedimiento previsto en los Art.(s) 768 y ss. del CPC, aunado al hecho de que en el proceso mero declarativo no estaría claro quién sería la persona demandada. Además el sexo como elemento o atributo que se encuentra dentro del estatus personal que forma parte del estado civil, es una cualidad o condición que aunado a que lo tiene todo sujeto, lo individualiza o diferencia de los demás, siendo que no se ubica propiamente como derecho o relación jurídica para que proceda esta acción.⁶⁸⁹

La vía de acción de estado resulta improcedente al igual que la acción de amparo constitucional ya que versa estos casos atienden más a problemas de autodeterminación informativa, que en principio es tutelable por el *habeas data* y no este tipo de acciones o por el amparo, ya que se debe tratar la divergencia que existe entre una realidad formal (documentos públicos y privados), y una realidad sustancial (que la parte solicitante tiene por su condición psicosocial), con lo cual se afecta a sus derechos fundamentales, lo cual es subsumible en el Art. 20 de la CRBV, por lo que, la pretensión que aquí se esboza es una pretensión autoinformativa, y no una solicitud de restablecimiento de derechos fundamentales.

Quinta solución posible (habeas data)

El *habeas data* es un derecho y una garantía constitucional que pretende proteger y defender el derecho a la privacidad y a la intimidad, sin limitar el

⁶⁸⁸ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 2003, exp. N° 02-2249, señaló que “*Como se observa, el ejercicio de la acción merodeclarativa –la cual tiene un carácter subsidiario– pretende crear la certeza, a través de una declaración judicial, de la existencia o no de un derecho o relación jurídica; ahora bien, la acción in commento no puede referirse a una situación abstracta, sino a un caso concreto, en el cual se evidencie tal incertidumbre*” (<http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2003/enero/025-30-02-2249-2003-251.html>).

También el El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia de 19/10/2006, exp. N° 00-3234, dijo “*En consecuencia, habida cuenta del carácter eminentemente residual de la acción de merodeclaración y siendo que la parte actora tiene una vía idónea para la satisfacción de su interés, debe ser declarada la inadmisibilidad de la demanda que dio origen a este proceso*” (<http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/2117-19-00-3234-.html>).

⁶⁸⁹ **DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit. pp. 87-88.

derecho a la información, pero dotando a los individuos de un mecanismo de defensa efectivo, sencillo, expedito y de rango constitucional que lo proteja de la acumulación de información que recopilados en una base de datos, sin reglamentación alguna para su uso, puede hacer nugatorio el derecho a la intimidad.⁶⁹⁰

Es el derecho de acceso y rectificación de la información y de una especial protección para la información de naturaleza sensitiva (como la religión, creencias políticas, genética o información médica); siendo que esa información recolectada ha de tener un propósito específico, y no debe ser usada con un fin distinto al que motivó dicha recolección, debiendo ser correcta y adecuada al propósito perseguido, siendo almacenada sólo por el tiempo necesario para cumplir con el objetivo de la recolección.

El *habeas data* se ha entendido como un derecho individual, como un derecho constitucional y como una modalidad de amparo.⁶⁹¹

Este tipo de acciones se impone a los Estados como obligación de conciliar el derecho a la intimidad en el tratamiento de los datos personales con el derecho a la libertad de expresión, entre otras. Así entre los derechos reconocidos por este tipo de acción se encuentra el derecho de oposición de dar información, el de

⁶⁹⁰ En cuanto a los distintos conceptos se puede ver **DELPIAZZO, Carlos E.** *Protección de los datos personales en tiempos de internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad.* Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° III. Uruguay, 2002; **GUERRA PÉREZ, Walter D.** *Habeas data.* Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° VII. Uruguay, 2005; **HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo.** *El Habeas Data y el Derecho de la Persona con Transtornos de Identidad de Género a obtener documentos relativos a su Identidad Biológica.* Revista de Derecho Constitucional. N° 8. Editorial Sherwood. Julio-Diciembre 2003. Caracas, Venezuela, 2003; **MARÍN GARCÍA, Gustavo y José Ramón MEDINA.** *Sobre la protección de información de datos y el habeas data en Venezuela: hacia su desarrollo legislativo.* Revista de Derecho Administrativo. N° 14. Editorial Sherwood. Enero-Abril, 2002. Caracas, Venezuela; **ORTÍZ ORTÍZ, Rafael.** *Algunas consideraciones sobre el hábeas data como derecho civil fundamental.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. II. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 35-106; y **ROMAY INCIARTE, Lissette.** *El habeas data en la legislación venezolana y el derecho extranjero.* Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 242. Maracaibo, Venezuela, 2003.

⁶⁹¹ **MARÍN GARCÍA, Gustavo y José Ramón MEDINA.** *Op. Cit.* pp. 161-165. También la Sala Constitucional ha entendido al *habeas data* como una garantía de tutela de los derechos fundamentales, particularmente de los derechos de la personalidad que permite a la persona ejercer su derecho a la autodeterminación informativa, y a la protección o tutela de su derecho a la identidad personal, y al resguardo de sus demás derechos fundamentales como se puede observar de la sentencia N° 332/14.03.2001.

información, el de acceso, el de rectificación, el de supresión, el de tutela, el de impugnación y el de consulta.

Así debe existir una protección de datos, se debe dar seguridad, se debe proteger la privacidad y la intimidad, así como la libertad, lo cual se obtiene mediante un conjunto de técnicas legales, técnicas y administrativas.

De esto se deriva lo que se ha conocido como el derecho a la autodeterminación informativa, entendida como la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente los almacenados mediante medios informáticos, siendo un derecho personalísimo que ha adquirido autonomía conceptual con relación a otros derechos de la persona como la intimidad o privacidad, la imagen, el honor o la identidad personal, y se integra en el amplio contexto de la libertad y la identidad personal.

Por ello, es que se debe prohibir utilizar la información personal con una finalidad diferente a la declarada o propuesta al ser ingresados los datos al registro, siendo que su difusión de manera diversa, sin el expreso consentimiento del titular de los datos personales o sus sucesores, y una prohibición absoluta para la coleta de datos personales, sobre todos cuando se refiera a los llamados “datos sensibles”, especialmente los aspectos ideológicos, convicciones políticas, religiosos, orientación o conducta sexual, y aquellos temas de salud que pueden ocasionar discriminación.

Por esto, es que se puede intentar esta acción para rectificar, actualizar, cancelar o pedir la confidencialidad de esos datos. Todo esto se vincula con el derecho a la intimidad ya mencionado en los Capítulos II y IX.

Por ello, para que los derechos del individuo no queden desprotegidos, se debe establecer y fortalecer el derecho de los individuos a consentir quién, cómo, cuándo, dónde y para qué pudieren recolectarse, almacenarse, procesarse y transmitirse los datos referidos a su persona.

Con relación al derecho a que se actualice lo compilado, la Sala Constitucional en sentencia N° 332/14.03.2001 estableció que las acciones destinadas a tal efecto, deben tomar en cuenta el derecho a la defensa de quien

lleva los asientos cuya destrucción se solicita, cuando el derecho alegado se refiere a la falsedad del contenido de lo guardado y a la afectación ilegítima que tales anotaciones produzcan al accionante (información sensible), de manera que, las mismas *“atienden más a una acción autónoma que a un amparo, ya que en ellos consiguen constituir nuevas situaciones jurídicas en los ‘archivos’ del demandado, antes de restablecer la situación jurídica del accionante, que viene a ejercer un derecho con el fin que se excluya desde la fecha del fallo en adelante, algún dato o datos del archivo”*. Asimismo, la Sala sostuvo en esa oportunidad, lo siguiente:

*“Mientras no se esté utilizando en contra de alguien, las informaciones y datos recopilados no están causando sino un daño potencial, que no constituye ni siquiera amenaza inminente; y cuando los utiliza quien los guarda, si con ello lesiona al accionante, se está ante una situación irreparable para los efectos del amparo, siendo ya ella de imposible restablecimiento. De allí, que en los supuestos b) y c) lo natural para enmendar los errores y los daños ilegítimos a las personas, grupos o comunidades, es un acción autónoma que lo que persigue no es restablecer situación jurídica alguna, sino destruir o rectificar lo inexacto o dañoso que consta en los ordenadores de información (...).”*⁶⁹²

En atención a las consideraciones expuestas en el fallo parcialmente citado, puede pensarse que el objeto de la pretensión deducida en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros se puede subsumir dentro del *habeas data*, pero no en el sentido de destruir la información relacionada con el accionante, pues no se alega la falsedad de la documentación, sino que se actualicen los datos, pues la información que aparece en la data sería modificada por hechos posteriores que efectuara la parte solicitante, y esta información no aparecería en los archivos y bases de datos públicos y privados. Por ello, la vía de amparo no es la adecuada en el presente caso.

Por ello, no se puede pensar que en este tipo de casos se deben excluir del *habeas data* los ficheros y registros públicos que son accesibles al público, ya que estos se encuentran excluidos sólo cuando efectivamente posean una normativa

⁶⁹² Además esta sentencia indicó que los registros oficiales reservados, no secretos, sí están sujetos al Art. 28, al igual que los datos de los públicos que carezcan de normativa que permita depurarlos, ya que tal omisión legal causaría a las personas los perjuicios que el Art. 28 constitucional busca evitar.

que permita depurarlos (nulidades, rectificación de partidas, etc.), por lo que cuando dichos mecanismos no existan es posible interponer la acción de *habeas data* del Art. 28 constitucional.⁶⁹³

Con los avances tecnológicos que cada vez son más vertiginosos dentro de este mundo globalizado, se acortan las distancias y los tiempos a los fines de obtener información, compilar la misma, procesarla o realizar cualquier otra actividad relacionada con esta, con lo cual se puede llegar incluso a invadir el derecho a la intimidad o a la privacidad, así como a los derechos relacionados con estos. Por esto es que surge el derecho a la autodeterminación informativa que pide sea salvaguardado por la parte solicitante, por indicar que se refiere a datos de carácter personal que se encuentra en manos de terceros y que penetran en su privacidad.

En este sentido, el *habeas data* surge como una herramienta judicial idónea para lograr la protección de este y demás derechos involucrados en este tipo de casos, ya que se trata de una de las garantías más modernas para solicitar judicialmente para solicitar la exhibición, actualización, rectificación o la destrucción de la información y datos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Todo esto debido a que el *habeas data* otorga el derecho constitucional al acceso, conocimiento sobre el uso y finalidad de la

⁶⁹³ Incluso en este sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia N° 332/14/03/2001 (Caso: INSACA), cuando dijo:

“El derecho al acceso y al conocimiento del fin para el cual se recopila, denota que la norma no es aplicable a registros abiertos al público, ya que la finalidad de estos últimos se encuentra establecida por la ley y es conocida por todos, además de ser por su naturaleza públicos, accesibles. De allí, que los registros públicos de cualquier naturaleza (estado civil, propiedad industrial, aéreo, mercantil, regido por la Ley de Registro Público, etc.) escapan del ámbito del artículo 28, y los errores, rectificaciones, anulaciones, y otros correctivos de los asientos se adelantarán por las leyes que los rigen (nulidades, rectificación de partidas, etc.). Los registros oficiales reservados, no secretos, sí están sujetos al artículo 28, al igual que los datos de los públicos que carezcan de normativa que permita depurarlos, ya que tal omisión legal causaría a las personas los perjuicios que el artículo 28 constitucional, está tratando de evitar, con los derechos de actualización, rectificación y destrucción, que luego contempla este fallo.

De lo expuesto hasta ahora, dos derechos claves ligados al llamado habeas data, por encontrarse contemplados expresamente en el artículo 28 de la vigente Constitución, son el de acceso y el de conocer la finalidad y uso de los datos recopilados por quien los utiliza. E igualmente existen implícitos, un derecho general de conocer la existencia de las recopilaciones, y un derecho a la respuesta.” (Negrillas nuestras)

información y los datos que sobre sí misma, sobre sus bienes o su grupo familiar consten en registros oficiales o privados.

Con esto se busca el resguardo de la idoneidad, actualización y la buena fe de la información, en protección de la intimidad, protección de los datos sensibles y no lesividad de los derechos constitucionales en el uso de esa información o data. Con esta acción extraordinaria, toda persona tiene la posibilidad de acudir a los bancos de datos y archivos públicos o privados a los fines y dentro de los términos establecidos en el Art. 28 de la CRBV, para no quedar indefenso ante las entidades que se dedican al registro de datos personales y que controlan los elementos informáticos, técnicos y organizativos que pueden perjudicar los derechos fundamentales, sobre todo al considerar el valor de cambio que posee la información, reconocido además en el Art. 19 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, también en el Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y en el Art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sobre honra, reputación, vida privada y familiar (Art. 14 San José).

Visto que la solicitud del accionante se referiría al petitorio de cambio, modificación, corrección y destrucción de los datos e informaciones que se encuentran recogidos sobre su persona en archivos públicos y privados que señalan su condición física de persona, la cual ha cambiado y se ha modificado, se podría pensar que efectivamente guarda relación con el derecho de autodeterminación informativa.⁶⁹⁴

⁶⁹⁴ Entendiendo que la autodeterminación informativa se refiere al derecho que posee la persona de decidir qué información personal ofrecer sobre sí misma y que acceso permite sobre la recopilación, recolección o almacenamiento de datos o informaciones de carácter personal que se encuentran en manos de un tercero y que pueden facilitar el que se penetre o conozca aspectos privados y personales del individuo, siendo que aisladamente podría parecer que no tienen ninguna importancia o significación relevante, pero que en conjunto o relacionados entre ellos y con otros datos si lo hacen, afectándose de esa manera los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la vida privada, al honor, a la reputación, entre otros. Por lo tanto, se posee un control -que no es ilimitado- sobre esos datos, así como de los archivos contentivos de la información que sobre la propia persona interesada existen o se poseen, en cuanto a su recolección, utilización, almacenamiento, transmisión, entre otros.

Así, el *habeas data* como derecho se relaciona con la información sea esta automatizada o no, en cuanto a la facultad que tiene el individuo de controlar las informaciones (acceso a la información, rectificación, modificación, destrucción, actualización, entre otros) que de su persona consten en las base de datos o redes de información, por lo que se encuentra íntimamente relacionado o da el derecho a la autodeterminación informativa. Igualmente, es una garantía, medio, instrumento o mecanismo procesal en cuanto a que permite el acceso a los órganos de administración de justicia en protección de otros derechos fundamentales como la intimidad, el honor, la reputación, la vida privada, etc., que se encuentran relacionados según las circunstancias y los hechos con el *habeas data* como derecho.

Por eso, Giancarlo Henríquez Maionica, sostiene que la vía adecuada para los casos de intersexualismo, transexualismo y los transgéneros, es la vía del *habeas data*, sobre todo al considerar que la doctrina y la jurisprudencia ha sido incompleta, ya que en los derechos protegidos por esta vía se debe tomar en cuenta los avances biológicos y no sólo los informáticos. Por ello, considera que esta vía permite a los transexuales, solicitar ante los tribunales la adecuación de todos sus documentos de identificación, a su verdadera identidad biológica, independientemente que tal identidad sea originaria o sobrevenida.⁶⁹⁵

Por ello, dice el anterior autor que al ser el *habeas data* una garantía individual que surge a raíz del poder informático, con un aspecto bifocal, ya que por un lado se puede pedir el acceso a informaciones o datos determinados, con ciertas excepciones legales, y por otro lado, se permite la actualización, rectificación o destrucción de datos erróneos o lesivos de derechos fundamentales de la persona que lo solicita, todo ello para adecuar la verdad formal a la verdad material. Esta adecuación de verdades se debe realizar cuando se generan usualmente errores u omisiones materiales, pero también ante los desarrollos de la biología, se puede agregar dentro del campo de la divergencia de verdades y de las solicitudes de adecuación, los supuestos de identidad de género. Esto se

⁶⁹⁵ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. N° 130. Caracas, Venezuela, 2007, pp. 93-94.

presenta ante la dicotomía entre la identidad exterior, física o corpórea, y la interior, biológica o psicológica, donde el cuerpo no concuerda con la identidad biológica, ya sea por causa inherente a la persona o aprehendida en el tiempo.⁶⁹⁶

Esta posición considera que el *habeas data* tutela el derecho a obtener documentos relativos a la identidad biológica, lo cual es complementado por el Art. 56 de la CRBV, que establece el derecho a obtener documentos que comprueben la identidad biológica. Aunque pueda pensarse que la rectificación de partida o el amparo son medios idóneos para solicitar el reconocimiento de cambio de sexo y de nombre, la rectificación no procede por no darse los supuestos; el amparo tampoco procede porque sería el *habeas data* la garantía que protege y abarca los supuestos de reconocimiento de la condición de transexual.⁶⁹⁷

Entonces se debe ver al *habeas data* como garantía autónoma no un derecho o derecho garantía, ya que si se considerara como un derecho, no protegería derecho alguno, ya que un derecho no puede proteger a otro derecho, en todo caso sería objeto de protección por una garantía. De este modo, al observar que el trastorno de identidad de género recae precisamente sobre la identidad, tanto en sus aspectos dinámicos como estáticos, por lo que si el transexual posee una dicotomía interior en el aspecto estático de su identidad, esta se debe adecuar a su verdad, lo cual se podría lograr por el *habeas data*, sobre todo si se considera que la sexualidad está compuesta también por la orientación y la intención, así como que *habeas data* ante este avance biológico y buscando proteger la dignidad humana como fundamento de las garantías y derechos, realizando una humanización de los sistemas jurídicos, esta acción protegería no solo los derechos informáticos sino también los avances biológicos, para adecuar la verdad formal a la material.⁶⁹⁸

En este sentido, el intersexual, el transexual o el transgénero alegarían el derecho a la identidad -percepción interior que se posee sobre uno mismo- que abarca otros derechos, ya que supone entre otras cosas un conjunto de cualidades o atributos, tanto físicos, como biológicos y los referidos a la

⁶⁹⁶ HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo. *Op. Cit.* p. 67.

⁶⁹⁷ HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo. *Op. Cit.* pp. 67-69.

⁶⁹⁸ HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo. *Op. Cit.* pp. 69-79.

personalidad, que es lo que permite la caracterización única de cada individuo de la comunidad. Por ello, al considerar que este posee elementos estáticos y dinámicos que pueden variar, los mismos requieren de su corrección, y en el presente caso se trataría de una corrección general de los documentos y archivos que sobre su persona se encuentran tanto en el sector público como privado, sería el *habeas data* el mecanismo más idóneo, ya que es indudable que el cambio de estos -incluyendo los de tipo biológicos- influye en los datos e informaciones. Por ello, se debería relacionar el Art. 28 de la Constitución con el Art. 56 *eiusdem*, relativo a la identidad general de las personas y también a la identidad biológica de estas.

En tal sentido, se podría considerar que el medio idóneo para la protección de ese derecho, así como de las demás pretensiones de la parte solicitante, no es otro más que el *habeas data*, ya que es el único medio rápido y efectivo que permitirá efectuar la actualización, rectificación, destrucción o corrección de los datos e informaciones públicos y privados, que señala la parte accionante se encuentran afectando, violando y vulnerando de manera ilegítima sus derechos fundamentales y de ese modo proceder a realizar la adecuación de la verdad formal (lo que consta inserto en los registros públicos o privados), a la verdad material (lo que realmente es en la actualidad), pudiendo determinarse de tal manera si procede o no la adecuación de la identidad biológica actual, ante las discrepancias de la identidad exterior registradas con la interior y exterior actual.⁶⁹⁹

Pero se debe tener presente que el *habeas data* consagrado en el Art. 28 de la CRBV, supone un mecanismo procesal efectivo para propiciar la rectificación de los datos de la persona que se encuentren en registros públicos o privados, cuando no corresponden con la realidad, tratándose de una acción especialmente diseñada para garantizar el derecho constitucional a los datos o información, para acceder, conocer la finalidad, la destrucción, actualización o rectificación de los

⁶⁹⁹ En este sentido se ha interpuesto este tipo de acción para el caso de los transexuales según consta en la Cuenta N° 93 de 20/05/2004 de la Sala Constitucional del TSJ, se señala “*Escrito presentado ante la Secretaría de la Sala el 20 de mayo de 2004, contentivo de la Solicitud de Habeas Data interpuesta por el ciudadano TOMÁS MARIANO ADRIÁN HERNÁNDEZ (pública y notoriamente conocida como TAMARA ADRIÁN o TAMARA MARINA ADRIÁN), actuando en nombre propio, contra todos los registros públicos y privados y diferentes entes. Ponente: Magistrado DR. IVÁN RINCÓN URDANETA,*” asunto o exp. N° AA50-T-2004-001310.

datos o información que haya sido almacenada con o sin el conocimiento del titular. Además, se debe tomar en cuenta que la jurisprudencia ha declarado improcedente este tipo de acción cuando existe una vía procesal distinta que pueda satisfacer la pretensión del actor, con lo que se observa su carácter residual o subsidiario, como lo sería un juicio contencioso administrativo (SC sentencia N° 2452/01.09.2003), de rectificación de partidas (SC N° 332/14.03.2001, N° 1306/19.07.2001) o la acción de amparo (SC sentencias N° 565/17.03.2003, N° 2303/21.08.2003, N° 920/15.05.2002 y N° 3001/02.12.2002), siendo que se precisa de una protección mucho más especial y particular para ejercer el *habeas data* (SC sentencia N° 2452/01.09.2003). Esto tiene sentido si consideramos que esta acción está dirigida a la corrección de datos personales contenidos en registros públicos o privados, por lo que los datos del estado civil no responden a un simple registro de datos, sino a la prueba auténtica y preconstituida por excelencia del estado civil de la persona natural, por lo que el *habeas data* se orienta a rectificar, corregir o actualizar registros de datos del sujeto interesado, pero en una función más básica, aunque relevantes para el sujeto. Por ello, en esta acción, ante la ausencia de otra, se pretende la simple rectificación de un dato personal sin entrar a debatir jurídicamente la procedencia de fondo de dicho cambio, que sería parte de la materia que habría de ventilarse en otro tipo de procesos que van más allá de una simple corrección o rectificación, ya que dicho cambio debe justificarse y probarse, como sería el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros.⁷⁰⁰

Efectivamente, esta acción es para acceder a la información y a los datos sobre sí misma o sus bienes que consten en registros oficiales o privados, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, con lo que hasta aquí no existiría ningún conflicto porque en el caso de los intersexuales, transexuales y transgéneros, se referiría a información y documentación sobre ellos, siendo que sobre esta pueden solicitar ante los tribunales la actualización (podría ser el caso de los transexuales), la rectificación (sería el caso de los

⁷⁰⁰ Esta es la opinión de **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria**. *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo*. Op. Cit. pp. 94-97, la cual compartimos plenamente.

intersexuales) o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos (sería el caso de los intersexuales) o afectasen ilegítimamente sus derechos (el caso tanto de los intersexuales como de los transexuales). En este sentido, pareciera entonces que fuese procedente este tipo de acción para proteger el derecho a la dignidad, a la intimidad, a la vida privada, a la reputación, al honor, a la imagen, a la salud mental, a la calidad de vida y aun proyecto de vida, a los fines de actualizar o rectificar, la información y la data, pero este tipo de acción, a nuestro juicio, es similar al de rectificación de partida y la acción de reclamación de estado, en cuanto a que no puede afectar en principio sino solamente a las partes que figuraron en el proceso, sin poder hacerse extensivo a terceros a los cuales se les debe proteger todos los derechos y actos celebrados entre estos y el accionante los cuales deberían ser convalidarlos, por lo que es otra vía procesal la que debería aplicarse.

