

**CAMBIO DE SEXO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.  
LOS TRANSEXUALES Y SUS ANTERIORES RELACIONES DE FAMILIA**

**HELGA JOHANA MAHECHA SILVA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA, 2012**

**CAMBIO DE SEXO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.  
LOS TRANSEXUALES Y SUS ANTERIORES RELACIONES DE FAMILIA**

**HELGA JOHANA MAHECHA SILVA**

**Trabajo presentado como requisito para Optar al Título de:  
Abogado**

**DIRECTORA  
Dra. Mary Verjel Causado**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA, 2012**

*“Mi propio pequeño rincón”:  
En mi pequeño rincón  
estoy tan suave y manso como un ratón,  
pero sé de un lugar en mi casa  
donde nadie puede interponerse en mi camino.  
En mi propio pequeño rincón, en mi propia pequeña silla  
puedo ser lo que quiero ser  
sobre el ala de mi fantasía puedo volar a cualquier parte  
y el mundo me abrirá sus brazos.  
Soy una joven princesa egipcia o una lechera,  
soy la más grande diva en Milán,  
soy una heredera que ha tenido siempre su seda,  
hecha por su propio rebaño de gusanos de seda en Japón.  
Soy una **mujer-hombre** que se vuelve loco por un juego de amor que puedo jugar  
con un fresco y seguro aire.  
Mientras que yo estoy en mi propio pequeño rincón  
solo, en mi propia, pequeña silla.  
Richard Rodgers y Oscar Hammerstein II  
Album “Cinderella” 1957.*

## AGRADECIMIENTOS

*A mi esposo, inspirador de un amor profundo,  
sin él no hubiese sido posible.*

*A mi hijo, prueba del amor sincero.*

*A mi familia que forjó lo que ahora soy.*

*A la vida que tiene sus caminos.*

*A la idea de un sueño irreal.*

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
JUSTIFICACIÓN	13
OBJETIVOS	16
OBJETIVO GENERAL	16
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	16
PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	18
1. FORMAS DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	21
1.1 ASPECTOS PRELIMINARES	21
1.2 IDENTIDADES SEXUALES DIVERSAS	26
1.2.1 Homosexualismo y Lesbianismo	27
1.2.2 Travestismo	32
1.2.3 Estados intersexuales	35
2. EL TRANSEXUALISMO Y EL CAMBIO DE SEXO EN COLOMBIA	39
2.1 TRANSEXUALISMO	39
2.1.1 Definición	39
2.1.2 Ámbito Científico	40
2.1.3 Ámbito Normativo	41
2.1.4 Ámbito Jurisprudencial	44
2.2 CAMBIO DE SEXO O CIRUGÍA DE REASIGNACIÓN SEXUAL (CRS)	49
2.3 EL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	
CONSECUENCIA DEL CAMBIO DE SEXO	51
2.3.1 Del Proceso de Jurisdicción Voluntaria	51
2.3.2 Requisitos Legales Para Iniciar El Trámite Ante La Registraduría Nacional del Estado Civil	53
3. INSTITUCIONES JURÍDICAS EN EL DERECHO DE FAMILIA	

Y SU RELACIÓN CON EL TRANSEXUALISMO	54
3.1 DEL MATRIMONIO	56
3.1.1 El Matrimonio Como Contrato	56
3.1.2 Cambio De Sexo Causal De Nulidad	58
3.1.3 Cambio De Sexo Causal De Divorcio. Otra Alternativa	62
3.2 DEL ESTADO CIVIL	62
3.2.1 Atributo De La Personalidad	62
3.2.2 Del Sexo Como Elemento Del Estado Civil	64
3.2.3 Inscripción En El Registro Civil	66
3.3 RELACIONES FILIALES	66
4. EL TRANSEXUALISMO EN EL DERECHO COMPARADO	70
4.1 EL CASO URUGUAYO	70
4.1.1 Ámbito Normativo	70
4.1.2 Ámbito Jurisprudencial	74
4.2 EL CASO ARGENTINO	79
4.2.1 Ámbito Normativo	79
4.2.2 Ámbito Jurisprudencial	81
4.3 EL CASO ALEMÁN	84
4.3.1 Ámbito Normativo	84
4.3.2 Ámbito Jurisprudencial	87
4.4 EL CASO ESPAÑOL	90
4.4.1 Ámbito Normativo	90
4.4.2 Ámbito Jurisprudencial	93
5. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA COLOMBIA	99
CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109

## RESUMEN

**TITULO\***: CAMBIO DE SEXO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.  
LOS TRANSEXUALES Y SUS ANTERIORES RELACIONES DE FAMILIA”

**AUTORA\*\***

HELGA JOHANA MAHECHA SILVA

**PALABRAS CLAVES:** transexualismo, cambio de sexo, identidad sexual, orientación sexual diversa, relaciones de familia.