Sexta solución posible (cambio de sexo propiamente dicho)

De manera excepcional se han dado juicios de cambio de sexo como tal, fundamentados en el trastorno sexual originado al nacer o a la transformación posterior del género en el aspecto físico en razón de la existencia de un intersexualismo, transexualismo o transgenerismo y no de un error material del acta o la partida, siendo sustanciados algunos de estos procesos por los Art. 768 y ss. CPC, los cuales se dan en razón del cambio de estado civil.⁷⁰¹

Existe sin embargo, una sentencia que acordó la modificación de sexo de un intersexual de hembra a varón por medio de una rectificación de partidas como es el caso del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, mediante sentencia de 26/07/2006, en la que señaló que anexo al libelo de demanda los recaudos respectivos, documentos éstos probatorios que evidencian plenamente los errores cometidos a rectificarse, por lo que admitió dicha solicitud de conformidad con los Art.(s) 770 y 771 del CPC y se notificó al Ministerio Público, siendo que al momento del nacimiento el mismo nació con problemas de ambigüedad sexual y

⁷⁰¹ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit. p. 73.

que la madre no obtuvo orientación alguna sobre ese problema, por lo que en la constancia de parto fue puesto como niña hembra y al momento del asentamiento por ante la Prefectura Civil fue hecho con el sexo femenino por error o confusión y fue asentado con el nombre femenino, siendo que hizo las diligencias pertinentes por ante el Hospital Universitario de los Andes para corregir el problema y el cual fue operado y egreso del Hospital con el diagnostico de ambigüedad corregida a varón, además pruebas testimoniales que fueron valoradas de conformidad con el Art. 508 del CPC, siendo que dicho tribunal con ello acordó la rectificación de la partida de nacimiento.⁷⁰²

Otro caso sí se siguió de conformidad con el procedimiento del Art. 768 y ss. del CPC, dentro del supuesto de cambio del estado civil, se produjo en el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Los Teques el 28/10/2005, exp. N° 23.659, relativa a un intersexual que solicitó establecer cambios en su partida de nacimiento, la cual estaba equivocada respecto a la posesión de estado civil que otorgaba, específicamente al nombre y sexo, pues tales errores le habían originado y ocasionado serios inconvenientes entre sus familiares y el mundo social, por cuanto es reconocido como varón (sexo masculino) y para su efecto probatorio, dicho ciudadano consignó los recaudos en que fundamenta su demanda: copia certificada del acta a rectificar, Informe Médico de Endocrinología y otros exámenes médicos aludidos en la demanda. El tribunal admitió la demanda y emplazó mediante edicto a todas aquellas personas que pudieran verse afectados en sus derechos en virtud del procedimiento, ordenándose de igual manera notificar mediante boleta al representante del Ministerio Público, a los fines de que actúe en el proceso como parte de buena fe y se ordenó la práctica de un examen físico y Psiquiátrico para lo cual se oficio a la Medicatura Forense del Hospital Victorino Santaella; y se fijó la comparecencia de un médico endocrinólogo, a fin de que ratificara el contenido de la evaluación realizada.⁷⁰³

⁷⁰² Se puede consultar la sentencia en <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/960-1-7395-.html>.

⁷⁰³ Puede ser consultada en <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2005/octubre/101-28-23.659-.html>.

Este tribunal consideró que la rectificación de partidas tiene lugar principalmente por la existencia de errores materiales al momento de levantar la partida (inexactitudes, omisiones y menciones prohibidas); en consecuencia, no está dado a las personas cambiar los datos inherentes a su estado civil por su sola voluntad por tratarse de una materia de orden público. Sin embargo, el Art. 768 del CPC refiere que *“la rectificación de partidas y el establecimiento de nuevos actos del estado civil de las personas, se llevará a cabo por los trámites establecidos en este Capítulo”*, por lo que éste procedimiento tiene lugar inclusive en aquellos casos en que propiamente no se trate de errores materiales al momento de levantar la partida pero que no obstante se precise un cambio de estado o de nombre, tal como se desprende del artículo 769 *eiusdem*, sobre todo al tomar en cuenta el derecho a la identidad y a la identidad sexual que da lugar a la necesidad de la persona de ver adecuados los datos correspondientes en los instrumentos de identificación necesarios. Por lo que ante la confusión del género del caso planteado ese juzgador fue del criterio que la solicitud de rectificación era procedente, sobre todo ante la discusión relativa a la vía procesal idónea o la falta de procedimiento específico, lo cual no puede en modo alguno estar por encima de la justicia efectiva y la dignidad de la persona como valores que se desprenden de la propia Constitución, por lo que el Art. 768 del CPC que alude al procedimiento para cambios de “estado” es aplicable en una concepción amplia del estado civil, donde el sexo forma parte del “estado personal”, así como la edad, por eso aplicó el procedimiento indicado.

Esta solución es considerada la acertada para María Candelaria Domínguez Guillén, quien también considera que de admitirse la posibilidad de cambio de sexo por transexualidad o intersexualismo, se debe aplicar el procedimiento establecido en los Art.(s) 768 y ss. del CPC, toda vez que el mismo no se reduce a los supuestos de rectificación por error material de las actas del estado civil, ya que no es el caso, sino también a otros casos cambios del estado civil, tal como se desprende del título del procedimiento *“De la rectificación y nuevos actos del estado civil”*, así como de los Art.(s) 768 y 769 del CPC, ya que se hace alusión la última norma al *“establecimiento de algún cambio permitido por la ley”*, donde se

puede subsumir el sexo en caso de transtorno de sexo, asumiendo que es un cambio permitido por la ley aunque no estuviese expresamente previsto, en razón del derecho personalísimo a la identidad y el carácter enunciativo de los derechos de la persona de conformidad con el Art. 22 de la CRBV, porque procede cualquier cambio del estado o de una partida, no solamente por los supuestos de rectificación de las actas, sino también por otros cambios permitidos legalmente, quedando a la interpretación cuáles serán estos cambios, entre los cuales se puede subsumir al sexo y el nombre civil, estando todo vinculado a la dignidad humana, aunque antes consideraba que la vía más viable era la acción de amparo, siendo que la falta de norma expresa no es un argumento válido para desatender la petición del solicitante, sobre todo porque el legislador no puede prever todos los supuestos posibles, aunado al hecho de que los derechos de la persona no necesitan de norma expresa o reglamentaria, sustantiva o adjetiva, por la cláusula abierta de derechos humanos antes mencionada.⁷⁰⁴

Sin embargo, se ha dado el caso de rechazar el cambio de sexo y nombre por considerar que no existe legislación expresa al respecto, como se observa en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, en sentencia de 14/04/2004, exp. N° 35.130, en la que se consideró que el procedimiento utilizado por la solicitante es impertinente por cuanto no se pretende una rectificación de alguna inexactitud o error material, sino el cambio completo de la mención del sexo de una persona cuyo nombre y sexo es propio de un varón (masculino), por un nombre y sexo que es propio de un mujer (femenino) y; por otro lado, que la solicitud efectivamente se refiera a la sola mención de cambio del nombre de pila, la ley sustantiva civil no lo autoriza a hacerlo, no sólo por tratarse el Código de Procedimiento Civil, de una ley adjetiva, que como tal no puede establecerlo, sino porque el Art. 769 del CPC remite al efecto a una permisión legal que al momento actual no está estatuida, razón por la el tribunal consideró que la solicitud era improcedente.⁷⁰⁵

También se ha negado una solicitud de rectificación porque se pretende el

⁷⁰⁴ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Op. Cit. pp. 74-78

⁷⁰⁵ Puede ser consultada en <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/220-15-35130-.html>.

simple cambio de nombre, el cual es de orden público, y se señala cuándo se puede dar una rectificación y nuevos actos del estado civil, citando a Abdón Sánchez Noguera, entre los que están los cambios permitidos por la ley, donde se incluiría el cambio de sexo sobre la base de criterios científicos que así lo establezcan, tal como lo decidió el Juzgado Superior Primero Civil, Mercantil y de Menores del Estado Lara, de 03/10/2006, asunto KP02-R-2006-572,⁷⁰⁶ que al conocer en apelación de la sentencia del 24/04/2006, que declaró inadmisibles las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento porque estas versan sobre corrección por errores de inexactitud o vacío y no por cambios por modificación o por desear llamarse de un modo determinado a tenor de lo dispuesto en los Art.(s) 462 y 501 del CC, señaló que tomando en consideración el Art. 341 del CPC,⁷⁰⁷ la solicitud que no cumplía los requisitos para ser declarada inadmisibles, por cuanto no era contraria al orden público, a las buenas costumbres ni contradecía ninguna disposición de la ley; no existiendo en consecuencia razón alguna para negar su admisión, y que de conformidad con los Art.(s) 769 al 772 del CPC, las cuatro modalidades o tipos del procedimiento de rectificación y nuevos actos de estado civil, regulados en el CPC, el autor Sánchez Noguera nombra y detalla cuatro modalidades: A) constitución de actas de estado civil; B) rectificación de asientos; C) cambios permitidos por la ley y D) errores materiales, siendo que en la letra “C”, describe que es aquella que permite a los interesados el establecimiento de algún cambio permitido por la ley, como será el cambio del nombre que atribuye el acta por uno distinto, alegando la posesión de estado, el cambio de sexo sobre la base de criterios científicos que así lo establezcan, de datos filiales, etc., con lo cual todas las razones esgrimidas son de interés público, y son consecuencia de cambios de nombre decretados por los tribunales debido a causas mayores, como son el cambio de un estado a otro (de casada a viuda o de soltera a casada); el cambio de sexo, consecuencia de los avances actuales de la cirugía y la medicina en esa materia; y el cambio de nombre producido por la adopción, pero que en

⁷⁰⁶ Puede ser consultada en <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/649-3-KP02-R-2006-000572-.html>.

⁷⁰⁷ *“Presentada la demanda, el Tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley. En caso contrario, negará su admisión expresando los motivos de la negativa...”*.

ninguno de estos casos está contemplado el cambio de nombre por causa de un deseo o antojo particular o de interés privado que no influya en el papel que juega dicha persona en la sociedad, lo cual es lógico que así sea, pues de ser alentado dicho recurso, podría ser utilizado por inescrupulosos que fácilmente esconderían detrás de estos cambios su verdadera identidad. En consecuencia, consideró que, no obstante estar permitido el cambio de nombre en algunos casos, el planteado en esta ocasión no se ajustaba a los requerimientos establecidos, por lo que la solicitud hecha por la parte actora debía ser declarada sin lugar.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, de 11/01/2007, exp. N° BP12-S-2006-002043,⁷⁰⁸ consideró que hay cuatro modalidades o tipos de procedimientos de rectificación regulados en el Capítulo X Título IV, del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, en donde una de ellas serían los cambios permitidos por la ley, que es la que permite a los interesados el establecimiento de algún cambio permitido por la ley, como sería el cambio del nombre que atribuye el acta por uno distinto, alegando la posesión de estado y el cambio de sexo sobre la base de criterios científicos que así lo establezcan, de datos filiales, etc.

Afortunadamente, la mayoría de las sentencias van en el otro sentido como la del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Los Teques, de 28/10/2005, exp. N° 23.659, previamente mencionado.

De esta manera ha procedido el cambio de sexo cuando se ha acreditado fehacientemente al juzgador las razones y particularidades médicas del caso concreto, aplicando el procedimiento indicado de cambio de estado civil, en un caso excepcional, que el juez debe analizar y procesar desde el punto de vista probatorio, al margen de cualquier perjuicio, ya que el derecho existe por y para las personas, y se deben amparar los derechos personalísimos, como lo ha sucedido en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantyl y del Tránsito

⁷⁰⁸ Puede ser consultada en <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/1069-11-N%C2%BABP12-S-2006-002043.--N%C2%BABP12-S-2006-002043.-.html>.

de la circunscripción Judicial del Estado Miranda, Los Teques, de 28/10/2005, exp. N° 23.659, así como en el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo civil de la circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el 30/10/1984, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de 02/08/1983 y el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de 09/06/1996, ya comentadas, en las que se ordena cambio de sexo y nombre previo informes médicos.

De esta forma se observa como con anterioridad al Código de Procedimiento Civil de 1986, se había indicado, que otros cambios distintos al error material podían resolverse por vía del procedimiento de rectificación de partida.⁷⁰⁹ Como ejemplo de ello tenemos que el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en sentencia de 26/07/1974, exp. N° 74-R-6, declaró con lugar la rectificación de un partida de nacimiento con ocasión de un caso de pseudohermafroditismo femenino, ordenando la rectificación de nombre y sexo, con base al material probatorio, y aunque el cambio de nombre no estaba permitido ni dejado a voluntad de los particulares, salvo en los casos que procede por vía de consecuencia, ante la necesidad de la debida identificación, el nombre debe corresponder con el género del sujeto.

También, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia el 09/03/1981, declaró con lugar una rectificación de partida de nacimiento y ordenó el cambio de sexo y nombre.

Igualmente, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda de 02/08/1983, exp. N° 10.297, acordó la rectificación de partida de nombre y sexo, en el caso de un transexual.

Finalmente, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 30/10/1984, exp. N° 5.850, en el caso de un intersexual, declaró con lugar la rectificación de partida

⁷⁰⁹ Esto lo resalta también **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria**. *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo*. Op. Cit. p. 79.

de nacimiento. Algo similar ocurrió con Juzgado Quinto de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de 09-07-1996, exp. N° 12.520.

Sin embargo, este tipo de acciones catalogadas como de “cambio de sexo propiamente dicho”, por la profesora María Candelaria Domínguez Guillén en su obra *“Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo”*, publicada en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 130, en el año 2007, consideramos que no se trata de una acción propia sino que se refiere a ejemplo de los tipos de acciones antes mencionados como lo son la acción de rectificación de partida, la aplicación acción rectificación de partidas por control difuso o la acción mero declarativa de estado civil, con lo cual damos por reproducidas las críticas efectuadas en estos puntos.

Séptima solución posible (Acción de amparo)

La doctrina también ha considerado que esta era la vía adecuada para acordar el cambio de sexo y de nombre, en vez de la vía de rectificación de partidas, ya que esta se limita a los errores materiales cometidos al momento de levantar la partida, viendo mucho más factible esta vía, en aquellos casos en los que una vez intentado el procedimiento previsto en los Art.(s) 768 y ss. del CPC, el solicitante no logre obtener satisfacción por esa acción, sobre todo al observar el carácter no apelable de dicha decisión no contenciosa (cuando no hay oposición) o ante la posibilidad que no fuese admitida la acción y la circunstancia de haber agotado todos los recursos, ya que en estos casos está involucrado el derecho a la identidad, que abarca la identidad sexual y se ejercería un amparo contra decisión judicial.⁷¹⁰

Sin embargo, esta solución no se considera viable en razón de que la posibilidad de intentar una acción de amparo, encuentra en nuestra regulación positiva dificultades debido a los requisitos de procedencia de la acción y a las limitaciones de sus resultados, que no pueden ser nunca constitutivos.

⁷¹⁰ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* Revista de Derecho N° 7. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 49-311, y en **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* *Op. Cit.* pp. 92-93.

Ya mencionamos en los párrafos anteriores que esta acción resulta improcedente ya que versa más problemas de autodeterminación informativa, ante la divergencia que existe entre una realidad formal (documentos públicos y privados), y una realidad sustancial (que la parte solicitante tiene por su condición psicosocial), con lo cual se afecta a sus derechos fundamentales, lo cual es subsumible en el Art. 20 de la CRBV, por lo que no es una solicitud de restablecimiento de derechos fundamentales.

Octava solución posible (Procedimiento ordinario).

Se puede pensar igualmente que como no existe procedimiento especial se debe aplicar el procedimiento ordinario según el Art. 338 del CPC *“Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tiene pautado procedimiento especial”*.

Se llegaría a esta conclusión ante la falta de una tramitación procesal especial para este tipo de casos, sobre todo al tomar en cuenta lo establecido en los Art.(s) 26 y 27 de la CRBV y Art.(s) 11, 12 y 19 del CPC, siendo que una vez la autoridad judicial dicte la sentencia ordenará la inscripción de la sentencia en el registro civil correspondiente, a los fines de modificar el acta de nacimiento, una vez se haya demostrado la autenticidad de la transexualidad alegada por el demandante y con las garantías necesarias tanto para las partes actoras como de los terceros interesados, lográndose la confluencia entre las aspiraciones subjetivas de la persona y la valoración del interés objetivo de la misma persona, de los otros sujetos y de la colectividad.

Sin embargo, según lo dispuesto en el Art. 338 del CPC, las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho y que se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial, al considerar que en la acción que fuese interpuesta por los intersexuales, transexuales y transgéneros no hay partes por cuanto no hay un legitimado pasivo contra quien se pudiera accionar, no pareciera tampoco adecuada esta opción judicial para resolver este tipo de casos, aunque se pretendiera colocar como sujeto pasivo al Estado éste no podría considerarse el único ya que pudiesen

existir terceros que se pudieran ver realmente afectados de manera directa y que el Estado no podría defender adecuadamente.

Novena solución posible (Procedimiento Administrativo).

Otra solución que se pudiese plantear es la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre en los casos de transexualidad, intersexualidad y transgénero, mediante el trámite contenido en las normas establecidas en materia de registro civil por vía administrativa. Sobre todo, esto se puede considerar así si se estima que ofrece debidas garantías por estar regido el expediente registral, entre sus distintos principios rectores⁷¹¹ por el principio de la oficialidad, dado el interés público involucrado, aunado a los costos y la duración de los procesos judiciales, lo cual sería un serio inconveniente frente a la agilidad y sencillez que aporta el trámite registral, caracterizado por un escaso formalismo, su flexibilidad y elasticidad y la economía procesal que se da, ya que no existe un período determinado de alegaciones, de proposición y de práctica de pruebas.⁷¹²

En el derecho comparado también se encuentra la modalidad de resoluciones administrativas contemplada en la Convención N° 29 de la Comisión Internacional del Estado Civil, como ocurre en Bélgica, Dinamarca, Austria, Finlandia, Noruega, Eslovenia, Québec y España.⁷¹³

De allí que los procedimientos y trámites administrativos del registro civil

⁷¹¹ Art.(s) 6 a 15 de la LORC.

⁷¹² Al respecto ya hemos señalado en este trabajo y este Capítulo que varios países, han optado por solucionar por vía administrativa.

⁷¹³ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.* p. 180. Igualmente, se pueden señalar en Austria la Circular del Ministro del Interior de 27/11/1996 "*Transsexuellen-Erlass des Bundesministeriums für Inneres* 36.250/66-IV/4/96; en Suiza la *Ordonnance* de 24/07/2001, R.S. 211.111.1, 3068, 2001, 1764 del *Conseil Fédéral Suisse*; en Suecia la Ley 1972:119, sobre determinación del sexo "*Lag om fastställande av könstillhörhet*"; en Dinamarca la Circular de 10/11/1976 *Cirkulæreskrivelse om ændring af fødselstilførsler som følge af kønsskifte*; en Colombia el Decreto 1.260 de 1970 (Art.(s) 94 y 95) y según mandato de la Sala Constitucional Colombiana N° T-595/93, lo cual se refleja en la Registraduría Nacional del Estado Civil (http://www.registraduria.gov.co/Tramites/t_correccion_sexo.htm); en Armenia con las Reglas sobre las Modificaciones, Correcciones y Complementos de Registro de Actos de Estado Civil "*Règles sur les Modifications, Corrections et Compléments des Enregistrements des Actes d'État Civil*", aprobada por la Orden N° 1.270 de 09/08/1999; en Panamá la Ley N° 31 de 25/07/2006; en Ecuador la Resolución N° 24-DNJ-2008-LRA del Defensor del Pueblo de Ecuador de 15/01/2008 y publicada en el Registro Oficial N° 274 de la misma fecha, ordenando al registrador del estado civil el cambio de nombre y sexo y la expedición de una nueva cédula de identidad a una persona transexual no reasignada quirúrgicamente; el pronunciamiento del Registro Civil Chileno favorable a los cambios de sexo y nombre sin necesidad de cirugía genital de enero de 2008 (http://www.chile.com/tpl/articulo/detalle/ver.tpl?cod_articulo=94348); entre otras.

deben guardar en todo momento simplicidad, uniformidad, celeridad, pertinencia, utilidad, eficiencia y ser de fácil comprensión, con el fin de garantizar la eficaz prestación del servicio, teniendo en claro que la Oficina de Registro Civil, tiene la competencia para centralizar la información y documentación de los hechos y actos susceptibles de registro civil; y mantener actualizado el registro civil, a través de los mecanismos y procedimientos que a tal fin se establezcan, entre otras (Art.(s) 7, 25 de la LORC). Todo esto aunado a que a pesar de la publicidad del registro civil, se debe garantizar el derecho a la privacidad e intimidad de cada persona, el acceso a los datos contenidos, los cuales pueden ser limitados y sólo poder obtenerse a través de requerimientos de autoridades judiciales o administrativas, siendo sancionables los funcionarios que por cualquier medio revele o haga pública las informaciones calificadas como reservadas y confidenciales, respondiendo civil, penal, administrativa y disciplinariamente de acuerdo a las disposiciones legales aplicables (Art.(s) 59 a 63 de la LORC).

En este sentido las actas podrán ser rectificadas en sede administrativa o judicial, siendo que la rectificación en sede administrativa procede cuando hay omisiones de las características generales y específicas de las actas, o errores materiales que no afecten el fondo del acta, pudiendo cambiar su nombre propio, por una sola vez, ante el registrador civil cuando éste sea infamante, le someta al escarnio público, atente contra su integridad moral, honor y reputación, o no se corresponda con su género, afectando así el libre desenvolvimiento de su personalidad, procediéndose a la tramitación del cambio de nombre propio, mediante el procedimiento de rectificación en sede administrativa (Art.(s) 144 a 148 de la LORC).

Así pareciera que esta pudiese ser una solución viable, sobre todo al considerar que se permite legalmente el cambio de nombre cuando no se corresponda con el género de la persona, para así proteger los derechos humanos y de la personalidad ya tantas veces mencionados y desarrollados sobre todo en los Capítulos II y IX.

Pero al analizar con mayor detenimiento y calma, observaremos que lo que se permite es solamente el cambio de nombre, mas no de sexo, con lo cual

subsistiría el problema de la imposibilidad de pretender cambiar el nombre y que éste no corresponda con el sexo de la partida, siendo que precisamente este es el supuesto de procedencia de la rectificación, a los fines de que se acople tanto en nombre de la persona con su género, es decir, sexo masculino con nombre masculino y sexo femenino con género femenino, y no lo contrario.

De allí que se evidencia, que esta vía en Venezuela tampoco es la adecuada para tratar de dar una solución al problema planteado, además de que la rectificación es anexada a la partida de nacimiento con la finalidad de proteger todos los derechos de terceros, al permitir identificar plenamente al individuo por cualquier persona que revise la partida de nacimiento, pero esto como hemos dicho antes, podría afectar su derecho a la dignidad, a la intimidad, a la vida privada, a la reputación, al honor, a la imagen, a la salud mental, a la calidad de vida y aun proyecto de vida, sobre todo al tomar en cuenta nuestro tipo de sociedad que podría colocar a estas personas como objeto de escarnio público, mofa y otro tipos de discriminaciones ya plenamente explicados en el presente trabajo, por lo que es otra vía procesal la que debería aplicarse. Igualmente, esta vía tampoco resuelve el problema que se puede presentar con el resto de la documentación legal, pública y privada que se ve involucrada, como los títulos universitarios, cuentas bancarias, relaciones familiares, comerciales, entre otras, con lo que se palpa que ésta no es la solución.

Nuestra propuesta (acción autónoma indeterminada).

No existen en Venezuela disposiciones legales ni acciones judiciales ordinarias que permitan la solución efectiva del reconocimiento al derecho a la identidad y al goce de los derechos y garantías constitucionales de la persona transexual reasignada, de un transgénero o de un intersexual, siendo que estas personas anhelan obtener el total reconocimiento social y jurídico de su pertenencia al otro sexo, además que constituye un fenómeno minoritario (desde el punto de vista epidemiológico) y es un problema jurídico y de salud, que debe estar cubierto por los sistemas de protección de los derechos de las minorías conforme a los Art.(s) 21, 22, 46, 81 y 83 de la CRBV

Estimamos, que lo procedente para dar una solución a los requerimientos que exige este tipo de situación jurídica que se presenta es el de una acción autónoma indeterminada,⁷¹⁴ ya que lo que en el fondo se pretende y se busca por los intersexuales, transexuales y transgéneros, es que se les reconozca legalmente e integralmente la identidad físico-psico-social que tienen (femenina o masculina) y el derecho al uso del nombre que sea concordante con esta identidad la cual utiliza y, que por vía de consecuencia, se corrija y rectifiquen la existencia de datos sobre la identidad de la parte solicitante que constan en registros públicos y privados, de personas o bienes, informatizados o manuales, los cuales erróneos o no pueden afectar sus derechos; para lo cual se requiere de la actualización, rectificación y destrucción de los mismos, de manera tal que haga cesar la afectación de sus derechos fundamentales.

La necesidad de dar coherencia a la información registral, documental y de cualquier otra información, así como de dar seguridad jurídica tanto a la persona cuyo nombre y sexo ha cambiado, como a los terceros, conlleva a la exigencia de dar una solución a estos asuntos en la misma sentencia que declare el cambio de sexo y nombre.

Lo anterior implica que se hagan una serie de actuaciones como oficiar al registro civil, a fines de que se levante, anule, corrija o modifique la partida de nacimiento y no se haga mención alguna al procedimiento, así como que se estampe una nota marginal que señale que la misma queda privada de todo efecto legal, salvo a los fines de determinar la filiación y sus efectos, y que, no se muestre ni expedida copia simple o certificada de la misma sino al interesado o a alguna persona autorizada por el tribunal que conozca de la acción.⁷¹⁵

⁷¹⁴ El reconocimiento legislativo de los derechos de las personas con trastorno de identidad de género en el derecho comparado es poca en virtud de que se trata de un síndrome que afecta a un porcentaje muy minoritario de la población y por ello muy pocas legislaciones en el mundo tienen disposiciones específicas sobre la adecuación legal de las persona reasignada sexualmente, aunque existen numerosos proyectos o proposiciones de ley actualmente en discusión. Así el asunto ha sido resuelto por vía administrativa en algunos países, pero en una gran mayoría la solución ha sido de tipo jurisprudencial como lo reconoce la Corte Europea de los Derechos del Hombre (Goodwin vs. Reino Unido, sentencia del 11 de julio de 2002).

⁷¹⁵ La jurisprudencia Argentina tiene varias decisiones que acordaron modificación de partida reconociendo las bases bioéticas y la identidad biosocial de la persona, así como acordaron medidas adicionales de protección, como lo es la decisión de 11 de agosto de 1994, sobre un caso de intersexualidad, emanada de la Cámara Primera Civil y Comercial San Nicolás de la Provincia

Igualmente, se debe oficiar al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia en la Dirección General de Identificación y Extranjería, para que suprima, corrija o modifique en todos los registros informáticos o manuales que lleve, la mención a su nombre original y lo sustituya sin dejar mención al original, expidiendo nuevamente la cédula de identidad y pasaporte con los nombres y sexo que se solicita, manteniendo, el número de la cédula de identidad otorgado.

También se tiene que oficiar al Consejo Nacional Electoral, Dirección de Cedulación, para realizar las modificaciones del caso en el Registro Nacional Electoral.

La decisión debe incluir en el dispositivo un mandato de oficiar a cuantos registros públicos o privados se encuentre el accionante y que deben ser señalados por este, por terceros o por el tribunal, en el que se ordene la rectificación de todos los asientos, sustituyendo su nombre original sin dejar mención en tales registros de éste, salvo para que tengan acceso a dicha información el Estado por razones establecidas por la ley o aquellas que fueran autorizadas por el tribunal que conoció de la causa. Por lo que con esto, estarían incluidas las universidades, liceos, escuelas primarias o cualquier centro educacional público o privado en el que haya estudiado el accionante a los fines de rectificar el nombre y sexo y se expida nuevo título o grado académico, así como el oficiar al Ministerio del Poder Popular para la Educación y Ministerio del

de Buenos Aires; así como la decisión de abril de 2001 del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 de Quilmes, exp. N° 1139, en el que se hace énfasis en que debe garantizársele y reconocérsele al reclamante su derecho a vivir con integridad su identidad personal, incluida la sexual, protegiendo su derecho a la intimidad y a su libertad personal, debiendo extenderse la presente causa no como un simple cambio de nombre por cambio de sexo, sino como una reasignación de sexo y consecuente cambio de nombre, reconociendo el carácter dinámico del desarrollo de la personalidad y de la identidad personal, y la necesidad de la justicia de reconocer esta realidad, por lo que la identidad sexual y la asignación documental se asocian con el sexo psicológico social en el ámbito de los derechos de la persona, lo cual es un aspecto indudablemente tutelable. Este tipo criterio se ratifica en la sentencia de 19 de julio de 2001 emanada del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar de Plata, y en la sentencia de 6 de octubre de 2003 emanada del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar de Plata, Secretaría N° 5, en las que ordenan la expedición nueva de toda su documentación pública y privada, así como guardar la privacidad en protección de sus derechos constitucionales.

Poder Popular para la Educación Superior. También, se encontraría cualquier Colegio Profesional, sindicato o Academia al cual pertenezca la persona.

Del mismo modo, se debe oficiar al Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria y Aduanera (SENIAT), y al Ministerio del Poder Popular del Transporte y Comunicaciones, a los fines de rectificar los datos en el Registro de Información Fiscal, Número de Identificación Tributario, registros de pago de impuestos, licencia de conducir y certificados de registro de vehículo, entre otros.

Se deben dirigir oficios a todas las instituciones bancarias y financieras, de seguro, reaseguro y corretaje con las cuales la parte solicitante ha tenido o tiene relaciones comerciales para que hagan las modificaciones correspondientes en sus registros de cuentas bancarias y de tarjetas de crédito, pólizas de seguro y demás contratos.

En el caso de poseer bienes inmuebles o muebles registrables, se deberá oficiar a las Oficinas Inmobiliarias o Mobiliarias correspondientes y notarías, para que se rectifique el asiento a nombre de la parte solicitante de la adquisición de los bienes muebles o inmuebles.

Además, en vista de que puede haber otros registros públicos o privados en los cuales conste información sobre la parte solicitante que se deberá indicar en el dispositivo de la sentencia, la emisión de oficios a ser entregados a la parte solicitante o dirigidos a todos los registros públicos y privados donde se ordene la corrección de todos los asientos. Un ejemplo de ello podría ser que la persona sea deportista, docente, intérprete público, etc., con lo cual se deberán enviar sendos oficios al organismo, ente o institución correspondiente.

En cuanto a la legitimación estimamos que los requisitos que se deben exigir es el ser venezolano, mayor de edad y con capacidad suficiente, ya que se requiere que posea la madurez mental suficiente y plena del individuo para ser consciente de las consecuencias que se desarrollarán a partir de que se ordene el cambio de sexo y de nombre, teniendo no solamente la capacidad de obrar sino también de la ausencia de cualquier deficiencia que le impida actuar de manera adecuada y no tener ningún tipo de incapacidad judicial (interdicción o inhabilitación). Algo similar es exigido en Gran Bretaña mediante el *Gender*

Recognition Act, Finlandia con la Ley No. 563/2002, España con la Ley 3/2007, Alemania, Suecia y Japón con la Ley de Identidad de Género. Esto a diferencia de otros países que permiten que menores de edad puedan solicitar la modificación de su sexo y nombre como la *Loi relative à la transsexualité* belga promulgada del 10 de mayo de 2007.⁷¹⁶

Por ello, quien actúa lo debe hacer en nombre propio y personal para la defensa de sus propios derechos e intereses, de conformidad con los Art.(s) 3, 19, 20, 26, 27, 28, 49, 51 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a fines de interponer acción de tutela constitucional, en protección de sus derechos constitucionales reconocidos por ésta.

El juicio y el expediente deben conservarse bajo reserva, a los fines de garantizar el derecho a la intimidad personal, a la vida privada, al honor, a la reputación, a la dignidad, entre otros, con fundamento en los Art.(s) 22, 23, 46, 48, 55 y 60 de la CRBV.⁷¹⁷ Por lo que los órganos administrativos y de administración de justicia han de extremar las medidas necesarias para preservar estos derechos, ya que el carácter público del proceso tiene por límite el respeto a la intimidad y la protección de la vida privada, para lo cual podrán utilizar un acrónimo. Así, se deberá ordenar la reserva del expediente y establecer la obligación de los intervinientes en el proceso de guardar las reservas del mismo, bajo advertencia de poder ser sancionados civil, penal y administrativamente por la violación del secreto del mismo.

Se deberá mantener incólumes todas las obligaciones y deberes asumidos precedentemente ante la continuidad de la persona, así como los registros atinentes a las partidas de nacimiento (en caso de tener hijos) y de matrimonio (en caso de estar casado); al igual que todas las obligaciones, deberes y derechos inherentes a la filiación, relación matrimonial o familiar que se encuentren establecidas mediante la constitución y las leyes.

⁷¹⁶ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op. Cit.* pp. 241-244.

⁷¹⁷ En este sentido se ha expresado **RÚZ MIGUEL, Carlos.** *La configuración constitucional del derecho a la intimidad.* Editorial Tecnos. Madrid, España, 1995; así como en el Reino Unido con la Ley de Reconocimiento de Género "*Gender Recognition Act*" de 01/07/2004, en su Art. 22; la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° SU 337-99, de 12/05/1999 y otras sentencias y legislaciones de derecho comparado.

En consecuencia de lo anterior se tendrá que ordenar la notificación, citación o llamados mediante edictos o carteles de los terceros que se encuentren involucrados en cualquier relación jurídica con el accionante y que se puedan ver afectados por la acción, debiendo ser indicados inicialmente por el solicitante sin menoscabo de agregar cualquier otro que considere pertinente el tribunal.

De esta acción, como dijimos anteriormente, se deberá comunicar a los interesados, los cuales han de poder manifestar lo que estimen pertinente y oportuno, ya que los terceros pueden verse afectados de manera directa en su estado, bienes o derechos, sus herederos, su cónyuge, sus hijos, etc.

María Candelaria Domínguez Guillén considera al igual que Manuel Albadejo, que en este tipo de procesos judiciales se debe exigir la cirugía previa de reasignación de sexo, ya que de no solicitarse se producirían en los tribunales más procesos de transexualizados que acciones de amparo constitucional.⁷¹⁸ Nosotros no compartimos esta posición, ya que estimamos que tal argumento sería como el de señalar que en materia de amparo solamente se permita interponer la acción cuando realmente existe la lesión y no cuando exista una amenaza,⁷¹⁹ mucho más cuando el porcentaje de personas que tiene disforia de género (transexualismo o transgenerismo) es muy pequeña, inclusive si se contara a los homosexuales, dentro del porcentaje de la población son una minoría que numéricamente no es significativa, con lo cual nunca se daría un avalancha de acciones judiciales como se señala por estos autores.

Del mismo modo considera la Dra. María Domínguez que existen otros problemas jurídicos a parte del cambio de sexo y de nombre, como lo sería la situación jurídica respecto al matrimonio, la filiación preexistente, el derecho internacional privado y la documentación, aunque esta última podría ser adecuada subsiguientemente en función de la decisión judicial que ordena el cambio de sexo y nombre, lo cual si compartimos, no obstante como mencionamos previamente, se debe tener presente en el mismo juicio lo relativo a la reserva de la información

⁷¹⁸ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* *Op. Cit.* p. 98

⁷¹⁹ Así se podría dar el ejemplo de que no podría interponer el amparo por la orden Administrativa de la demolición de mi hogar sino después de derrumbada, ya que debo esperar la lesión efectiva.

contenida en el expediente y los documentos que serán modificados como consecuencia de ella.⁷²⁰

Así, es que se requiere ante todos los aspectos anteriormente mencionados de una acción judicial y de un proceso que permita tratar todos los puntos antes mencionados, para lo cual consideramos que la vía judicial idónea o que creemos que es conveniente aplicar a estos casos es una acción autónoma innominada e indeterminada en la que se aplique el procedimiento oral establecido en los artículos 859 y siguientes del CPC, acoplándose éste a los principios de inmediación, celeridad, entre otros, al tratarse de la vía más afín y similar a la que se aplica en el derecho comparado en relación a estos derechos personalísimos, debiendo intervenir la parte solicitante y el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

La etapa probatoria en cuanto a los documentos que se anexen al escrito, como los instrumentos e informes científicos, deberían regirse conforme a lo dispuesto en los Art.(s) 429 y 432 del CPC, así como las pruebas testimoniales que deberían ser valoradas de conformidad con el Art. 508 del CPC.

Igualmente se podrá emplear a un testigo perito que se registrará por las disposiciones del CPC en materia de testigos.⁷²¹

Igualmente es necesario que se ordene reconocimiento médico para que sea completo y válido como prueba requiere que se haga lo siguiente:

1. Anamnesis cuidadosa (es decir, un interrogatorio para conocer los antecedentes patológicos de un enfermo); incluyendo a su familia de ser necesario (Art.(s)225 y 226 del COPP, anteriormente el Art. 148 del CEC).

2. *Status* interno, considerando especialmente las malformaciones de los órganos internos y del esqueleto, lo que implicaría radiografías del esqueleto, estudio con sondas, uretroscopia, etc.

a) *Status* urológico y ginecológico, eventualmente laparatomía.

b) *Status* radiológico (contrastes radiológicos).

⁷²⁰ **DOMÍGUEZ GUILLÉN, María Candelaria.** *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* *Op. Cit.* pp. 98-99.

⁷²¹ Este tipo de testigos ha sido aprobado en su utilización por la SC-TSJ lo cual consta en varias sentencias como la N° 1.042/31.05.2004, N° 1.419/10.07.2007 y la N° 1.438/30.10.2012, entre otras.

3. Diagnóstico del sexo nuclear en los leucocitos y tejidos, lo que representa uno de los exámenes más eficaces y confiables para la determinación del sexo.

4. Investigación de los cromosomas.

5. Investigaciones hormonales.

6. Reconocimiento psicológico, eventualmente con prueba grafológica.

Del mismo modo y sin menoscabo de las facultades del tribunal, la parte solicitante tendría que dejar constancia de que las obligaciones y acreencias contractuales y legales que tiene, así como los bienes que posee, a los fines de proteger los derechos de terceros.

Así la naturaleza y características de la acción planteada y el contenido de la sentencia que debe ser dictada, se vincula a un derecho humano inmanente no relacional, los cuales son reconocidos y garantizados por parte del Estado (Art.(s) 22 y 23 de la CRBV), por lo que al tomar en cuenta que las acciones de estado contempladas en los Art.(s) 502 y siguientes del CC son de carácter relacional. De allí que el ejercicio de los derechos inmanentes⁷²² no relacionales, entendiéndolos como que son una especie de privilegio-libertad, es esencialmente de carácter volitivo, por lo que en principio no establece la posibilidad de que ninguna persona pueda oponerse o cuestionar el ejercicio de tales derechos, pues sólo la persona en su fuero íntimo puede proveer o decidir sobre la forma de su ejercicio, siendo que por ello la escogencia volitiva que haga el sujeto no puede eventualmente ser debatida, cuestionada o impedida por ningún tercero.

Estos derechos humanos inmanentes no relacionables comprenden el derecho a la identidad, el cual relacionado y fundamentado con el Art. 3 de la CRBV, ante a la manifestación de voluntad del titular, visto además un reconocimiento que no refleja una potestad sino un deber del Estado, por lo que

⁷²² Los derechos humanos inmanentes son de dos tipo: 1) relacionales, que son aquellos que implican o se manifiestan obligatoriamente a través de una relación interpersonal (derecho-deber); y 2) los no relacionales, que no requieren de una relación jurídica con otra persona y se concretan el el ejercicio de una libertad a través de una situación jurídica subjetiva autosuficiente de garantía que se agota entre el individuo que la posee y el Estado que la debe reconocer, proteger y respetar, además de tener que constatar o verificar cuál es la realidad.

no tiene facultad discrecional para negarse a la garantizar efectivamente estos derechos a través de su reconocimiento.⁷²³

El reconocimiento de estos derechos humanos inmanentes no relacionables puede efectuarse por vía administrativa o por vía judicial, esta última en aplicación del Art. 22 de la CRBV, siendo que por vía judicial ha sido reconocido desde la decisión de la Sala Político Administrativa de 20/10/1983 (Caso: Andrés Velásquez), lo cual ha sido ratificado también por la Sala Constitucional tal como consta en sentencias N° 434 de 22/05/2000 y N° 1.003 de 11/08/2000, entre otras.

De allí, que la pretensión no puede ser planteada contra nadie en particular a diferencia de las acciones de estado que son relacionales, porque se refiere a un reconocimiento de una realidad jurídica derivada del ejercicio de una libertad fundamental derivada de un derecho humano inmanente no relacional, como lo sería en estos casos el derecho a la identidad no relacional y de la incompatibilidad con la realidad jurídica existente, con lo que el solicitante es el único que tiene interés en este tipo de procedimiento y ninguna persona tiene cualquier tipo de legitimación para cuestionar u opinar sobre este tema.

Visto lo anterior, se podría aplicar el procedimiento contemplado en el Art. 773 del CPC, en combinación con el procedimiento de juicio oral como ya habíamos mencionado, pero donde el contenido de la sentencia no tenga por efecto la rectificación de la partida de nacimiento (que como ya hemos señalado previamente no es el medio idóneo para permitir hacer cesar la afectación ilegítima de los derechos fundamentales de los solicitantes) sino que se reconozca el derecho constitucional a la identidad y demás derechos relacionados que han sido desarrollados en el presente trabajo, ya que el objeto principal de la acción es el reconocimiento de la identidad físico-psico-social del solicitante y de la antinomia entre los datos registrados y la realidad, por lo que el fallo debe girar

⁷²³ La Corte Constitucional Colombiana ha reconocido el carácter supremo del derecho a la identidad como expresión del derecho a la dignidad en la sentencia N° T 477/95 de 23/10/1995 (<http://derecho.udea.edu.co/legyjur/cortcons/1995/t-477-95.DOC>); sentencia N° SU 337-99, de 12/05/1999 (<http://www.slideshare.net/Valedome/lectura-5-libre-desarrollo-de-la-personalidad-y-hermafroditismo-corte-constitucional-su-337-99>) y sentencia N° T 551/99, de 09/08/1999 (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>).

instrucciones a los registros públicos o privados involucrados, de modificar los datos que no corresponden a la realidad.⁷²⁴

De allí que este tipo de solicitud se trate de una acción autónoma indeterminada e innominada de garantía de reconocimiento de identidad y de derechos humanos, para que se les asegure la garantía de sus derechos fundamentales a la identidad personal, al nombre, a la salud, a la integridad físico-psíquico-social; al trabajo y al ejercicio digno de la profesión, a la intimidad, al libre tránsito, al consumo, a la igualdad y a la no discriminación, entre otros, y en general, la garantía efectiva de sus derechos constitucionales con condiciones de igualdad y no discriminación.⁷²⁵

Por ello, se ha de efectuar lo que la jurisprudencia⁷²⁶ y legislación⁷²⁷ extranjera han admitido, como lo es el reconocimiento de la identidad en tanto y

⁷²⁴ Un precedente es el sentado por la SC-TSJ en sentencia N° 1571/22.08.2001 (Caso: *Asodeviprilara*).