**DESCRIPCIÓN:** El mundo contemporáneo empieza a abrir su espectro frente a la identidad sexual de los seres humanos, existen varias posibilidades sobre las preferencias y opciones sexuales que poseen los individuos. Sin embargo, en la actualidad persiste la intolerancia, la segregación y el desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales de las minorías sexuales o colectivos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales (LGBT).

En Colombia tal desconocimiento es un hecho palpable, ya que el ordenamiento jurídico no establece la normativa y legislación necesaria para suplir y erradicar estos fenómenos, permitiendo así la vulneración de derechos fundamentales.

El transexualismo como forma de identidad sexual, que consiste en un trastorno o disforia en la que el individuo decide voluntariamente cambiar su sexo biológico por el sexo opuesto con el cual se siente identificado, la regulación jurídica es inexistente desde el proceso de reasignación sexual hasta las consecuencias en materia de familia que se hayan adquirido con anterioridad a ésta.

Por ello adquiere vital importancia la necesidad de proponer desde el ámbito jurídico la normativa especial y única que requiere la transexualidad como fenómeno visible y notorio, con el fin de proteger los derechos de los transexuales y de terceros que pueden verse afectados con estas decisiones en el campo del Derecho de Familia.

---

\*Trabajo de Grado

\*\* Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política. Directora. Dra. Mary Verjel Causado.

## ABSTRACT

**TITLE\*\*:** “SEX CHANGE IN THE COLOMBIAN LEGAL. TRANSEXUAL AND ABOVE THE FAMILY RELATIONS”

**KEYWORDS:** transsexualism, sex change, sexual identity, sexual orientation diverse, family relations

**DESCRIPTION:** The modern world begins to open its spectrum against the sexual identity of human beings, there are several possibilities about sexual preferences and options held by individuals. However, intolerance persists today, segregation and lack of rights and constitutional rights of sexual minorities or groups of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT).

In Colombia such palpable ignorance is a fact, because the law does not set the rules and legislation to meet and eradicate these phenomena, thus allowing the violation of fundamental rights.

Transsexualism as a form of sexual identity, is a disorder or dysphoria in which the individual chooses to voluntarily change their biological sex to the opposite sex with whom he identified, legal regulation is absent from the sexual reassignment process until consequences on family matter that have been acquired prior to this.

It is of vital importance for the need to propose from the legal regulations requiring special and unique phenomenon of transsexuality as visible and notorious, in order to protect the rights of transsexuals and others who may be affected by these decisions in the field of family law.

---

\* Work Degree

\*\* Faculty of Human Sciences, School of Law and Political Science. Director. Dra. Mary Verjel Causado.

## INTRODUCCIÓN

El mundo contemporáneo exige a la sociedad nuevos retos, que implican de cierta manera, investigar y aprehender formas distintas de ver el entorno; en esta medida el Derecho como ciencia humana y social no puede ser ajeno a estas dinámicas. No obstante, se requiere partir de principios y valores humanos que permitan establecer parámetros y puntos de partida con el propósito de analizar las relaciones humanas desde la objetividad y racionalidad.

Lamentablemente todavía existen temas que son poco tratados y muchas veces ignorados, verbigracia la sexualidad y las formas de identidad sexual de las personas; aspecto fundamental e integral que se verifica a través de la historia, así se encuentra que la constitución de la familia obedece a lazos y vínculos afectivos, económicos y de orden sexual en cuanto a la procreación, este último, importante a la hora de mantener la descendencia.

A pesar de dicha relevancia, la sexualidad humana por ser considerada una pieza importante dentro de la vida íntima y privada de cada individuo, pierde la posibilidad de ser estudiada desde varios ámbitos; es por ello, que en sociedades como la colombiana tiende a ser ignorada, trayendo como consecuencia lógica la discriminación y en algunas ocasiones la intolerancia debido al desconocimiento de la esencia del propio ser humano.