⁷²⁵ A tal efecto se puede ver sentencia de la SC-TSJ N° 1002/26.05.2004 (Caso: *Federación Médica Venezolana*).

⁷²⁶ Como la Corte Suprema de México en sentencia de 06/01/2009, caso de amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS; el Tribunal Supremo de Puerto Rico en sentencia de 30/06/2003, caso N° CC-1997-0636; en Argentina con la sentencia de la Cámara Primera Civil y Comercial de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires de 11/08/1994, caso L.J.C., la sentencia del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 de Quilmes, exp. N° 1139 de abril de 2001, la sentencia del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Plata de 19/07/1991, la sentencia del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, Secretaría N° 5 de 06/10/2003, la sentencia del Juzgado Criminal y Correccional de Mar del Plata Dr. Pedro Hooft de 06/11/1997, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 19° denominación de la Ciudad de Córdoba de 18/09/2001, la sentencia del Primer Juzgado Civil de San Juan de 04/2004, la sentencia del Juzgado Civil y Comercial de Mar del Plata, de 25/12/2005, la sentencia del Tribunal de Rosario en su sentencia de 12/03/2007, exp. N° 441/05, caso SDDB, la sentencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la ciudad de Buenos Aires de 29/12/2010, exp. N° 8923/2008 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala en lo Civil y Penal, N° 637/2011, de 02/09/2011; en Uruguay con la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de 24/07/2004, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 05/05/1997, N° 139/97 y también su sentencia de 22/03/2007, caso HCC s/ cambio de nombre; en Brasil la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15/10/2010, exp. N° 1.008.398-SP (2007/0273360-5); en Perú la sentencia del Tribunal Constitucional de 24/11/2004, exp. N° 2.868-2004 AA/TC, la sentencia de 20/04/2006, exp. N° 2273-2005-PHC/TC; la Corte Constitucional Colombiana ha dictado las sentencias N° T-594/93, de 125/12/1993, sentencia N° T 477/95, de 23/10/1995, sentencia N° SU 337-99, de 12/05/1999, la sentencia N° T 551/99, de 09/08/1999, la sentencia N° T-062/11, exp. N° T-2.821.851 de 04/02/2011; en Cuba la sentencia del Tribunal Provincial de ciudad de la Habana N° 1 de 14/01/1998, la sentencia del Tribunal Municipal de San Miguel del Padrón N° 110 de 28/02/2002, la sentencia del Tribunal Municipal Popular de Artemisa N° 285 de 30/09/2003, la sentencia del Tribunal Municipal de Playa N° 512 de 29/09/2003; en Canadá la sentencia de la Corte Suprema de British Columbia de 19/12/2003, caso Vancouver Rape Relief vs. Kimberly Nixon y British Columbia Human Rights Tribunal y la sentencia de la Corte de Derechos Humanos

cuanto como persona humana que ha sido diagnosticada y tratada por trastorno

de Ontario de 09/11/2005, caso Ontario Human Rights Commission y otros vs. Su Majestad la Reina y otros; en Australia La Corte de Familia en sentencia de 13/04/2004, caso 2004 FamCA, 297; en la India en sentencia del Distrito Shivpuri de 23/09/2004; en Pakistán la Corte Suprema de Lahore en su sentencia del 29/04/2008 (http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=2008%5C04%5C30%5Cstory_30-4-2008_pg13_5); en sentencia de la Corte Suprema de Corea del Sur de 22/06/2006, exp. N° 2004스42; en Francia la sentencia de la Corte de Casación N° 112 F-P+B de 27/01/2004, caso X vs. Caisse primaire d'assurance maladie de Laon –Aisne-; en España la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 17/12/2004, exp. N° 345/2004; en Austria la corte Constitucional el 08/06/2006 expediente N° Z 36.250/66-IV/4/96; la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos Rees vs. Reino Unido el 17/10/1986, el caso Cossey vs. Reino Unido de 27/09/1990, el caso X,Y y Z vs. Reino Unido de 22/04/1997, el caso Sheffield y Horsham vs. Reino Unido de 30/07/1998, el caso Goodwin vs. Reino Unido de 11/07/2002, B vs. Francis de 25/03/1992, el caso L. vs. Lituania de 11/09/2007; esta la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo caso K.B vs. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health de 07/01/2004 identificado como asunto N° C-117/01, igualmente la sentencia del caso Sarah Margaret Richards vs. Secretary of State for Work and Pensions de 27/04/2006; entre muchos otros fallos en el ámbito mundial que se han pronunciado al respecto.

⁷²⁷ En la legislación extranjera se encuentra en Italia la Ley de 14/04/1982 sobre Normas en Materia de Rectificación de Atribución de Sexo; en Alemania el BGB, I, 1980, Ley de Estado Civil para el Cambio de Nombres de Pila y Determinación del Sexo en Casos Especiales y la Ley de Transsexualidad “Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen – Transsexuellengesetz”; en Holanda la reforma del Código Civil de 24/004/1985 (Art.(s) 29ª a 29d); en Grecia la Ley N° 2.503/1977 relativa al estado civil “ÖÄÊ 107 Á/1997” (Art. 14); en Suiza la *Ordonnance* de 24/07/2001, R.S. 211.111.1, 3068, 2001, 1764 del *Conseil Fédéral Suisse*; en Suecia la Ley 1972:119, sobre determinación del sexo “Lag om fastställande av könstillhörhet”; en el Reino Unido Ley de Reconocimiento de Género “Gender Recognition Act” de 01/07/2004; en Portugal se revisó la Constitución el 24/07/2004 para incorporar la protección por razón de orientación sexual (Art. 13); en Resolución N° 2011 Orientación Sexual e Identidad de Género del Parlamento Europeo de 18/09/2011; en África del Sur la Ley de Alteración de la Descripción y Estatus del Sexo “Alteration of Sex Description and Sex Statutus Bill” de 23/10/2003; en Japón la Ley de Registro Familiar en su reforma de 16/07/2004; en España está la Ley 3/2007 o Ley Reguladora de la Rectificación Registral del Sexo de las Personas de 15/03/2007; en algunos estados de EEUU como el Acta Concerniente a Crímenes de Odio “Act Concerning Hate Crimes” de 01/10/2004 de Conecticut, el Acta Omnicompreensiva de Crímenes de Odio “Omnibus Hate Crimes Act) de California SB-1234 de 22/09/2004, entre otros; en Perú al reforma del Código Procesal Constitucional o Ley 28.237 de 31/05/2004 (Art.(s) 61 a 65); en Méjico la reforma del Código Civil del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 13/01/2004 (Art. 135) que se encuentra vinculado a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 19/07/2006; en Panamá la Ley N° 31 de 25/07/2006; la Isla de Man con la Ley de Reconocimiento de Género “Geneder Recognition Bill” de 16/04/2008; los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género de 26/03//2007; la Organización de Estados Americanos, en la 38ª Asamblea General, aprobó la Resolución AG/RES-2435(XXXVIII-O/08) el 03/06/2008 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género; la Declaración de la OES en la Resolución N° AG/RES – 2504 (XXXIX-O/09) sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de 04/06/2009; la Declaración de la OEA N° AG/RES 2600 (XL-O/10) sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de 08/06/2010; Declaración N° CP/CA/JP-2626/08 de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de 17/05/2011; la Resolución de la ONU o Declaración de Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de 18/12/2008; Sesión relativa a la Violación de Derechos Humanos por Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU de 07/03/2012, entre otras legislaciones de los países del mundo.

de identidad de género o que es intersexual y que por vía de consecuencia se ordenen las actualizaciones de los datos y documentos respectivos a los fines de que exista una coherencia identificatoria, con lo cual se pudiera dar: a) la cancelación de los registros que no puedan ser modificados en condiciones de privacidad, b) la actualización de datos (para el otorgamiento de la nueva partida la modificación de la existente en condiciones de privacidad, así como la actualización del resto de los datos existentes en archivos públicos y privados que puedan ser actualizados en condiciones de privacidad, y c) reservador (para asegurar que los datos sensibles que pueden afectar la privacidad, el honor y la reputación, pudiendo vulnerar derechos constitucionales no sean proporcionados a cualquier persona. Todo dependiendo del tipo de documento al que se trate y se haga referencia sobre el cual se dará alguna de las modalidades antes señaladas.

Por ello, este tipo de acciones se refieren a la afectación ilegítima de derechos constitucionales, lo cual es contrario al orden público, por lo que no se aplicaría ningún lapso de caducidad para el ejercicio de la acción, reiterando una vez más que el procedimiento aplicable tiene un carácter de jurisdicción voluntaria y graciosa con naturaleza cuasi-administrativa, siendo que en todo caso se puede designar subsidiariamente al Estado venezolano como contraparte, por lo que la sentencia dictada en la definitiva tendría un carácter declarativo-constitutivo⁷²⁸ así como de protección y medio de garantía de derechos humanos fundamentales involucrados y tantas veces mencionados.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO X.

En el mundo occidental no se plantea el discutir si se reconoce o no el derecho de la persona que sufre trastorno de identidad de género (mucho más si está operada) al cambio de su identidad legal, ya que es un derecho que tiene, ni tampoco respecto de la equiparación total de sus derechos a los del sexo en la

⁷²⁸ Como ocurre con el reconocimiento de nacionalidad aplicable en los casos en que una persona no ha sido inscrita en el registro civil y debe probar que ha nacido en Venezuela, el cual se asemeja a este tipo de casos, tal como se puede apreciar en la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía publicada en G.O. N° 37.971 de 01/07/2004, en relación con el Reglamento que regula la Inscripción en el Registro del Estado Civil de Nacimientos publicado en G.O. N° 6.553 de 05/10/1998 que establece el procedimiento para “*la inscripción tardía en el Registro de Estado Civil de Nacimientos*”.

que ha sido reasignada,⁷²⁹ sino respecto de la vía o mecanismo más efectivo para obtener tal cambio y reconocimiento de manera efectiva, pronta y directa, y con las garantías suficientes para asegurar todos los derechos involucrados.

El derecho moderno se encuentra caracterizado por la vinculación de las teorías jurídicas con la utilidad social y la justicia (Art. 2 CRBV), a través de la aplicación de la norma, por lo que es relevante la vinculación de la interpretación con la finalidad de las normas, a los fines de obtener contenidos materiales, ya no es la simple aplicación de la ley sin interpretación. En este sentido el Art. 4 del CC en concordancia del Art. 19 del CPC, establecen que el juez que se abstuviera de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, será penado como culpable de denegación de justicia. Por ello, el juez se ve obligado a completar la norma con juicios de valor,⁷³⁰ para lo cual algunas veces el legislador le da algunos parámetros, sobre todo ante la ambigüedad de las palabras y la cada vez más creciente sociedad compleja, empleando en la hermenéutica lo que se conoce como preconceptos a los fines de representar a la justicia y la utilidad social⁷³¹

Así las teorías jurídicas aparecen como una legitimación *a posteriori* de las soluciones de los tribunales que han de solventar problemas que no pueden esperar por desarrollos teóricos, por lo que han de utilizarse para determinar los hechos que dan lugar al conflicto social y donde no es suficiente un simple conocimiento de las normas, sino una decisión en conciencia sobre problemas que requieren conocimientos especializados (que a veces no posee), con la utilización de una teoría jurídica que le indique de qué manera debe formular los juicios sobre

⁷²⁹ Algunos consideran que es un asunto sobre el cual no existe tampoco ya ninguna duda ya que se trata de un derecho humano fundamental que no puede ser limitado. Sin embargo, lo importante de resaltar es que en aquellos países donde el cambio de sexo y nombre no es posible de manera fácil por la vía administrativa, judicial o legal se está prácticamente condenando a la persona a un trato infamante de manera constante, y a dificultades prácticas casi insuperables.

⁷³⁰ Como con los conceptos jurídicos indeterminados, las cláusulas generales y abiertas, la buena fe, entre otros. El Tribunal Constitucional Español en sus primeras decisiones sobre el tema, en especial la del 2 de julio de 1987 indicó que “*ante la inexistencia de una norma de rango legal que regule tal materia, bien sea para permitirlo o prohibirlo, se produce una laguna de ley, que no releva al órgano jurisdiccional de su deber de resolver la cuestión ante el sometida*”.

⁷³¹ **BACIGALUPO, Enrique**, “*Empirismo y teorías jurídicas (la utilización de las teorías jurídicas en la práctica judicial)*”, Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 1, UAM Ediciones. Madrid, 1999, pp. 39-40.

los hechos y mediante qué elementos puede apreciar legítimamente las pruebas. La dogmática jurídica pretende decirle al juez qué consideraciones jurídicas debe tener en cuenta para que su decisión se acomode a los principios del orden jurídico que él mismo debe aplicar; mientras que la teoría de la jurisprudencia le dice qué componentes suelen influir en sus decisiones y cuáles son lícitos que influyan buscando una integración entre la teoría y la práctica.⁷³²

No se puede olvidar el aforismo romano *summum ius, summa iniuria*, referente a que una aplicación rígida del derecho (*ius strictum*) puede llevar a cometer la mayor injusticia. Cuando se tiene un derecho subjetivo entendido como libertad, potestad (o competencia) y pretensión (o crédito), es decir todas las situaciones jurídicas positivas o favorables,⁷³³ independientemente de si se aplica la teoría de la voluntad o la elección, o la teoría del beneficiario o interés, éste derecho o pretensión deben ser resueltas por la administración de justicia cuando así sea solicitado, aunque para ello tenga que utilizar la vía de las reglas de experiencia y de los hechos probados.

El Estado de derecho se rige por el imperio de la ley, la autonomía moral personal y en el ser humano como fin en sí mismo, del cual radica el origen y fundamento tanto del imperio de la ley, que se origina de la soberanía popular, como del reconocimiento y protección de los derechos humanos, siendo que estos últimos son la razón de ser del Estado de derecho, su objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que lo componen, ya que sin derechos humanos no hay efectiva igualdad ni avance alguno de carácter social y cultural.

No se puede dejar a las personas sin poder hacer uso de sus derechos constitucionales como el derecho a la autodeterminación informativa, ya que todas

⁷³² Siendo que a veces pueden causar problemas de prueba y otros problemas prácticos; así como debe resolver y pronunciarse sobre aspectos médicos, contables, químicos, físicos, etc., sin ser médico, contador, físico, etc., usando la lógica, la experiencia y los hechos más favorables al débil jurídico, siendo por ello que se exige la motivación de la sentencia y se ha llegado a hablar de la teoría de la jurisprudencia por parte de Norbert Archteerberg (1986) como disciplina autónoma paralela a la teoría de la legislación y a la teoría de la administración. **BACIGALUPO, Enrique**, *Op. Cit.* pp. 42-45.

⁷³³ **HIERRO, Liborio L.**, “Conceptos jurídicos fundamentales (I). de las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, N° 3, UAM Ediciones. Madrid, España, 2000, pp. 161-163.

han de ser amparadas tal como se indicó *ut supra*, ya que sólo la razón práctica – como facultad humana capaz de enfrentar y resolver satisfactoriamente problemas pragmáticos, éticos y morales– encontrándose *libre* para actuar en el marco de procedimientos establecidos y garantizados por una organización político social efectivamente plural, tolerante, solidaria, justa y participativa – Estado democrático y social de Derecho y de Justicia–, unida al estudio y comprensión de la experiencia histórica, constituyen, en conjunto, bases esenciales para la construcción de un marco normativo donde el reconocimiento y vigencia de los derechos de la persona humana sean el *telos* de las naciones civilizadas.

Es evidente que en este tipo (cualquiera sea que se elija) de procesos se requiere de la rectificación registral, en cuanto al sexo de nacimiento, en supuestos de los transexuales no irreversibles (en cuanto a la convicción mental) o cambios de voluntad poco firmes. Sería atentatorio contra el libre desarrollo de la personalidad y demás derechos, asimismo existiría un problema identificador, cuando el aspecto físico fuera más acorde con el sexo inicialmente consignado en la partida de nacimiento. Además no quedaría garantizada la seguridad jurídica y las exigencias del interés general, ante la falta de coincidencia entre la realidad registral y la extraregistral.

Por eso, es que lo señalado no significa que el juez se coloca por encima de la ley, sino que debe tomar la norma e interpretarla para darle sentido, teniendo en cuenta, no sólo la validez *in abstracto* –validez espacial, temporal y personal– de la norma, sino que, debe atender su contenido –validez material–. Por consiguiente, cuando el juez decide la aplicación de una norma, debe considerar los efectos que se generarían una vez producida su interpretación, la cual siempre debe salvaguardar el acceso a la justicia.

Por ello, la decisión judicial que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el registro civil. Así la inscripción ha de practicarse en el folio registral a que se refiera la decisión y determinará las expresiones que se cancelan y las que se sustituyen, con referencia a la inscripción rectificada, siendo

que consideramos que debe ser excepcional el que se cancele totalmente el antiguo asiento y se extienda otro nuevo, a los fines de resguardar a los terceros. Rectificada una inscripción registral, se ha de rectificar también, por nota, los demás asientos que, fundados en la misma, estuvieren igualmente equivocados o fueren incompletos.

Esta modificación registral puede ser como la que ocurre en Austria, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal y Bélgica, que otorgan el cambio de sexo y eventualmente el de nombre que se hace mediante una mención marginal o de una mención posterior reflejada sobre el acta de nacimiento del interesado.⁷³⁴

Otro aspecto importante de proteger es la intimidad de las personas (personal y familiar), el derecho a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y otorgar una mayor seguridad a los datos reservados con relación a la filiación, la adopción y la rectificación o modificación del sexo, luego de dictada la decisión judicial. No obstante, aún cuando el transexual desea vivir conforme a su nueva vida y evitar revelar su pasado, quedan relaciones jurídicas pretéritas sobre las cuales ya hemos hablado, es decir, puede quedar algo de la personalidad anterior. En este sentido, se encuentra la confidencialidad y el deber médico de guardar secreto, se encuentra también lo relativo a los registros civiles.

Esto trae como problema conciliar el derecho a la confidencialidad del transexual y el principio de publicidad de los registros (material y formal), de allí que se pasa de una publicidad amplia en que puede conocer de los asientos registrales cualquier persona, a una publicidad restringida, para garantizar el respeto a la intimidad de la persona y su familia en ciertos supuestos como el presente, por lo que sería público solamente para las personas directamente relacionadas, por lo que los terceros, requerirían de justificar un interés legítimo y fundamentado para conocer tales datos reservados, para lo cual se daría una autorización especial, pero esta autorización no haría falta para obtener certificación respecto de la rectificación del sexo, el propio inscrito o incluso excluir esta última, lo cual se haría extensivo al resto de la documentación modificada.

⁷³⁴ **BUSTOS MORENO, Yolanda B.** *Op.Cit.* p. 267.

Una vez finalizado el procedimiento de rectificación de sexo, deberá realizarse una serie de actuaciones por parte del encargado del registro civil y la persona que ha obtenido el cambio de sexo y de nombre, a las autoridades y organismos correspondientes como el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores.

Lo anterior implica la reexpedición de los documentos, como la cédula de identidad (conservando el mismo número), el pasaporte, los títulos académicos y demás documentos necesarias, para lo cual ha de quedar exento del pago de cualquier tributo, así como que no se altera la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. Sobre todo al tomar en cuenta la protección constitucional del derecho a la identidad en su faz dinámica se dirige a evitar un falseamiento y desnaturalización tanto del mismo sujeto (verdad de origen) como en lo que concierne a su proyección social.

Los efectos de la modificación registral y documental, en relación a los derechos y obligaciones que reporta el nuevo estatus. Existirían unos efectos constitutivos *ex nunc*, los cuales surtirán efectos a partir de su inscripción en el registro civil, ya que es el momento a partir del cual adquiriría publicidad, aunque sea restringida.

Con el cambio registral de sexo y nombre se le deben otorgar al transexual todos los derechos inherentes a su nueva condición, así se hace en el derecho comparado como en la Ley 3/2007 española, el Código Civil belga, la *Gender Recognition Act* y *Traussexuellengesetz* de alemanas.

En razón de todo lo señalado en el presente capítulo y la falta de pronunciamiento de la acción interpuesta por esta persona, es que Tamara Adrián⁷³⁵, dice que Venezuela se encuentra al “*rezago de los países de la región latinoamericana y del mundo*” en lo referente a la protección efectiva de los derechos de las personas sexodiversas; y específicamente en relación con otros

⁷³⁵ Tomado de <http://av.celarg.gob.ve/Recomendaciones/TamaraAdrian.htm>. Consultado el 26/07/2011.

de la región, en el reconocimiento de la identidad de las personas transexuales, señalando que:

“Así, observamos que el reconocimiento integral de la identidad de las personas transexuales, intersexuales y transgénero, se ha incorporado, por vía legal o jurisprudencial, en México, Cuba, Panamá, Colombia, Ecuador, Brasil, Argentina, Chile y Uruguay, y de manera más limitada en Perú y Bolivia, al tiempo que se están discutiendo proposiciones de leyes en otros tantos países, incluyendo algunos de los citados en los que la protección es meramente jurisprudencial”.

T. Adrián también señala que en el año 2007, presentó un proyecto de varios artículos a los fines de su incorporación en la Constitución venezolana a ser debatida en 1998; aunque no fueron tomados en cuenta, a diferencia de lo que ocurrió en Ecuador, en cuyo país si se adoptó uno de los artículos propuestos, casi sin modificación alguna, siendo actualmente el artículo 11, numeral 2, de la Constitución de Ecuador del año 2008.

De allí, que en relación al tema de la identidad los intersexuales, transexuales y transgéneros, resulta forzoso iniciar un debate desde el punto de vista académico, jurídico y social para dar una solución adecuada, ya que se trata de una de las situaciones de mayor vulnerabilidad que afecta al ejercicio de la personalidad y de los demás derechos humanos mencionados en los capítulos anteriores para que estas personas puedan ser “quien realmente son”; en el entendido que la identidad es uno de los derechos más vinculados con la dignidad y asociado a la intimidad del ser humano, pues afecta directamente de cómo el individuo se reconoce así mismo y a través del cual se relaciona con el resto del mundo. De modo que, en la medida que las personas no puedan ser reconocidas cómo realmente se identifican con alguno de las construcciones sociales del género, mal pueden ejercer su vida y sus derechos en condiciones de igualdad.

En base a las denuncias formuladas principalmente por los activistas de los derechos humanos de las personas sexodiversas, se considera que la desprotección legal implica inevitablemente un estado de vulnerabilidad social que genera unas condiciones de vida a veces intolerables, para estos grupos, de allí que Jesús Ollarves Irazábal, señale que *“en tanto reconozcan derechos a favor de*

los particulares de forma precisa e incondicional, gozarán de eficacia directa, es decir, serán invocables por aquellos ante los órganos estatales, sin perjuicio de la obligación que incumbe a éstos de aplicarlas de oficio (...).⁷³⁶

⁷³⁶ **OLLARVES IRAZABAL, Jesús.** *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Venezuela. El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela.* Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara. Caracas, Venezuela. 2005. p.377.

CONCLUSIONES GENERALES

(...) Hablar de "ciencias del hombre" en cualquier otro caso es un puro y simple abuso de lenguaje. Se mide por ello cuán vanas y ociosas son todas las molestas discusiones para saber si tales conocimientos pueden ser llamados científicos en realidad y a qué condiciones deberán sujetarse para convertirse en tales. Las "ciencias del hombre" forman parte de la episteme moderna como la química, la medicina o cualquier otra ciencia; o también como la gramática y la historia natural formaban parte de la episteme clásica. Pero decir que forman parte del campo epistemológico significa tan sólo que su positividad está enraizada en él, que allí encuentran su condición de existencia, que, por tanto, no son únicamente ilusiones, quimeras seudocientíficas, motivadas en el nivel de las opiniones, de los intereses, de las creencias, que no son lo que otros llaman, usando un nombre caprichoso, "ideología". Pero, a pesar de todo, esto no quiere decir que sean ciencias.
(Michel Foucault)

A lo largo del presente trabajo hemos observado que la sexualidad ha sido vista siempre como íntimamente engranada con la moral, ética y costumbres sociales de determinada sociedad en cierta época, siendo que apenas en la segunda mitad del siglo XIX se le dio una comprensión distinta, y medicalizó, introduciéndose el término "sexología" como especialidad médica que se ocupa de las patologías sexuales en el siglo XX.

El ritmo acelerado de los descubrimientos científicos de nuestra época, sobre todo en la tecnología biomédica, hace que los discursos entre ciencia, moral y derecho sean contradictorios, por lo que los juristas, científicos y filósofos deben afrontar varias realidades con las que tienen que convivir, confrontarlas, escogerlas y acomodarlas.

Igualmente, observamos que la determinación del sexo no es algo fácil, sino que se encuentran involucrados elementos orgánicos y psicológicos como: A) la cromatina sexual y cromosomas sexuales, B) la estructura gonadal o glándulas sexuales, C) la forma de los genitales externos, D) la morfología de los genitales internos, E) el estado hormonal, F) el sexo de crianza o elemento psicológico y G) el género sexual.

Ante esto, desde hace algún tiempo se presta atención al tema de la transexualidad, el intersexualismo y los transgéneros, sobre todo a partir de que

algunos centros médico-científicos han realizado estudios y han practicado intervenciones médico-quirúrgicas, con lo cual se produjo cada vez más interés sobre el tema, planteándose complejos problemas de orden jurídico y moral. Todo esto se da frente el ritmo acelerado de los descubrimientos científicos de nuestra época, que hace que los discursos entre ciencia, moral y derecho sean contradictorios, por lo que los juristas, científicos y filósofos deben afrontar varias realidades con las que tienen que convivir, confrontarlas, escogerlas y acomodarlas.

En el derecho hasta no hace mucho sabía quién era hombre y quién mujer y lo establecía de manera sencilla, observando los órganos genitales, pero con el transexualismo y los intersexuales, se ha forzado a modificar estos conceptos aparentemente claros y que no requerían de una regulación jurídica especial. Así corresponde al derecho ante esta nueva realidad: 1) determinar el estado de las personas (que explica que el transexualismo presenta un problema para la verdad en cuanto a la identidad sexual, teniendo el derecho una tarea difícil, ya que le toca decir que un hombre es una mujer o viceversa, volviéndose cómplice de quien desvirtúa la realidad) o; 2) la verdad de la desinformación y; 3) la determinación de los derechos de la personalidad o la verdad de la información. No obstante, no debemos pensar en esto como un grave problema ya que el derecho se ha basado sobre ficciones que nada tiene que ver con la realidad, existiendo la verdad-certeza-exactitud-evidencia y la verdad-creencia-convicción-apariencia, donde en la primera el derecho la constata y en la segunda debe imponer una verdad.

Así corresponde al derecho ante esta nueva realidad: 1) determinar el estado de las personas (que explica que el transexualismo presenta un problema para la verdad en cuanto a la identidad sexual, teniendo el derecho una tarea difícil, ya que le toca decir que un hombre es una mujer o viceversa, volviéndose cómplice de quien desvirtúa la realidad) o; 2) la verdad de la desinformación y; 3) la determinación de los derechos de la personalidad o la verdad de la información.

El Derecho se debe encargar de asegurar a cada ser humano su propia dignidad y su realización personal, así como los demás derechos humanos

relacionados a esto, a través de la regulación de las conductas humanas intersubjetivas según los valores existentes, dando a cada sujeto, dentro del respeto al derecho ajeno y dirigido hacia al bien común, la posibilidad de elegir, en cuanto ser independiente, su proyecto de vida. Así el ordenamiento jurídico está concebido para darle mayor libertad al hombre, convirtiéndose en un instrumento de su liberación permanente, que le da una continuada posibilidad de encontrar su propia identidad y de ser conforme a su libre elección. En el tema que estamos desarrollando relativo a los intersexuales y los transexuales, se da el drama humano en el propio cuerpo, en cuanto a que su morfología exterior, le impide vivir de acuerdo con su elección no existe otra alternativa que, una vez agotadas todas las que brinda la ciencia, ayudarlos a ser como “decidieron ser”. Como ya indicáramos antes, a diferencia de los homosexuales o los travestis, el transexual es un ser atormentado, que no puede oponerse a una fuerza irresistible, incontrolada, superior a su voluntad.

Una gran cantidad de países consideran lícita este tipo de operaciones o, simplemente existe omisión e indiferencia sobre el tema, con lo cual dicha operación consideramos que se puede realizar lícitamente, ya sea porque la ley lo permite expresamente o porque no lo prohíbe al no existir un tipo penal que lo incorpore.

También el derecho ante este tipo de operaciones no tiene respuesta sencilla con respecto a las modificación de las actas del estado civil para ser adecuadas a dicho cambio, esto es debido sobre todo a que la causa para la modificación o rectificación de las actas del estado civil debe estar expresamente permitida, cosa que no sucede en todos los países del mundo.

Algunas posiciones y opiniones se pueden manifestar contrarias a la necesidad de regular el síndrome transexual alegando que son pocos, raros y escasos el número de personas afectadas por el mismo. Sin embargo, ese argumento pierde sentido cuando se aprecia que independientemente del mayor o menor frecuencia de una situación biológica no debe importar para una adecuada solución jurídica, ya que la condición de estos seres humanos debe mejorarse, cualquiera que sea su impacto cuantitativo en la sociedad.

El trastorno de identidad de género constituye un fenómeno altamente minoritario desde el punto de vista epidemiológico y es una condición médica reconocida con un protocolo de tratamiento médico específico establecido por la Organización Mundial de la Salud en el CIE-10 y anteriormente en el DSM-IV, siendo que para poder culminar con los pasos del protocolo de tratamiento médicamente reconocido internacionalmente para el tratamiento de esta condición de salud y lograr su plena integración social y laboral, y para lograr el goce efectivo de sus derechos constitucionales se requiere la reasignación legal en todos los registros públicos y privados de manera tal que no impidan, limiten o menoscaben el ejercicio de sus derechos.

Con respecto al matrimonio se debe observar aquellos países que hayan legislado sobre el problema, a los fines de observar las diferentes soluciones y tratar estimar la más conveniente a nuestra realidad; sin embargo, la tendencia europea y mundial pareciera ser el reconocimiento oficial del transexual, dejándolo capaz de contraer nupcias de acuerdo con su nuevo sexo, como ocurre en Italia.

Además se debe entender que es difícil establecer un concepto de familia válido para todas las épocas y en todos los lugares, al ser un fenómeno natural y universal, no inmutable; que se ha transformando a través de los siglos, de las civilizaciones, de las costumbres de los pueblos, los cambios sociales y culturales que influyen en este concepto que se ha venido abriendo a organizaciones familiares de distinta índole, en lo cual ha influenciado los avances científicos en el entendimiento de sus instituciones.

Así, con respecto al matrimonio se debe observar a aquellos países que han legislado sobre el problema, a los fines de observar las diferentes soluciones y tratar estimar la más conveniente a nuestra realidad; sin embargo, la tendencia europea pareciera ser el reconocimiento oficial del transexual, dejándolo capaz de contraer nupcias de acuerdo con su nuevo sexo, como ocurre en Italia. Ya sabemos que de momento en nuestro país no existe el matrimonio de orientación sexual diversa, lo cual no hace menos relevante que existe la necesidad de ofrecer un estatuto legal y beneficios sociales a aquellas parejas de hecho,

heterosexuales o de orientación sexual diversa, que lo deseen, pero mientras ello no ocurra el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia en Venezuela están desfasados y desactualizados con respecto a esta nueva realidad social y los avances científicos que los desborda. Por ello, estimamos importante el hecho de que el Código Civil y la legislación venezolana no específica que debe entenderse por hombre y mujer, por lo que se determinará buscando la información en otros ámbitos como lo biológico, médico-forense, psicológico y otras ciencias, con lo cual estimamos que se podría llegar a considerar al transexual propio al sexo que le es asignado al regularizar su situación legal y por ello, con plenos derechos familiares, entre ellos el matrimonio, la adopción, concubinato, uniones estables de hecho, sucesiones y demás aspectos vinculados a la materia.

Del mismo modo indicamos que en materia laboral, es preciso hacer frente a la discriminación que se presenta en materia de empleo de los intersexuales, transexuales o transgéneros, lo cual se puede lograr mediante una la legislación antidiscriminatoria donde se especifique muy claramente la no discriminación por orientación sexual u opción de género y tomar medidas tendientes a cambiar las prácticas y políticas de empleo, siendo que en este último caso, los empleadores y los sindicatos cumplen un papel importante a la hora de evitar que se produzcan situaciones de fobias por parte de los trabajadores o empleadores que se consideren inaceptables.

Respecto al aspecto penal, penitenciario y el servicio militar señalamos que en los delitos en los que se encuentra involucrado el género se produce una confrontación entre identidad legal e identidad sexual y de género de estas personas, así como en su confinamiento en los centros penitenciarios y el modo de prestar su servicio militar ha de ser de conformidad con el nuevo sexo adquirido legalmente.

Lo relativo al deporte, señalamos que el COI abolió la prohibición de la participación de estos deportistas en cualquier disciplina, en aras de proteger el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el libre desarrollo de la

personalidad, estableciendo una normativa que de cumplirse por parte de los participantes ha de permitirles participar en las pruebas deportivas.

En el caso de los seguros, observamos que en cuanto a sus condiciones generales en relación a los intersexuales, transexuales y transgéneros, no posee ninguna distinción con respecto a las demás personas, presentándose algunas peculiaridades en las condiciones particulares y especiales dependiendo del tipo o clase de contrato de seguro a que se refiera, sobre todo en relación con el sujeto a favor del cual se efectúa, si se trata de seguro de vida, salud, maternidad, y ciertos casos especiales sobre bienes.

En general, al parecer, la tendencia legislativa y jurisprudencial en el mundo occidental, es de tener una actitud bastante liberal frente al fenómeno, quizás porque se trata de algo que afecta a un grupo marginal y minoritario, pero ello, no justifica el silencio absoluto de la ley y de los tribunales sobre este punto en Venezuela y ante los demás avances de la ciencia.

En definitiva el descubrimiento, creación y gestión de la verdad en el ámbito del derecho, no son garantía de apego a la realidad por tres razones fundamentales: 1) la verdad es un concepto ambiguo, una adhesión intelectual a la realidad, donde la verdad jurídica es y, además, es funcional; 2) el derecho tiene la función social de decir lo que es y también lo que es justo: la verdad jurídica es y, además, es lo que es justo; y 3) el derecho tienen también una función arbitral, es una instancia de juicio ideológico: la verdad jurídica es y, además, es seguridad.

Esa evolución de la ciencia y las razones fundamentales del derecho mencionadas, conlleva a que nuestro derecho no puede quedarse rezagado, sobre todo cuando uno de los deberes fundamentales de la legislación es la adecuación y la adaptación de la misma a la realidad social.

Mucho más cuando se toma en consideración que a los seres humanos y, por ende, a las personas, les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad, así como su derecho a poseer una identificación (que incluye al nombre y sexo), la posibilidad de que se produzcan ciertos cambios dentro del estado civil, el que posea una documentación adecuada, los derechos

de la personalidad, el derecho a la identidad (incluyendo la sexual), el derecho a la dignidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, el derecho a la integridad psicofísica, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al honor y la reputación, entre los muchos otros tratados en el presente trabajo.

Por ello, es que el Estado a través del ordenamiento jurídico venezolano y sus distintos entes, órganos e instituciones debe dar respuesta y una solución a la situación de estos ciudadanos, por medio de cualquier mecanismo (administrativo, judicial o legislativo), lo contrario sería supeditar el ejercicio de un derecho fundamental a la voluntad del legislador, el cual muchas veces por desconocimiento o desidia, deja en el vacío normativo a importantes situaciones de hecho, que por su trascendencia y su vinculación con el derecho, principio y valor de la dignidad humana merecen ser reguladas, como es el derecho de los transexuales a cambiar su nombre y sexo como manifestación de su derecho a la identidad personal, por lo que el reconocimiento a la dignidad de los transexuales pasa por reconocerles su verdad personal, otorgándoles la posibilidad de ser auténticamente libres, eligiendo vivir como hombre o mujer, de conformidad con el desarrollo psicológico y social que presentan, todo ello según su propia autodeterminación personal.

Lamentablemente nuestro país tiene un vacío jurídico para el reconocimiento legal de la identidad de las personas intersexuales, transexuales y transgéneros, incluyendo lo relativo al sexo y al nombre en todos los registros públicos y demás documentación que indique estos aspectos, lo que ha impedido en la práctica que se dé un reconocimiento integral de la identidad, en condiciones de privacidad y el ejercicio de acciones en contra de la discriminación de las personas, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países del continente. La jurisprudencia que se ha dictado sobre estos asuntos no ha resuelto judicialmente el tema de forma completa y conclusiva, ya que generalmente queda excluida de dichas sentencias la posibilidad de modificar diplomas o títulos, entre otros, aunado al hecho de que el efecto de la sentencia es la inclusión de una nota

marginal con la cual se puede mantener la discriminación a lo largo de la vida de la persona.

Por lo anterior, es que consideramos que se puede dar una respuesta a estas personas por parte del ordenamiento jurídico a través de una acción autónoma indeterminada e innominada de garantía de reconocimiento de identidad y de derechos humanos, para que se les asegure la garantía de sus derechos fundamentales a la identidad personal, al nombre, a la salud, a la integridad físico-psíquico-social; al trabajo y al ejercicio digno de la profesión, a la intimidad, al libre tránsito, al consumo, a la igualdad y a la no discriminación, entre otros, y en general, la garantía efectiva de sus derechos constitucionales con condiciones de igualdad y no discriminación, que le permita adecuar toda su documentación y su vida ante su nueva realidad y su nuevo sexo, generándose un reconocimiento legal del mismo y se le otorguen todos los derechos correspondientes al nuevo sexo, teniendo la salvaguarda de proteger los derechos de terceros que se pudieran ver afectados, como en el caso de tener hijos o encontrarse previamente casados.

En general, al parecer, la tendencia legislativa y jurisprudencial en el mundo occidental, es de tener una actitud bastante liberal frente al fenómeno, quizás porque se trata de algo que afecta a un grupo marginal y minoritario, pero ello, no justifica el silencio absoluto de la ley y de los tribunales sobre este punto en Venezuela y ante los demás avances de la ciencia como la clonación y las células madres entre otros.

En definitiva el descubrimiento, creación y gestión de la verdad en el ámbito del derecho, no son garantía de apego a la realidad por tres razones fundamentales: 1) la verdad es un concepto ambiguo, una adhesión intelectual a la realidad, donde la verdad jurídica es y, además, es funcional; 2) el derecho tiene la función social de decir lo que es y también lo que es justo: la verdad jurídica es y, además, es lo que es justo; y 3) el derecho tiene también una función arbitral, es una instancia de juicio ideológico: la verdad jurídica es y, además, es seguridad.

Esa evolución de la ciencia y las razones fundamentales del derecho mencionadas, conlleva a que nuestro derecho no puede quedarse rezagado,

sobre todo cuando uno de los deberes fundamentales de la legislación es la adecuación y la adaptación de la misma a la realidad social.

Igualmente no se puede olvidar que en setenta países se persigue y castiga a cualquier tipo de tendencia o relación sexual distinta a la heterosexual, como lo son ciertas zonas de África, algunos países de Asia central, varios países islámicos e iberoamericanos (Costa Rica y Nicaragua); mientras que en ocho países aplican la pena de muerte como Nicaragua, India, Irán, Arabia Saudí, Emiratos Árabes, Nigeria, Somalia, Sudán y Yemén.⁷³⁷

Es hora de que Venezuela haga por lo menos como ocurrió en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil, celebradas en Lima el 26 de setiembre de 1991, donde se redactaron las bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre, donde se asentaron algunas consideraciones para el derecho, para los casos en que los hombres que, desde los primeros años de vida, sienten y viven como mujeres o viceversa, constituyendo un drama existencial que repercute raigalmente en el mundo interior del sujeto y sus relaciones sociales, puedan tener una respuesta por parte de una legislación, que arroje un importante supuesto a considerar en materia de procedimiento judicial, donde se apunte que la adecuación de sexo debe ser el resultado de un procedimiento reservado, en el cual los jueces tendrán que evaluar especialmente los peritajes de expertos en la materia, así como entrevistarse con el recurrente para apreciar la dimensión del conflicto vivido por el intersexual, transexual o transgénero, acompañado de un sustento de legitimidad en la biomedicina y los profesionales de la endocrinología, la psiquiatría y la genética que ayuden ante la disforia de género, los cuales son la instancia más clara de la regulación médica admitiendo un sujeto que padece, que sufre, que tiene una enfermedad -si es que se considera de esa manera- y al que es preciso curar, sin preguntarse qué coacciones preexisten y naturalizan lo biológico, posibilitando la discriminación, la segregación y el sufrimiento.

⁷³⁷ **DEFENSORÍA DEL PUEBLO.** *Elementos conceptuales, psicosociales y políticos para una política de defensa y protección de los derechos humanos de las Minorías Sexuales.* Serie Derechos Humanos. Fundación Juan Vives Suriá. Caracas, Venezuela, 2012, p. 46.

En este sentido el derecho se debe apoyar en la biomedicina que juega un papel importante para determinar la adscripción de un sujeto a uno u otro género, sobre todo porque la clasificación de hombre/mujer que siguen siendo operantes como únicas opciones, como determinaciones naturales, son registradas al momento del nacimiento, a los pocos meses del mismo, o a varias décadas de vida, pero en el mismo esquema binario que da la apariencia de una neutralidad natural. Pero el derecho ha demostrado, desde la modernidad -sobre todo al observar las legislaciones en otros países-, su afán por la normalización y el cientificismo, que no puede sino ser acrítico con disciplinas como la biomedicina, que son concluyentes al momento de operar no ya como herramientas de criterio, sino como verdades científicas que es preciso asentar dentro de marcos legales y jurisprudenciales. Por ello la definición del género, en el marco del derecho, está ligada siempre a caracteres que la biomedicina se encarga de naturalizar, pero que en realidad no son más que construcciones sociales, culturales e históricas. Es preciso, entonces, hacer notar al derecho que la medicina no debe ser rechazada ni adoptada en bloque; que la medicina forma parte de un sistema histórico; que no es una ciencia pura, y que forma parte de un sistema económico y de un sistema de poder, y que es necesario sacar a la luz los vínculos que existen entre la medicina, la economía, el poder y la sociedad para determinar en qué medida es posible rectificar o aplicar el modelo.

*“Las emociones, igual que las olas,
no conservan mucho su forma individual” ·
(Henry Ward Beecher)*

· “No emotion, any more than a wave, can long retain its own individual form”.

Bibliografía consultada

ABDALA RICAURTE, Ricardo. *Manual de Medicina Legal y Técnica Criminalística.* Biblioteca Jurídica Dike. Segunda edición. 2000.

ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly. *El menor en el mundo de su ley.* Colección Estudios Jurídicos N° 6. 2da. Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 1979.

ACCIÓN CIUDADANA CONTRA EL SIDA. *Informe sobre Impunidad, Proyecto ILGALAC-OASIS-UNIÓN EUROPEA.* Elaborado por ACCSI, Édgar Carrasco y Marcia Ochoa. 2008.

ACEVEDO MENDOZA, Manuel. *La Empresa de Seguros.* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, 1988.

ACHAVAD, Alfredo. *Manual de Medicina Legal. Práctica Forense.* Editorial Alfredo Perrot; Buenos Aires, Argentina, 1963.

ADRIÁN, Tamara. *Discriminación laboral por razón de orientación sexual e identidad de género (Un ensayo de derecho comparado para tratar de determinar por qué Venezuela se encuentra en uno de los últimos lugares de América Latina en la materia).* Revista de Derecho del Trabajo. N° 7. Centro de Investigaciones y Desarrollo Universitas (CIDU). Fundación Universitas. Abril-Mayo 2009. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela.

ADRIÁN, T. *Supresión de las disposiciones legales que segregan y limitan derechos a las comunidades LGBTTI en Venezuela: una deuda no cumplida.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012.

AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Derecho Civil I. Personas.* 20ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Fondo de Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela, 2007.

AGUILAR GORRONDORA, José Luis. *Derecho Civil I. Personas.* 23ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Fondo de Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela, 2010.

AGUILERA BRIZUELA, Sandra. *Derecho del niño y del adolescente.* Ediciones Libra. Tomo I. Caracas, Venezuela, 2004.

AGUILERA BRIZUELA, Sandra. *Práctica Forense LOPNNA.* Ediciones Libra. Tomo I y II. Caracas, Venezuela, 2009.

ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo (Adaptada a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamentación.* Editorial Melvin C.A. Decimotercera Edición. Caracas, Venezuela, 2004.

ALLEN LS, HINES M, SHRYNE JE & GORSKI RA. *Journal of Clinical Endocrinology and Metabolism*, 1986.

AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional.* Ara Editores. Lima, Perú, 2004.

AMODIO, Emanuele. *Si la naturaleza se opone ... una mirada antropológica y política hacia el género y la diferencia sexual.* Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad Central de Venezuela. Tema Central: Estudios recientes sobre la diversidad sexual en Venezuela. Septiembre-Diciembre. Volumen 12. Nº 3. Caracas, Venezuela, 2006.

ANGULO GONZÁLEZ, Rubén Darío. *Medicina Forense y Criminalística.* Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Segunda edición. Bogotá, Colombia, 2004.

ANITUA, Gabriel Ignacio. “¡Identifíquese!” *Apuntes para una historia del control de las poblaciones.* pp. 83-106. Publicado en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio Bv.J. Maier.* Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, 2005.

APONTE SÁNCHEZ, Elida. *La violación en los consorcios sexuales. Tratamiento jurídico en España y Venezuela.* Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. Nº 239. Maracaibo, Venezuela. 2001.

ARAGÓN REYES, Manuel, “*El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información*”, Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, Nº 1, UAM Ediciones. Madrid, España, 1999.

ARELLANO MORENO, A. *Doctrina y legislación sobre Seguros Mercantiles 1943.* Editorial Cecilio Acosta. Impresores Unidos. Caracas, Venezuela, 1944.

ARNSTREIN, Daniela. *Régimen de Seguridad Social y de Familia en Venezuela.* LegisLec Editores, C.A. Caracas, Venezuela, 1998.

AUTORES VENEZOLANOS. *El Documento Público y Privado.* Ediciones Fabreton. Carcas, Venezuela, 1997.

AUTORES VENEZOLANOS. *Estudios Jurídicos sobre el Documento Público y Privado en el Derecho Procesal Civil.* Ediciones Fabreton. Carcas, Venezuela, 1982.

ÁVILA MERINO, Luis Miguel. *Las Cooperativas de Seguros en Venezuela.* Cooperativa de Protección Automotriz (COPROAUTO). Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, Venezuela, 2005.

ÁVILA RODRÍGUEZ, Vinicio. *Comentarios a la organización del Registro del Estado Civil en la actualidad.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 179-221.

AYALA CORAO, Carlos M. *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional.* Revista Politeia, N° 26. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela. Primer Semestre de 2001.

AZPIRI, Jorge O. *Derecho de familia.* Editorial Hammurabi SRL, José Luis Depalma-Editor. Buenos Aires, Argentina, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. *Empirismo y teorías jurídicas (la utilización de las teorías jurídicas en la práctica judicial).* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 1. UAM Ediciones. Madrid, España, 1999.

BADÍA BATALLA, Francisco. *Legislación del Registro Civil.* ediciones Acervo. Barcelona, España, 1959.

BARONI UZCÁTEGUI, Ricardo. *Nueva organización del Registro Civil de las personas.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 223-301.

BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto y Jaime Darío BARRERA MÁRQUEZ. *Delitos Sexuales.* Ediciones Librería del Profesional. Cuarta Edición. Bogotá-Colombia, 1998.

BARRIOS, Haydée. *Colocación familiar y adopción. Nuevo procedimiento en la LOPNNA.* **PERDOMO, Juan Rafael (coordinador).** *Derecho de la infancia y la adolescencia.* Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 24. Caracas, Venezuela, 2007.

BARRIOS, Haydée. *La adopción en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional Privado Venezolano.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela, 1998.

BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. *Algunas consideraciones sobre los efectos de ciertos patrones de conducta sexual frente al ordenamiento jurídico venezolano.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros

Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 313-326.

BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis. *Tratado de Seguros.* Volumen I y II. Instituto Editorial REUS. Madrid, España, 1955.

BERNAD MAINAR, Rafael. *Derecho romano. Familia y sucesiones.* Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela, 2000.

BERKOW, Robert. *Manual de Diagnóstico y Terapéutica.* 8° edición. Ediciones Doyma. Barcelona, España, 1989.

BOCARANDA, Juan José. *Derecho de Familia.* Tipografía Principios. Tomos I. Caracas, Venezuela, 1994.

BOEDO CURRAS, Manuel. *Todo el Seguros Social Vigente al Alcance de Todos.* Ediciones Librería Destino. Caracas, Venezuela, 1994.

BONNET, Emilio Federico. *Medicina Legal.* López Libreros Editores S.R.L. Buenos Aires, 1967.

BORJAS, Leopoldo. *Naturaleza Jurídica del Contrato de Seguros.* Publicado en *Derecho y Seguros.* XIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar (en homenaje al XXV aniversario de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Segunda edición. Barquisimeto, del 3 al 6 de enero de 1988.

BOTELLA LLUSIÁ, José. *Enfermedades del Aparato Genital Femenino.* 3° edición. Editorial Científico Médica Barcelona. Madrid, España, 1954.

BRAVO BOSCH, María José. *A propósito de la protección del honor de la persona.* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 16. UAM Ediciones. Madrid, España, 2007-II.

BUAIZ V., Yuri Emilio. *Los delitos contra la integridad sexual en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* pp. 35-54. **CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal y María Gracia MORAIS DÍAS de GUERRERO (coordinadores).** *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente.* Universidad Católica Andrés Bello. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2002.

BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas.* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Segunda Edición. Santafé de Bogotá, Colombia, 1996.

BUSTOS MORENO, Yolanda B. *la Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo).* Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España, 2008.

CALVO BACA, Emilio. *Derecho Registral y Notarial.* Ediciones Libra. Caracas, Venezuela, 2009.

CAMUS, E.F. *Derecho Hereditario. Historia y Legislación Comparada.* Jesús Montero, Editor. La Habana, Cuba, 1937.

CAREAGA, Gloria. *La sexualidad, un desafío para América Latina.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012.

CARMONA, Juan. *Anteproyecto de Ley de Seguro y exposición de motivos.* Empresa El Cojo. Publicaciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas, Venezuela, 1956.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal.* Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. Imprenta Universitaria. México, 1955.

CASAL H., Jesús María. *Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales.* Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° III. Editorial y Librería Jurídica Malio M. Fernández. Uruguay, 2002.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España, 1998.

CASTRO, Máximo. *Procedimientos Penales.* Biblioteca Jurídica Argentina. Tomo 2. Buenos Aires, Argentina, 1928.

CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. *Conflictos entre derechos humanos: categorías interpretativas para su solución.* Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 242. Maracaibo, Venezuela, 2003.

CHANG MORA, Kimlen y Emilio Antonio NEGRÓN CHACÍN. *Instituciones Financieras.* Vadell Hermanos Editores. Caracas-Venezuela-Valencia, 2000.

CHIOSSONE, Tulio. *Temas Procesales y Penales.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, Venezuela, 1977.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Institución del derecho Procesal Civil.* Volumen 4. Editorial Jurídica Universitaria, S.A. México, 2001.

Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS. CIE 10° edición, Ginebra.

CLAUS OVERZIER. *La Intersexualidad.* Editorial Médica. Barcelona, España, 1993.

Código Civil de Venezuela. Artículos 1° al 18°. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1989.

Código Civil de Venezuela. Artículos 445 al 463. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1978.

Código Civil de Venezuela. Artículos 464 al 473. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1978.

Código Civil de Venezuela. Artículos 474 al 523. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1978.

COLOMER, José Luis. *Derecho y política en la filosofía de Kant.* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 7. UAM Ediciones. Madrid, España, 2002.

COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMÉRICA. *Ponencias de Sao Paulo sobre Delitos Contra el Honor.* IX Reunión Plenaria, Santiago de Chile del 1 al 10 de Marzo de 1975.

CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT PENAL. RESUMES DES RAPPORTS II. *Les infractions contre la famille et la moralite sexuelle.* Secrétariat du Congrès, 14. Burgemeester de Monchyplein. La Haye-(Pays-Bas), 1964.

CONTRERAS VEGA, Alix R. *El Registro Civil en Venezuela Régimen Actual.* Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 16-17. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2004-2005.

CORNIELES PERRET GENIL, Cristóbal (coordinador). *Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* Universidad Católica Andrés Bello. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, Venezuela, 2001.

CORNIELES PERRET GENIL, Cristóbal (coordinador). *Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela, Caracas, 2000.

CORNIELES PERRET GENIL, Cristóbal y MORAIS G. María (coordinadores). *Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. VI Jornadas sobre la LOPNNA.* Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, Caracas, 2005.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *El derecho a la privacidad y los sistemas de tratamiento de datos personales en la ley N° 19.628 de 1999.* Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Universidad de Concepción. N° 205, año LXVII. Chile, 1999.

CORREA APONTE, Teodoro. *El Nombre de la Persona Física en el Derecho Civil Venezolano.* Vadell hermanos Editores. Valencia, Caracas, Venezuela, 2002.

CRISTÓBAL-MONTES, ÁNGEL. *La separación de los bienes hereditarios.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, Venezuela, 1970.

CRISTÓBAL-MONTES, ÁNGEL. *La transmisión hereditaria de la posesión en el derecho comparado.* Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Tomo I. Caracas, Venezuela, 1970.

CRISTÓBAL-MONTES, ÁNGEL. *La venta de herencia.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, Venezuela, 1968.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Criminalidad infantil y juvenil.* Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1934.

DE LUGO Y REYMUNDO, Luis Benítez. *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización.* Instituto Editorial REUS. Madrid, España, 1952.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Elementos conceptuales, psicosociales y políticos para una política de defensa y protección de los derechos humanos de las Minorías Sexuales.* Serie Derechos Humanos. Fundación Juan Vives Suriá. Caracas, Venezuela, 2012.

DELGADO, Francisco. *Introducción al Análisis Jurídico.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas. Escuela de Derecho. Caracas, 2005.

DELGADO, María Mónica. *La familia sustituta. Labor transitoria o permanente de protección.* Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 241. Maracaibo, Venezuela, 2002.

DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge.* Établissements Émile Bruylant, Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques. Deuxième Édition. Tomer Premier. Bruxelles, Belgica, 1939.

DELPIAZZO, Carlos E. *Protección de los datos personales en tiempos de internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad.* Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° III. Uruguay, 2002.

DÍAZ, Elías. *Carl Schmitt: la destrucción del estado de derecho.* Revista Jurídica,

Universidad Autónoma de Madrid, N° 8. UAM Ediciones. Madrid, España, 2003.

DOMÍNGUEZ ESCOVAR, José María. *La deserción familiar en el derecho venezolano.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 24. El Cojo S.A.. Caracas, Venezuela, 1962.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. N° 130. Caracas / Venezuela, 2007, pp. 53-100.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999.* El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo I. Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas / Venezuela, 2003. pp. 215-265.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* Revista de Derecho N° 7. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 49-311.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *El Estado Civil.* Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 359-410.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Ensayos sobre capacidad y otros temas de derecho civil.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Nuevos Autores, N° 1. Caracas / Venezuela, 2010.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *La persona: ideas sobre su noción jurídica.* Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° 4. Caracas, Venezuela 2002.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *La Rectificación Administrativa de Partidas.* Libro Homenaje a Aníbal Dominici. Ediciones Liber. Coordinadores Irene de Valera y José G. Salvatierra. Caracas, Venezuela 2008.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho de Familia.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos, N° 20. Caracas, Venezuela, 2008.

EL ACHKAR, SORAYA. *La Consulta Nacional sobre la reforma policial en Venezuela, una propuesta para el diálogo y el consenso.* Venezuela, 2007.

ENCICLOPEDIA AULA. Tomo: Ciencias Naturales, Cultura, S.A. Ediciones; Madrid, España, 1986.

ESCOBAR LEÓN, Ramón. *Notas sobre la partición hereditaria.* Revista del colegio de Abogados del Distrito Federal N° 147. Enero-Marzo, 1983. Nueva etapa N° 6.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana. *El matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo.* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 10. UAM Ediciones. Madrid, 2004.

ESPINA, Gioconda. *Discriminación por orientación sexual desde la teoría psicoanalítica con enfoque de género.* Revista Venezolana de Estudios de la Mujer. Universidad Central de Venezuela. Enero / Diciembre. Volumen 6. N° 16 y N° 17. Caracas, Venezuela, 2001.

ESTEFANI, M. *Influencias recíprocas entre lo civil y lo penal.* Editores: Alberto Hernández Mora y Alberto González Ortiz. Facultad de derecho de Paris. Curso de Doctorado. Bogotá, Colombia, 1956.

ESTEVA CALLICCHIO, Eduardo G. y Martín RISSO FERRAND. *Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen Derechos Humanos en el Derecho Uruguayo.* Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° III. Editorial y Librería Jurídica Malio M. Fernández. Uruguay, 2002.

FERNÁNDEZ CABRERA, Sacha Rohán. *El derecho a la salud como derecho fundamental.* Revista del Tribunal Supremo de Justicia, N° 23. Caracas, Venezuela, diciembre de 2006.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Conceptos y dicotomías del ius,* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 3, UAM Ediciones. Madrid, España, 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.* Revista Tachirenses de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 7. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira, Venezuela. Enero-Diciembre 1995.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISO. *Sistemas de Protección Judicial de los Derechos Fundamentales.* Revista de Derecho Constitucional, N° 1 septiembre-diciembre 1999. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal.* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1992.

FERRER ORTÍZ, Javier. *Poder o no poder querer el matrimonio: La capacidad matrimonial y su defecto (Canon 1095).* Revista Tachirenses de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 18. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2006.

FEBRES CORDERO, Eloy. *El Registro Civil en Venezuela. Comentarios y Jurisprudencia.* Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Mérida, Venezuela, 1969.

FEDERACION LATINOAMERICANA DE SOCIEDADES DE SEXOLOGIA Y EDUCACION SEXUAL. *Manual Diagnóstico de las Enfermedades en Sexología.* Edición de 1993.

FELICE CASTILLO, Carlos. *El derecho venezolano del deporte.* Fundación del deporte estudiantil (FUNDESTIL). Caracas, Venezuela, 1999.

FLORES, Anik y Andrea Rondón García. *La naturaleza de las actas del Registro Civil.* Revista de Derecho, N° 18. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2005, pp. 345-392.

FLORES PÉREZ, Edgar. *Relaciones entre la idea de Derecho y el concepto de Derecho Positivo.* Revista Tachirenses de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 16-17. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira, Venezuela. Enero-Diciembre 2004-2005.

FORERO SALCEDO, José Rory. *Garantía de los derechos fundamentales en el ámbito del Estado constitucional español y colombiano.* Revista Nueva Época, Universidad Libre de Colombia, N° 27, año XII. Editorial Kimpres Ltda. Bogotá D.C., Colombia. Septiembre 2006.

GAJARDO, Samuel. *Medicina Legal.* Editorial Nascimento. Segunda edición revisada. Santiago de Chile, Chile, 1952.

GARCÍA GARCÍA, Ricardo. *El reciente derecho del transexual a contraer matrimonio.* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 3. UAM Ediciones. Madrid, España, 2000.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Tratado Elemental de Derecho Social.* Tercera Edición. EPESA. Alcalá-Madrid, 1948.

GARCÍA SOTO, Carlos. *Notas sobre la democracia y los derechos humanos.* Revista de Derecho Constitucional, N° 3 julio/diciembre 2000. Paredes Editores. Caracas, Venezuela, 2000.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional,* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 13, UAM Ediciones. Madrid, 2006.

GIOVANAZZI DE BLEJMAN, Ana Cecilia. *La Sexualidad un Enigma.* 2002.

GIRALDO G., César Augusto. *Medicina Forense.* Señal Editora. Undécima Edición. Medellín, Colombia, 2003.

GIUNGI M., Humberto. *Lecciones de Medicina Legal.* 6º edición. Editorial Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 1984.

GÓMEZ GIL, Nogués, Perpiña y DE PABLO RABAZO, *Trastorno de la Identidad Sexual: Aspectos epidemiológicos, sociodemográficos, psiquiátricos y evolutivos,* Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace. Editorial Médica. Madrid, España. 1998.

GONZÁLEZ, Juana J. *La protección del medio familiar como garantía constitucional a favor del niño, niña y adolescente.* Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 241. Maracaibo, Venezuela. 2002.

GONZÁLEZ FUENMAYOR, Mervy Enrique. *Un enfoque contemporáneo sobre la persona y la personalidad jurídica (Lifting the veil).* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 583-613.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positiva, en Derechos Fundamentales y Estado,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAMEX, México, 2002.

GRANADILLO COLMENARES, Nancy Carolina. *Los Delitos y otros aspectos procesales previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violencia.* Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela, 2008.

GRISANTI AVELEDO, Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia.* 7º edición. Editorial Vadell. Caracas, Venezuela, 1997.

GRISANTI AVELEDO, Hernando y Andrés GRISANTI FRANCESCHI. *Manual de Derecho Penal (parte especial).* Vadel Hermanos Editores. Séptima edición. Valencia-Venezuela, 1997.

GROSMAN, Cecilia P. y Silvia MESTERMAN. *Maltrato al menor (El lado oculto de la escena familiar).* Editorial Universidad. Buenos Aires-Argentina, 1992.

GROTE, Ranier. *Limitaciones para la ley en la regulación de los Derechos Humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán.* Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° III. Editorial y Librería Jurídica Malio M. Fernández. Uruguay, 2002.

GUERRA, Víctor Hugo (coordinador). *Adopción Internacional.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1998.

GUERRA PÉREZ, Walter D. *Habeas data*. Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, N° VII. Uruguay, 2005.

GUERRA TORRES, Antonio S. *Odontoestomatología Forense*. Ecoe Ediciones. Bogotá, Colombia, 2002.

GUTIÉRREZ DE QUERALES, Ingrid. *Uniones estables de hecho*. **PERDOMO, Juan Rafael coordinador.** *Derecho de la infancia y la adolescencia*. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 24. pp. 241-249, Caracas, Venezuela, 2007.

GUZMÁN, Carlos A. *Manual de criminalística*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, Argentina, 2000.

HALPERIN, Isaac. *La acción directa de la víctima contra el asegurador responsable civil del daño*. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina, 1944.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil*. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo, Venezuela, 1986.

HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina. *Derecho matrimonial en el marco de una antropología jurídica de la sexualidad humana*. Revista Tachirense de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 18. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2006.

HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo. *El Habeas Data y el Derecho de la Persona con Transtornos de Identidad de Género a obtener documentos relativos a su Identidad Biológica*. Revista de Derecho Constitucional. N° 8. Editorial Sherwood. Julio-Diciembre 2003. Caracas, Venezuela, 2003.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *El Nombre Civil y el Sexo de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado*. Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 597-618.

HIERRO, Liborio L. *Conceptos jurídicos fundamentales (I). De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber*. Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 3. UAM Ediciones. Madrid, España, 2000.

HIMIOB SANTOMÉ, Gonzalo. *La violación, el estupro, los actos lascivos y el acoso sexual en la Legislación Penal Venezolana*. pp. 497-512. **VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly y Nelsón CHACÓN QUINTANA.** *Ciencias penales: temas actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada S.J.*. Publicaciones UCAB. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004.

HJONERS, A.C. y Wentz L.S. BURNETT. *Tratado de Ginecología de Navak.* Editorial Interamericana. México, 1991. Pág. 125 a la 160.

HORVÁTH, Tibor. *Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle.* pp. 43-102. **NEMZETKÖZI BÜNTETOJOGI, Társaság, Magyar Nemzeti Szekció (Association Internationale de Droit Penal Section Nationale Hongroise).** *Rapports Nationaux au IX Congrès International de Droit Penal. La Haye, 24-30 août 1964.*

HOYOS, Josefina. *Los Derechos del Niño y sus Instituciones de Asistencia y Protección.* Caracas, Venezuela, 1957.

HUMAN RIGHTS RESEARCH GROUP. *International Human Rights Norms, Transnational Networks.* Law and State Magazine, Volume N° 59/60. Edited by the Institute for Scientific Co-operation. Tübingen, Federal Republic of Germany, 1999, pp. 78-113.

HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I.* Vadell Hermanos Editores. Segunda Edición. Caracas, Venezuela, 2006.

IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *El derecho de los niños.* Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, Colombia, 1998.

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. *Código Penal de Venezuela.* Vol. VI. Art.(s) 344 al 406. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela, 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN, LUCHA Y PREVENCIÓN DEL FRAUDE (INIF). *II Seminario Internacional de fraude en Seguros.* Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2005.

INSTITUTO VENEZOLANO DE LOS SEGUROS SOCIALES – Dirección de Consultoría Jurídica. *Compilación Legislativa.* Caracas, Venezuela, 1983.

ITRIAGO MACHADO, Miguel Ángel y Antonio L. ITRIAGO MACHADO. *El Impuesto sobre sucesiones y donaciones.* Ediciones del Escritorio Dr. Pedro L. Itriago P. Caracas, Venezuela, 1996.

JOHNSON, Viegina; Robert KOLODNY y William MASTERS. *La Sexualidad Humana.* Editorial Grijalbo. Barcelona, España, 1988.

JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. *XIV Jornadas de Derecho Civil.* Buenos Aires, del 25 al 27 de septiembre de 1997.

KLEIN, Eckart. *The Universal Protection of Human Rights –Reality or Utopia?-. Law and State Magazine, Volume N° 59/60.* Edited by the Institute for Scientific Co-operation. Tübingen, Federal Republic of Germany, 1999, pp. 61-77.

KOZAK ROVERO, Gisela. *Estudios sobre diversidad sexual, estudios sobre minorías sexuales.* Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad Central de Venezuela. Tema Central: Estudios recientes sobre la diversidad sexual en Venezuela. Septiembre-Diciembre. Volumen 12. N° 3. Caracas, Venezuela, 2006.

KRAUSE, Harry. *Family Law, Cases and Materials.* Editorial West Publishing Company. Estados Unidos de Norte América, 1976.

KRAUSE, Harry. *Family Law in a Nutshell.* Editorial West Publishing Company. Estados Unidos de Norte América, 2003.

KRAUSE, Harry. *1978 Supplement to Family Law.* Editorial West Publishing Company. Estados Unidos de Norte América, 1980.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho Inmobiliario Registral.* Zaragoza, España, 1957.

LAPORTA, Francisco J. *La creación judicial y el concepto de derecho implícito.* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 6. UAM Ediciones. Madrid, España, 2002.

LAPORTA, Francisco J. *La reinención de la ley.* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 8. UAM Ediciones. Madrid, España, 2003.

LE BOULENGÉ, Jean-Marie. *El derecho venezolano de los seguros terrestres.* Caracas, Venezuela, 1983.

LEGISLEC. *Régimen de Familia en Venezuela.* 2da Edición. LegisLec Editores, C.A. Caracas, Venezuela, 2001.

LÓPEZ CALVO, Pedro. *Investigación criminal y criminalística en el sistema penal acusatorio.* Editorial TEMIS. Tercera edición. Bogotá, Colombia, 2008.

LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de familia.* Publicaciones UCAB, T. I y II, Segunda ed. (Actualizada). Caracas, Venezuela, 2009.

LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Sucesiones.* T. I y II. Publicaciones UCAB. 4ta edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2006.

LÓPEZ HERRERA, Francisco. *El Régimen Legal de la Adopción en Venezuela.* C.A. Editorial Sucre. Academia de Ciencias Política y Sociales. Caracas, Venezuela, 1974.

LORETO, Luis. *Conquistas de la biología al servicio de la legislación y la jurisprudencia.* Libro homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza, UCV, FCJP, Caracas, Venezuela, 1970.

LÖSING, Norbert. *Las Garantías Procesales de los Derecho Humanos.* Revista de Derecho Constitucional, N° 1 septiembre-diciembre 1999. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela.

MAFFÍA, Diana. *Del derecho androcéntrico a la polifonía de los derechos humanos.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012.

MAGUIRE, Mike; Rod MORGAN & REINER, Robert. *Manual de Criminología.* Oxford University Press. Grandes Clásicos del Derecho Volumen 4. México, 1999.

MANES, A. *Teoría General del Seguro. Tratado General del Seguro.* Traducción de la 4ta. Edición Alemana por Fermín Soto. Editorial Logos Ltda. Madrid, España, 1930.

MANFREDINI, Mario. *Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie (Trattato di Diritto Penale).* Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Biblioteca Giuridica Contemporanea. Seconda edizione. Volume IX. Milano-Italia, 1921.

MANUAL DE ENFERMEDADES MENTALES. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM.*

MARÍN GARCÍA, Gustavo y José Ramón MEDINA. *Sobre la protección de información de datos y el habeas data en Venezuela: hacia su desarrollo legislativo.* Revista de Derecho Administrativo. N° 14. Editorial Sherwood. Enero-Abril, 2002. Caracas, Venezuela.

MÁRMOL MARQUÍIS, Hugo. *El Seguro de Vida.* Colección Tesis de Doctorado. Volumen III. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela, 1964.

MÁRMOL MARQUÍIS, Hugo. *Fundamentos del Seguro Terrestre.* 3ra. Edición. Manuales de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 1990.

MARTÍNEZ DIÉZ, Felicísimo. *El Derecho a la Libre Expresión (Reflexiones desde la perspectiva teológico judeo-cristiana).* Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 7. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira, Venezuela. Enero-Diciembre 1995.

MARTÍNEZ R., Annie. *Acoso sexual: una forma de violencia contra la mujer.* Revista Nueva Época. Universidad Libre de Colombia. N° 30. Año XII. Editorial

Kimpres Ltda.. Bogotá D.C., Colombia. Septiembre, 2008.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *El nuevo derecho de familia (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio)*. S.A.E. Gráficas Espejo. Madrid, España, 1981.

MARTÍNEZ Z., Lisandro. *Derecho penal sexual*. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, 1972.

MAYORCA, Juan Manual. *El sobrenombre*. Italgráfica, S.R.L. Caracas, Venezuela, 1986.

MAZEAUD, Henry y León y Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil. Los sujetos de derechos. Las personas*. Parte Primera. Volumen II. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1959.

MAZUERA ARIAS, Rina. *Origen del matrimonio civil en Venezuela*. Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 18. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2006.

MEDINA, Graciela y Carolina WINOGRAD. *El transexual condenado y la condena de ser transexual*. Revista de Derecho Penal. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, Argentina, 2001.

MEIER ECHEVERRÍA, Henrique. *La Seguridad Jurídica y el Sistema Registral*. Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 715-755.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Doctrinas Generales. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1954.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo III Derechos de la Personalidad – Derecho de la Familia – Derechos Reales. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina 1954.

MEYER-BAHLBURG, Henio. *Intersexuality and the Diagnosis of Gender Identity Disorder*. Archives of Sexual Behavior, vol. 3, N° 1, 1994. Biblioteca “Manuel Roche” del IVIC.

MONTES, Ángel Cristóbal. *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*. Universidad Central de Venezuela. Cursos de Derecho. Facultad de Derecho. Caracas, 1965.

MONTES, Ángel Cristóbal. *La Adquisición Registral "A non domino"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus, S.A. Noviembre de 1966, Madrid.

MONTES, Ángel Cristóbal. *Principales Sistemas Registrales de Publicidad Inmobiliaria*. República de Venezuela. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Caracas, 1964.

MONTES, Ángel Cristóbal. *Tercero Registral en el Derecho Venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Cursos de Derecho. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Caracas, 1967.

MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Editorial Claridad, S.A. Biblioteca de Grandes Obras Famosas, Volumen 3. Buenos Aires, Argentina, 1971.

MONTOYA, César Augusto. *Familia y Menores*. Livrosca. 2da edición. Caracas, Venezuela, 1999.

MORA CHIANO, José. *Riesgo y Seguro. Desarrollo del seguro privado en Venezuela*. Revista de Fomento. Ministerio de Fomento de los Estados Unidos de Venezuela. Dirección de Industrias – Asesoría de Publicaciones. Caracas, Venezuela, 1952.

MORAIS DE GUERRERO, María (coordinadora). *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela, 2001.

MORALES, Georgina y Miriam SAN JUAN. *Familia. Intervenciones protectoras y mediación familiar*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela, 2005.

MORALES, Georgina y Miriam SAN JUAN. *Temas de Derecho del Niño. Instituciones Familiares en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela, Valencia, 2002.

MORENO, Artemio. *Doctrina y Práctica del Procedimiento Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina, 1945.

MORENO BOTELLA, Gloria. *Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado*. Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 7. UAM Ediciones. Madrid, 2002.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *El seguro de riesgo subjetivo*. Editorial Sucre. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Año lectivo 1969-1970. N° 9. Caracas, Venezuela, 1970.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal (Parte Especial)*. Editorial Tirant lo Blanch. Decimotercera Edición. Valencia-España, 2001.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Sexualidad y Derecho (elementos de sexología jurídica)*. Editorial Hispano-Europea. Colección De Iure et Vita. Barcelona-España, 1976.

NAVARRETE, Rodrigo y Holanda CASTRO. *Por fin estudios de diversidad sexual en Venezuela*. Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad Central de Venezuela. Tema Central: Estudios recientes sobre la diversidad sexual en Venezuela. Septiembre-Diciembre. Volumen 12. N° 3. Caracas, Venezuela, 2006.

NEUMAN, Elías. *El problema sexual en las cárceles*. Editorial Universidad. Segunda edición. Buenos Aires, 1987.

NEVADO, José H. *Familia y “familia sustituta” en Venezuela: Aproximación a una mirada social*. **PERDOMO, Juan Rafael coordinador.** *Derecho de la infancia y la adolescencia*. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 24. pp. 251-264, Caracas, Venezuela, 2007.

NEVADO FERNÁNDEZ, José María. *El género en las Relaciones de Trabajo en España*. Revista Derecho del Trabajo. Fundación Universitas. N° 1 enero/diciembre 2005. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, 2005.

NELSON, Waldo E., M.D. *Tratado de Pediatría*. Tomo II. 5° edición. Editorial: Salvat Editores S.A. Barcelona, Madrid.

NIKKEN, Pedro. *Código de Derechos Humanos*. 2da Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 2006.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Las Dignidad de la Persona, Derecho Esenciales y Derecho a la Igual Protección de la Ley*. Revista de Derecho Constitucional, N° 1 septiembre-diciembre 1999. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela.

OBERTI NARANJO, Ivania. *La Elusión en el Contrato de Seguros*. Publicado en **BAUMEISTER TOLEDO, Alberto (Coordinador).** *Estudios sobre Derecho de Seguros. Libro homenaje a los 40 años de la Fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA)*. Editorial Texto. Asociación Venezolana de Derecho de Seguro – Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2003.

OCHOA, Marcia. *Ciudadanía perversa: divas, marginación y participación en la “localización”*. Políticas de Ciudadanía y Sociedad Civil en tiempos de globalización. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad Central de Venezuela. Carcas, Venezuela, 2004.

OCHOA E. Oscar G. *Personas. Derecho Civil I.* universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2006.

OCHOA GÓMEZ, Oscar E. *Derechos de la Personalidad.* Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002. pp. 879-964.

OLLARVES IRAZÁBAL, Jesús. *Ius Cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo.* Editorial Arte C.A. Caracas, Venezuela, 2005.

OLLARVES IRAZABAL, Jesús. *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Venezuela. El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela.* Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara. Caracas, Venezuela, 2005.

ORTÍZ ORTÍZ, Rafael. *Algunas consideraciones sobre el hábeas data como derecho civil fundamental.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. II. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 35-106.

ORTÍZ ORTÍZ, Rafael. *La libertad de información, Democracia y Constitución. Introito a la Constitución venezolana de 1999.* Revista Jurídica de la Universidad Bicentennial de Aragua, N° 1. Maracay, Estado Aragua, Venezuela. Diciembre 2001.

PALACIOS, Leopoldo. *La Acción Mero-Declarativa.* Ediciones Liber. Caracas, Venezuela, 2002.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español.* Revista Derecho del Trabajo. Fundación Universitas. N° 2 enero/diciembre 2006. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, 2006.

PARRA CHÁVEZ, Roger. *La libertad del Juez según los artículos 26 y 257 de la Constitución Venezolana.* Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 16-17. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira, Venezuela. Enero-Diciembre 2004-2005.

PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela. *Consideraciones acerca del derecho a la identidad de la persona natural y su régimen probatorio.* Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 241. Maracaibo, Venezuela, 2002.

PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela. *Consideraciones acerca del derecho a la identidad de la persona natural y su régimen probatorio.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. II. Fernando Parra Aranguren

Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 225-243.

PEÑA SOLÍS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo I: Los Derechos Civiles.* Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. *Sorpresas y vacíos en la jurisprudencia actual de la Corte sobre derecho al honor y a la información.* Publicado en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio Bv.J. Maier.* Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 83-106.

PIÑA, Ovielo. *Derecho Sucesoral.* Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela, Valencia, 2006.

PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.* Tomo Primero, Las Personas, Estado y Capacidad. Traducción de Mario Díaz Cruz. Editorial Cultural, S.A. La Habana, Cuba, 1927.

POLANCO, Tomas. *Derecho Administrativo Especial.* Curso de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela, 1959.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal (parte especial).* Tomo IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.

RAFALIA A., Juan M. *La Protección de la Familia en la Constitución Venezolana de 1999.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. II. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 357-384.

RAMÍREZ, Florencio. *Anotaciones de Derecho Civil.* Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela, 1954.

RAMÍREZ GRONDA, Juan D. *el Contrato de Trabajo.* Editorial La Ley Bs. Aires. Buenos Aires, Argentina, 1945.

RANGEL DE JAHNKE, Sol H. *Anotaciones de Derecho Registral.* Trabajo de Ascenso a Profesor Agregado en la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela, 1980.

RANGEL M., José Vicente. *Visión y revisión del contrato de seguro.* Tomo I. editorial Melvin C.A. Caracas, Venezuela, 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.* Vigésima Primera Edición. Tomo II. Madrid-España, 1992.

Revista del III Simposium Internacional de Sexualidad Masculina. Valencia, Venezuela, 1981.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*. Editorial Temis. Cuarta reimpresión de la octava edición. Bogotá-Colombia, 2003.

REYNA ALMANDOS, Luis. *La identificación dactiloscópica civil y la prevención del delito (Aplicación del sistema dactil numeral)*. Revista de Identificación y Ciencias Penales N° 28. Universidad Nacional de la Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. La Plata, Argentina, agosto de 1937.

RICCI, Francisco. *Derecho Civil Teórico Práctico*. Traducción por Eduardo Ovejero. La España Moderna. Tomos IV y XX. Madrid, España.

RINCÓN PÉREZ, Gusmar. *Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia (El delito de acoso sexual)*. Mobil-Libros. Caracas, 2001.

RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Tomo II, Volumen I; Tomo VII y Tomo VIII, Segunda Parte. Ediciones La Ley. Buenos Aires / Argentina, 1965.

ROA DE ROA, Felida. *Las uniones de hecho en Venezuela. ¿Son equiparables al matrimonio?*. Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 18. Editorial Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Estado Táchira. Enero-Diciembre 2006.

RODRÍGUEZ, Luis Alberto. *Comentarios sobre el Derecho de Familia*. LibrosCA. Caracas, 2006.

RODRÍGUEZ de RODRÍGUEZ, Nancy. *Algunos Aspectos Prácticos del Derecho Sucesoral*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Cuadernos de Práctica Forense N° 3. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, 1992.

RODRÍGUEZ ROSALES, Rudimar. *Consideraciones sobre la libertad como garantía constitucional*. Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 242. Maracaibo, Venezuela. 2003.

ROMAY INCIARTE, Lissette. *El habeas data en la legislación venezolana y el derecho extranjero*. Revista Lex Nova. Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 242. Maracaibo, Venezuela, 2003.

ROMERO SOTO, Julio y Juan Carlos SALAZAR DE LA TORRE. *Antropología y psicopatología criminal*. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición. Bogotá-Colombia, 1998.

RUBIO LLORENTES, Francisco. *Derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos humanos*. Revista Politeia, N° 26. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela. Primer Semestre de 2001.

RUÍZ, Wilmer. *Criminalística*. Editorial Horizonte, C.A. Barquisimeto, Venezuela, 2008.

SABAYO, Mariela. *Una nueva causa de Pseudo-Hermafroditismo femenino*. Departamento de Ginecología y Obstetricia de la Universidad Lisandro Albarado.

SÁNCHEZ PIÑA, Germán. *Los seguros sociales y su aplicación en Venezuela (Estudio jurídico y social)*. Tipografía Vargas, S.A. Caracas, Venezuela, 1957.

SÁNCHEZ R., María Guadalupe. *Consideraciones generales a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*. Editorial Buchivacoa, C.A. Venezuela, 2000.

SANOJO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Imprenta Nacional. Tomos Primero y Cuarto. Madrid / España, 1954.

SELIGMAN, Martin. *What you can change & what you can't*, New Cork, Knopf. Vintage Books a Division of Random House, Inc. Nueva York, Estados Unidos, 1994.

SCHMIDT H., Ludwig. *La Persona, el Derecho y la Terminología*. Estudios de Derecho Civil, Volumen II. Libro Homenaje a José Aguilar Gorrondona. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas / Venezuela, 2002, pp. 599-624.

SCHMIDT H., Ludwig. *Ser, vida y dignidad humana*. Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. II. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 493-525.

SGAMBATTI, Sonia. *La mujer, el menor y la familia en la legislación venezolana*. Editcomún. Caracas, Venezuela 1975.

SIERRA TORRES, Gladys. *La identificación lofoscópica*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia, 2005.

SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Mobil-Libros. Decimo cuarta edición. Caracas, 2007.

SOJO BIANCO, Raúl. *El derecho al nombre en la legislación venezolana*. Publicado en *80 años de Juan Bautista Fuenmayor*. Vol. II. Edición Especial de la Revista de la Facultad de Derecho. Vice-Rectorado Académico de Investigación. Universidad Santa María. Caracas, Venezuela, 1985.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. *Una revisión de la Teoría de los derechos fundamentales*. Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 4.

UAM Ediciones. Madrid, España, 2001.

STIGLITZ, Rubén S. *derecho de Seguros*. Tercera edición. Abeledo-Perrot. Tomos I y II. Buenos Aires, Argentina, 1998.

SWAAB DF & FLIERS E. *A sexually dimorphic nucleus in the human brain*. *Science*. 1985.

TELO NÚÑEZ, María. *La Protección Integral de la Familia. El Patrimonio Familiar en el Código Civil Español*. Federación Venezolana de Abogados. I Congreso Internacional de Abogadas. III Congreso de la Federación Venezolana de Abogadas del 5 al 11 de marzo de 1978. Etmas I y II. Caracas, Venezuela, 1978.

TEYSSIÉ, Bernard. *Droit civil. Les personnes*. LexisNexis S.A. Litec. 9na edición. París, Francia, 2005.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis. *Adopción. Derecho de familia*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Estudios Jurídicos. Caracas, 1974.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis. *Derecho de familia -Parte General-*. Tomos I, II y III. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Cursos de Derecho. Caracas, Venezuela, 1967.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis. *Evolución y perspectivas del Derecho de Familia*. Universidad Central de Venezuela. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 78. Caracas, Venezuela, 1990.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis. *Teoría General del Derecho Sucesoral*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Caracas, Venezuela, 1981.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis. *Teoría General del Derecho Sucesoral*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Caracas, Venezuela, 1986.

TOSTA, María Luisa. *Guía de Introducción al Derecho*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas. Escuela de Derecho. Caracas, 2012.

TOSTA, María Luisa. *Introducción al Derecho*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Caracas, 1996.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. I Jornada para Defensores Públicos con competencia en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Tribunal Supremo de Justicia. Sistema Autónomo de la Defensa Pública. Caracas, Venezuela, 2003.

UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) VENEZUELA. *Derechos del Niño. Políticas para la Infancia.* Editorial La Primera Prueba, C.A. Tomos I, II y III.

URDANETA FONTIVEROS, Enrique. *Apuntaciones Sobre el Procedimiento Registral.* Fernando Parra Aranguren editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7. Temas de Derecho Administrativo. Vol. II. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Caracas, Venezuela, 2002.

URDANETA FONTIVEROS, Enrique. *Estudios de Derecho Inmobiliario-Registral.* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2003.

URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. *Procedencia en el derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal.* Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. II. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14. Caracas, Venezuela, 2004, pp. 639-723.

VALDERRAMA VEGA, Enrique. *Técnica probatoria y criminalística básica.* Jurídica Radar Ediciones. Bogotá, Colombia, 1997.

VALERA CÁCERES, Edison Lucio. *El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil.* Revista de Derecho N° 33. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2010, pp. 249-305.

VALERI ALBORNÓZ, Paul. *Curso de Derecho Mercantil.* Ediciones Liber. Caracas, Venezuela, 2004.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios de Derecho Sucesorio.* Volumen I, II, III y IV. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, España, 1982.

VANNINI, Ottorino. *Quid iuris?. Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale.* Dott. A. Giufrè-Editore. Vol. III. Milano, 1949.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly y Nelsón Chacón Quintana Coordinadores. *Ciencias penales: Temas actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada S.J.* universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 2004.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. *Derecho del trabajo y de la seguridad social.* Tomos I y II. Editorial Astrea. 8va. Edición. Buenos Aires, Argentina, 1999.

VIDAL, Guillermo y Renato ALARCON. *Psiquiatría.* Editorial Médica Panamericana; Buenos Aires-Argentina, 1988.

VILLAVICENCIA MIRANDA, Luis. *La Prioridad de la Libertad de Expresión.* Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 9. UAM Ediciones. Madrid, España, 2003.

VIVES ANTÓN, T.S.; J. BOIX REIG y otros (**E. ORTS BERENGUER, J.C. CARBONELL MATEU** y **J.L. GONZÁLEZ CUSSAC**). *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch Libros. Tercera Edición. Valencia-España, 1999.

VIZCARRONDO P., Alfredo E. *Derecho Sucesoral Práctico*. Ediciones Libra. Caracas, Venezuela, 2008.

WILLS RIVERA, Lourdes. *La Guarda del Menor sometido a Patria Potestad*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Privado. Caracas, Venezuela, 1987.

YUNIS T. Emilio José y Juan José YUNIS L. *El ADN en la Identificación Humana*. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, Colombia, 2002.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones*. Tomos 1 y 2. 4ta. Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1997.

Páginas de internet consultadas

20MINUTOS.ES. *Indemnizan a una transexual discriminada y despedida del trabajo tras cambiar de sexo.* <http://www.20minutos.es/noticia/430566/0/transexual/homosexual/trabajo/>, y del artículo *Primera denuncia por violencia en trabajo, mobbing, de una mujer transexual en Barcelona.* <http://atclibertat.spaces.live.com/blog/cns!D6C018FFA93FA29F!297>.

ABC.es. *Mianne Bagger, transexual, jugará el circuito femenino.* http://www.abc.es/hemeroteca/historico-04-11-2004/abc/Deportes/mianne-bagger-transexual-jugara-el-circuito-femenino_963240686980.html.

ABERTZALE.EU. *El Parlamento de Navarra tramitará la ley integral sobre transexualidad presentada por NaBai.* <http://www.abertzale.eu/20090612/3218/el-parlamento-de-navarra-tramitara-la-ley-integral-sobre-transexualidad-presentada-por-nabai/>.

Acepta el COI a transexuales. http://www.analisispolitico.com/index.php?option=com_content&task=view&id=18497&Itemid=11

AG MAGAZINE. *Niños y niñas gay, lesbianas y transexuales de Chile y sus derechos como personas serán un nuevo eje de trabajo del Movilh.* <http://www.agmagazine.com.ar/index.php?IdNot=1442>.

AGENCE FRANCE-PRESSE (AFP). *Revisan categorías de disturbios mentales.* <http://www.lapatilla.com/site/2012/12/03/revisan-categorias-de-disturbios-mentales/>

ÁLVAREZ, Antonio. *Cosas raras del deporte.* <http://www.diariosigloxxi.com/texto-diario/mostrar/19340>.

AMNISTÍA INTERNACIONAL SECCIÓN DE PUERTO RICO. *Comunicado de Prensa de 26 de julio de 2005. Llamado a respetar los derechos humanos de las personas transexuales.* <http://www.amnistiapr.org/documentos/comunicados/2005-7-26.html>.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Document - South Korea: Amnesty International condemns detention of a conscientious objector.* <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA25/001/2004/en/f41c3efb-d612-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/asa250012004es.html>.

ANSA. *Deportistas transexuales podrán competir en los JJ.OO.* http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=602116.

ANTONELLI, CARLA. *Situación legal del colectivo transexual y Ley de Identidad de Género.* <http://www.trasversales.net/t01carla.htm>.

APORREA.ORG escrito el 17/03/2004 por **VAAMONDE, Heisler.** *Una Alternativa para el Desarrollo del movimiento de homosexuales, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgéneros.* <http://www.aporrea.org/actualidad/a7457.html>.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PSIQUIATRAS, *Psiquiatría Forense -Sexología – Praxis, Revista de Psiquiatría Dinámica y Psicología Clínica,* Bs.As., tomado de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Casas.htm>.

ATA Asociación de Transexuales de Andalucía. *Transexual discriminado por la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos.* <http://atandalucia.blogspot.com/2008/09/transexual-discriminado-por-la.html>.

BACIGALUPO, Andrés. *Francia deja de considerar la transexualidad como una enfermedad.* http://noticias.universogay.com/francia-deja-de-considerar-la-transexualidad-como-una-enfermedad1__18052009.html.

BASTTHIÁN, C. *La no discriminación garantizada en la nueva jurisdicción laboral.* <http://atinachile.bligoo.com/content/view/178328/LA-NO-DISCRIMINACION-GARANTIZADA-EN-LA-NUEVA-JUSTICIA-LABORAL.html>.

BEAUCHAMP, T.L. y J.F. CHILDRESS. *Principios de ética biomédica.* Editorial Masson. Barcelona-España, 1999.

BERMÚDEZ, Juan. *Insiste ALDF en Aprobar Ley Transexual.* <http://www.argonmexico.com/reportajes/insiste-aldf-en-aprobar-ley-transexual.html>.

BIANCO COLMENARES, Fernando. *La teoría de la variante fisiológica aplicada al sexo ya la función sexual.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012.

Biblia de la psiquiatría certifica que los transexuales no son enfermos mentales.
<http://www.noticias24.com/gente/noticia/92944/biblia-de-la-psiquiatria-certifica-que-los-transexuales-no-son-enfermos-mentales/>.

BOLETÍN DE ACTUALIDAD DE DERECHO CIVIL <http://www.codigo-civil.org/archivado/?p=484>.

BOYERO, Jesús J. *El ajedrez español no sabe de sexos.*
<http://www.chessbase.com/ESPANOLA/newsdetail2.asp?id=5979>.

Buschbaum: ¡noticias!, ¡deporte!, ¡morbo!, ¡transexualidad!. Publicado el 27/11/2007. <http://www.labroma.org/blog/2007/11/22/yvonne-buschbaum-noticias-deporte-morbo-y-transexualidad/>.

BUSTOS MORENO, Yolanda B. *La transexualidad: de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo.* Plaza Edición. Madrid, 2008. Tomado de <http://vlex.com/vid/perspectiva-eacute-dica-54110105>.

Cambios de sexo en el deporte profesional (II).
http://www.informativos.telecinco.es/cambios/sexo/deporte/transexuales/dn_57546.htm.

Cambiodigital.org.mx. *Acepta el COI a transexuales.*
<http://cambiodigital.org.mx/mosno.php?nota=16537&seccion=Deportes>.

CAMPOS, Arantza. *La Transexualidad y el Derecho a la Identidad Sexual,* tomado de <http://www.felgtb.org/files/docs/726450faec76.pdf>.

CARLAANTONELLI.COM. *Ayuntamiento de Italia despide a mujer transexual con discapacidad.* <http://lgtbdiscapacidad.blogspot.com/2009/03/ayuntamiento-de-italia-despide-mujer.html>.

CASAS, Mariana. *El derecho personalísimo a la identidad sexual.*
<http://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Casas.htm>.

Comunicarán resultados de feminidad de Semenya entre el 20 y 21 de noviembre.
<http://www.ultimasnoticias.com.ve/capriles/cadena-global/detalle.aspx?idart=2446599&idcat=56752&tipo=2>.

CONFERENCIA EPISCOPAL VENEZOLANA. *Comunicado de la CEV ante el Proyecto de Ley Orgánica para la Equidad e Igualdad de Género.*
http://www.cev.org.ve/noticias_det.php?id=359.

CONWAY, Lyn. *Transgénero, transexualidad e intersexualidad. Información básica.* <http://ai.eecs.umich.edu/people/conway/TS/ES/TSES.html>.

COPIEGNE, J.D. *El escocés, ahora Philippa York, tras los pasos de Richard y Bagger.*

<http://www.transsexualitat.org/Pnuke/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=339>.

CRUZ, Ángel. *Yvonne Buschbaum se une al club transexual.*

http://www.as.com/mas-deporte/articulo/deportes-yvonne-buschbaum-une-club/dasmas/20071124dasdaimas_1/Tes.

CUBAINFORMACIÓN NOTICIAS. *¿En Cuba se persigue la homosexualidad?.*

http://www.cubainformacion.tv/index.php?option=com_content&task=view&id=1876&Itemid=65.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. *Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad.*

Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales - Nbr. 67, March 2007. <http://vlex.com/vid/comunidades-europeas-materia-igualdad-441805>.

DE SUTTER, Paul. *Gender reassignment and assisted reproduction (Present and future reproductive options for transsexual people).* Human Reproduction. Volume 16. N° 4. 2001.

Declaración de consenso del COI. Acoso y abuso sexuales en el deporte. Año 2006. http://www.apunts.org/apunts/ctl_servlet?_f=40&ident=13125209.

Defensa elimina las trabas para que los transexuales puedan acceder a las Fuerzas Armadas <http://www.lasprovincias.es/valencia/20090305/mas-actualidad/sociedad/defensa-elimina-trabas-para-200903052007.html>.

DERECHO SANITARIO. *Cirugía Transexual y Derecho de los Menores*

<http://derechosanitario-rdl.blogspot.com/2009/03/cirugia-transexual-y-derechos-de-los.html>

Diario de hoy. *Los transexuales en la mira del COI.*

<http://www.elsalvador.com/noticias/2003/11/15/deportes/depor1.shtml>.

Diario de Leon. Es. *China acepta que dos atletas transexuales sean olímpicos.*

<http://www.diariodeleon.es/noticias/noticia.asp?pkid=110240>.

DIANAMAFFIA. *2008/09/02 SentigoG - Implementarán resolución de identidad de género en la Legislatura porteña.* http://dianamaffia.com.ar/?page_id=1177.

DIARIO LA VOZ. *No impedirán que un transexual dirija una escuela.*
<http://www2.lavoz.com.ar/08/07/05/impediran-transexual-dirija-escuela.html>.

EFE. <http://www.ultimasnoticias.com.ve/capriles/cadena-global/detalle.aspx?idart=2403426&idcat=56752&tipo=2>

EFE. *Agreden a tres personas durante los World Out Games 2009 de Copenhague.* <http://www.diariodeibiza.es/deportes/2009/07/26/deportes-agreden-tres-personas-durante-world-games-2009-copenhague/347502.html>.

EFE. *Atletas transexuales chinos hacia Atenas 2004.*
<http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/62155.atletas-transexuales-chinos-hacia-atenas-2004.html>.

EFE. *Dudan del sexo de una atleta sudafricana.*
http://www.sentidog.com/article.php?id_news=24756.

EFE. *Transexuales serán aceptados en el servicio militar*
<http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/164016.transexuales-seran-aceptados-en-el-servicio-m.html>.

El caso de Semenya se extiende. Comité Olímpico Sudafricano se suma a los entes que lo investigan. http://deportes.eluniversal.com/2009/09/24/poli_art_el-caso-semenya--se_1583461.shtml.

El COI podría admitir en Atenas a los atletas transexuales.
<http://www.elmundo.es/elmundo/2003/11/17/sociedad/1069051184.html>.

El ejército de Corea del Sur humilla a los transexuales.
<http://www.amicsgais.org/forums/showthread.php?t=2231>.

ElMercurio.com. *Chile: Tenista transexual: Andrea Paredes se sale con la suya.*
<http://blogs.elmercurio.com/deportes/2009/04/21/tenista-transexual-andrea-paredes.asp>.

EL MUNDO de España,
<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/11/27/comunicacion/1196158847.html>.

El Mundo.es. *El CIO da vía libre para Atenas a los transexuales.*
<http://www.elmundo.es/papel/2004/05/18/deportes/1638097.html>.

ELNAVEGHABLE.CL. *Acusan discriminación: Corte Suprema rechaza recurso de protección a favor de transexual.*
<http://www.elnaveghable.cl/admin/render/noticia/16367>.

EL MAPOCHO. *ONU: 66 países llamaron a terminar con leyes que criminalizan a las minorías sexuales en el mundo.* http://elmapocho.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=887&Itemid=52.

EL PAÍS. *La Guardia Civil readmite a un agente transexual al que llegó a declarar inútil.* <http://www.cesarsalgado.net/200601/060117.htm>.

EL PASKIN3.COM. *Sentencia contra la Universidad de Rancagua por discriminar a profesor transexual.* <http://elpaskin3.lacoctelera.net/post/2007/09/16/sentencia-contra-universidad-rancagua-discriminar-a>.

ENEWSPAPER. *Una militar transexual debe ser readmitida en el Ejército de Brasil.* <http://www.eradio.com.mx/enews/?noticia=1035>.

ENKIDU. *Para marzo se presentará la ley de reasignación sexual ante el pleno de la ALDF.* http://www.enkidumagazine.com/art/2008/200108/e_200108_014_a.htm.

FAIN BINDA, Raúl. *Otra cosa es con testosterona.* http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/la_vida_es_juego/newsid_3352000/3352377.stm.

FUNDACIÓN PARA LA IDENTIDAD DE GÉNERO (FIG). <http://www.figinternet.org/index.php?name=PNphpBB2&file=viewtopic&t=359&sid=8a1eb878fda0e5ff2726657c009ccd2d>.

FUNDACIÓN TRIÁNGULO. *El Capítulo sobre España del Informe de ILGA-Europa.* <http://fundaciontriangulo.es/documentos/informes/InformeILGAEspana.htm>.

Gobiernos eliminan leyes discriminatorias. <http://www.larepublica.com.uy/politica/364657-gobiernos-eliminan-leyes-discriminatorias>.

GÓMEZ GIL, E.; J.M. PERI NOGUÉS; S. ANDRÉS PERPIÑA; y J. DE PABLO RABASSÓ. *Trastorno de la identidad sexual: Aspectos epidemiológicos, sociodemográficos, psiquiátricos y evolutivos.* http://www.editorialmedica.com/cuader%2058_59_trabajo8.pdf.

GONZÁLEZ, Jorge. *La Armada admite a la primera militar transexual.* <http://www.elmundo.es/papel/2004/03/26/espana/1612190.html>.

H.Cámara de Diputados de la Nación. <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1736-D-2009>

HERRERA, Catalina (OPUSGAY). *Uruguay: primer país latinoamericano que sancionará con prisión a los homofóbicos.* <http://www.opusgay.cl/1315/article-34671.html>.

Historias de transexualidad en el deporte.
<http://www.gayguatemala.com/deportes/dep004.htm>.

INSURRECTASYPUNTO.ORG. *Otra vez! Caracas: Sigue la Violencia en la Libertador.*
http://www.insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1248:caracas-sigue-la-violencia-en-la-libertador&catid=3:notas&Itemid=3.

JIMÉNEZ, David. *Cambios de sexo en el 'green'.*
<http://www.elmundo.es/papel/2004/02/28/ultima/1598356.html>.

LA RAZÓN de España. *Los transexuales españoles reclaman al Congreso su derecho a ejercer la prostitución.*
<http://www.mujernueva.org/articulos/articulo.phtml?id=6612&td=5&tse=NOT>.

La justicia brasileña obliga al Ejército a reincorporar a un transexual.
<http://expresos-sociales.blogspot.com/2008/05/la-justicia-brasilea-obliga-al-ejrcito.html>.

LAOPINIÓNDZAMORA.ES. *El ejército israelí, un armario abierto.*
http://www.laopiniondezamora.es/secciones/noticia.jsp?pRef=2008102200_8_309542__Internacional-ejercito-israeli-armario-abierto.

Los Juegos Olímpicos recibirán atletas transexuales.
http://www.enkidu.netfirms.com/articles/2003/251103/E_005_251103.htm.

Los transexuales también serán llamados a filas en Tailandia.
<http://sp.rian.ru/onlinenews/20080319/101734387.html>.

Los transexuales ya pueden ingresar en el Ejército. El Gobierno aprueba una orden que elimina una discriminación vigente en los procesos de elección de militares desde 1989.
<http://www.publico.es/espana/actualidad/206920/transexuales/ingresar/ejercito>.

LUBERTINO, María José. *Los Derechos Reproductivos en la Argentina.* 2001.
<http://www.ispm.org.ar/documentos/main.htm>.

LUCAS, Ryan. *Runner's father, grandmother dismiss gender uproar.* Associated Press
<http://sports.yahoo.com/olympics/news?slug=ap-worlds-gendertest&prov=ap&type=lgns>.

LUNGUEIRA, Mariela; Mariela Montes y SINIBALDI, Marina. *Autoconstrucción sobre el cuerpo (alrededor del "cambio de sexo").*
<http://www.revistapersona.com.ar/Persona14/14lungueira.htm>.

MEDINA, ANTONIO. *Se inicia en Dinamarca los World Out Games 2009, con 6 mil 500 deportistas.*
<http://www.jornada.unam.mx/2009/07/25/index.php?section=deportes&article=a12n2dep&partner=rss>.

MINGUK, Daehan. *Transexual masculino de Corea del Sur humillado ante el ejército.* <http://expresos-sociales.blogspot.com/2007/09/transexual-masculino-de-corea-del-sur.html>.

MONTANER, Carlos Alberto.
http://forums.terra.com/foros/noticias/Noticias_C5/Noticias_F5/Sexo_y_Comunismo..._P1065546/.

MOVIMIENTO CHILENO DE MINORÍAS SEXUALES (MOVILH). *66 países llamaron en la ONU a terminar con las leyes que penalizan a las minorías sexuales.*
http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=688&Itemid=1.

MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH). *Chile: Alcalde exige a mujer transexual masculinizarse.* <http://anodis.com/nota/12032.asp>.

NIETO, Alejandro G. *La industria del dopaje en la Alemania Oriental. Récords y transexuales: secuelas de esteroides.*
<http://www.lasemana.es/afondo/afondo.php?cod=189>.

Noticia de AFP *Travesti, transexual y transgénero ¿quién es quién?*
<http://www.cadenaglobal.com/noticias/default.asp?Not=215039&Sec=75>.

NOTICIERODIGITAL.COM. publicado el 12/08/2009.
<http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?p=8025636&sid=e0135c98bff10e378b45c4280c598e95>.

Olimpiadas y transexualismo. <http://www.psygnos.net/blog/2004/05/19/olimpiadas-y-transexualismo/>.

OPUSGAY.CL. *Histórico informe de Organización Internacional del Trabajo llama a erradicar la homofobia y transfobia.* <http://www.opusgay.cl/1315/article-77363.html>.

OPUSGAY.CL. *Presentan proyecto de ley para modificar norma que posibilita despidos laborales por homofobia y transfobia.*
<http://adhb.wordpress.com/2009/06/17/presentan-proyecto-de-ley-para-modificar-norma-que-posibilita-despidos-laborales-por-homofobia-y-transfobia/>.

Organización Internacional del Trabajo. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

PAPALIAS, Nicolás. *La objetivización del reconocimiento: discriminación y delito en el caso de las personas trans.*
<http://www.nicolaspapalia.com.ar/notaop.php?notaop=7>.

PAREDES, Carina Claudia R. *Transexualidad, la cirugía de adecuación del sexo físico al sexo psíquico.*
<http://www.cenesex.sld.cu/webs/diversidad/transexualidad%20cirugia%20adecuacion%20fisica%20psiquica.htm>.

PEINADO, Quique. *La nueva vida del atleta transexual Balian Buschbaum.*
http://www.sentidog.com/article.php?id_news=22682.

PORTAS, Adriana; Silvina GUERRA; ZAPATA, Beatriz y Graciela FORNARI. *Transexualismo: Aspecto éticos legales y religiosos.*
<http://www.aap.org.ar/publicaciones/forense/forense-10/tema-4.htm>.

REVERTE COMA, José Manuel. *Transexualismo.*
<http://www.gorgas.gcb.pa/museoafc/loscriminales/paleopatologia/de%20word/TRANSEXO.doc>.

ROJO TORRECILLA, Eduardo. *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho.* En PONÈNCIA A LES XIII JORNADES DE DRET CATALÀ A TOSSA.
<http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/4/ert.htm>, consultado el 18/07/2009.

ROSALES, Rodolfo. *Casos de transexualidad en el deporte.*
<http://www.planodeportivo.com/previo/notageneral.php?id=4384>.

ROMO, Ignacio. *Un complicado caso médico entre 15.000. los rasgos masculinos de Semenya apuntarían a un síndrome de Morris.*
<http://www.publico.es/deportes/245626/complicado/caso/medico?pagCom=2>.

ROQUE GUERRA, Alberto. *Diversidad sexual en Cuba: una mirada desde los derechos humanos.* Memorias. I Seminario Internacional Sexualidades, Diversidad Sexual y Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, del 7 al 7 de mayo de 2010. Caracas, Venezuela, 2012.

SALAS, Juan Pablo. *JUAChile. Tenista transexual: Andrea Paredes se sale con la suya.* <http://blogs.elmercurio.com/deportes/2009/04/21/tenista-transexual-andrea-pare.asp>.

SÁNCHEZ, Mayka. *Transexuales: la lucha por la identidad de género.*
<http://www.convencion.org.uy/menu4-525.htm>.

Semenya posa en tacones para revista surafricana.
http://www.eluniversal.com/2009/09/08/atle_ava_semenya-posa-en-

taco_08A2714007.shtml.

Sexo, basket y rock n´roll. <http://lechons.blogspot.com/2009/01/deportistas-de-dudosa-sexualidad.html>.

Sexo, mentiras y deporte. <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/futuro/13-1987-2008-08-25.html>.

Starmedia.com. *Un transexual masculino logra ingresar en la Liga Australiana de Fútbol.* <http://us.starmedia.com/mujer/sexualidad/orientacion-sexual/un-transexual-masculino-lograr-ingresar-en-liga-australiana-futbol-533.html>.

SUI, Laussana. *Aceptan transexuales en Juegos Olímpicos.* <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/88952.aceptan-transexuales-en-juegos-olimpicos.html>.

Tailandia. Mujer transexual sienta precedente jurídico al demandar al Ejército. <http://sucre.indymedia.org/es/2006/12/37800.shtml>.

TARINGA.NET. *Primera Cooperativa de Trabajo de travestis y transexuales.* <http://www.taringa.net/posts/info/1347741/Primera-Cooperativa-de-Trabajo-de-travestis-y-transexuales.html>, y en http://argentina.indymedia.org/archives/archive_by_id.php?id=4367&category_id=31.

Terra Deportes. EFE. *El COI podría admitir en Atenas a los atletas transexuales tanto en hombres como mujeres.* <http://www.gayguatemala.com/deportes/dep001.htm>.

TERRA/EFE. *Arrancan en Copenhague los World Out Games 2009 con 6.500 deportistas.* <http://www.terra.com.do/deportes/articulo/html/fox1025264.htm>.

TRANSBITACORA.BLOGSPOT.COM

http://www.transbitacora.blogspot.com/2008_06_01_archive.html.

TRANSBITACORA (El Telégrafo) *Ecuador: Latinoamérica es inmadura con gays (...).* http://www.transbitacora.blogspot.com/2008_06_01_archive.html.

Transexual participará por primera vez en el Circuito Europeo Femenino. <http://www.terra.com/deportes/articulo/html/fox139892.htm>.

TRANSEXUALELEGAL A.C. *Iniciativa que reforma el Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código Penal y Ley de Salud del Distrito Federal.* <http://www.transexualegal.com/legis/iniciativlocal1.html>.

ULRIKE, John. *Yvonne ya es Balian: el salto hacia el cielo de un deportista transexual.* <http://www.elpais.co.cr/DEPORTES/1108693.html>.

Un transexual clasifica al circuito femenino de golf.
<http://www.basegolf.com/04/transe.htm>.

Un transexual podrá jugar en fútbol femenino.
<http://foros.3dgames.com.ar/futbol.170/220921.un-transexual-podra-jugar-en-el-futbol-femenino.html>.

Una empresa alemana despide a una transexual.
http://atclibertadatclibertad.spaces.live.com/?_c11_BlogPart_BlogPart=blogview&_c=BlogPart&partqs=cat%3Dtransexualidad%2520laboral, consultado el 19/07/2009

UNION DERECHO. *Argentina reconoce derecho de viudedad a parejas gays.* en http://uniondehechocr.blogspot.com/2008_08_21_archive.html.

Unos 6.000 deportistas disputarán los Juegos Olímpicos homosexuales de Barcelona.
<http://www.emol.com/noticias/deportes/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=314284>.

VALDEÓN, Julio. *El primer transexual de la historia.*
<http://www.elmundo.es/suplementos/magazine/2007/416/1189606288.html>.

VILLAMIL, Jenaro. *Triunfo de transexuales en la armada española.*
http://www.thegully.com/espanol/articulos/gay_mundo/040401_derecho_transgenero.html.

WIKIPEDIA, la enciclopedia libre. *LGBT y servicio militar*
http://es.wikipedia.org/wiki/LGBT_y_servicio_militar.

Y ya que es año de olimpiadas... El Comité Olímpico Internacional permitirá competir a transexuales. <http://elmonoxoro.blogspot.com/2004/06/y-ya-que-es-aode-olimpiadas.html>.

ZAMBRANO, Ela (Colegas). *Nueva ley ecuatoriana incluye los delitos de odio.*
http://www.colegaweb.org/index.php?option=com_content&task=view&id=418&Itemid=138.

ZHOU, J.N.; M. HOFMAN; L.J. GOOREN y D.F. SWAAB. *Diferencia sexual en el Cerebro Humano y su relación con la Transexualidad.*
<http://www.geocities.com/WestHollywood/Village/7618/Index09.htm>.

ZOUHALI-WORRALL. Malika. *Cuando un empleado cambia de sexo.*
<http://www.cnnexpansion.com/mi-carrera/2009/05/03/cuando-un-empleado-cambia-de-sexo>.