Tal esencia consiste en el reconocimiento que cada hombre y mujer debe realizar frente a sí mismo y frente a los demás, permitiendo de esta manera la posibilidad de expresar libremente su forma de pensar, sus gustos y preferencias sexuales; de ahí la importancia del Derecho y del Estado; es necesario regular ámbitos que antes fueron considerados pertenecientes a la esfera privada de los seres humanos, ya que el manejo inapropiado de este tipo de situaciones ha tenido

como resultado la discriminación y segregación de personas que no se ajustan a lo “normal” o “común”.

Este trabajo de investigación se concentra en una arista de la gran variedad que existe en torno a la sexualidad del ser: el transexualismo y su relación directa con el Derecho de Familia, los transexuales son sujetos de derechos y obligaciones, que tienen una circunstancia de vida que los hace diferentes: no se identifican con su sexo biológico y sienten pertenecer al sexo opuesto, situación que se ha denominado “identidad de género”, clave y bandera de las organizaciones que luchan por el respeto hacia las minorías sexuales.

La identidad de género es un derecho fundamental, éste hace parte del derecho a la libre personalidad; no obstante debe ser reconocido en su totalidad por el Estado a fin de evitar vulneraciones a los derechos de las personas transexuales y en materia de Derecho de Familia, la violación de las relaciones establecidas con anterioridad al inicio del proceso tendiente a la obtención de un nuevo sexo.

Ésta es una pequeña iniciativa jurídica cuyo principal objetivo es clarificar estas condiciones humanas, abrir espacios de reflexión basados en el conocimiento real y concreto, proponer soluciones que permitan subsanar los vacíos legales y jurisprudenciales para proteger los derechos de las personas transexuales y los vínculos de familia que hayan constituido.

## JUSTIFICACIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico podría interpretarse como la respuesta a la organización de la vida social de los ciudadanos, el cual está orientado por un sinnúmero de principios y derechos, los cuales se ajustan a las necesidades del Estado de acuerdo a las características, desarrollo y diversidad ideológica, presentes en el mismo.

Bajo este postulado podremos mencionar que la Corte Constitucional ha realizado diferentes esfuerzos para el reconocimiento de derechos a las personas que abiertamente han decidido mantener relaciones familiares con personas del mismo sexo, si bien el trabajo que la Corte ha desarrollado es vanguardista y de aplaudir, también ha dejado de lado temas con igual importancia como lo son el reconocimiento y protección de las relaciones familiares anteriores a las uniones del mismo sexo.

Por su parte el tema del transexualismo, se ha tratado mediante respuestas a acciones de tutelas con pretensiones muy exactas como el cambio de nombre, en desarrollo del derecho a la libre personalidad, y el cambio de sexo por error, en un caso particular de intersexualismo. Entonces se ha dejado al cambio de sexo como una simple modificación al registro civil de nacimiento de acuerdo a lo planteado por el artículo 6º del Decreto 999 de 1988, el cual modificó al artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 sin mirar la trascendencia que esto lleva a una persona que es manifiesta y físicamente un transexual.

Esta modificación al registro civil de nacimiento se permite con algunos requisitos que son mínimos y que no permiten al juez, en un proceso de jurisdicción voluntaria, conocer de las relaciones familiares existentes ni proponen una restricción con el fin de proteger las mismas, a su vez no se determina el reconocimiento legal que se le dará a este documento, en cuanto al género se

refiere; es decir, se deja a la interpretación de quien en su momento tenga conocimiento del documento que da la capacidad de ejercicio a los ciudadanos colombianos: la cédula de ciudadanía.

El estudio del transexualismo y el cambio de sexo encuentra su utilidad en cuanto que el Congreso y la Corte Constitucional han dejado de lado el desarrollo jurídico de la figura, y en particular el tema de las relaciones familiares anteriores y posteriores al cambio de sexo, constituyendo una desprotección de los derechos consagrados en la Constitución Política, tanto para los familiares de quien ha cambiado su sexo como de quienes serán su nueva pareja.

La realización de este estudio implica, subsidiariamente, el análisis de las diferentes soluciones que se han presentado en otros países donde el tema se ha desarrollado con más juicio y donde la problemática los ha llevado a generar respuesta a interrogantes como el planteado en este trabajo investigativo, de aquí la necesidad de poner en práctica el Derecho Comparado; es por ello, que analizaremos las legislaciones de Alemania, España, Uruguay y Argentina, aunque es claro que culturas como la europea, por ejemplo, son completamente diferentes a la colombiana, nuestra intención no es proponer copiar modelos extranjeros para tratar el tema en cuestión, sino poner de presente que las sociedades, incluyendo la nuestra, deberán abrir campo a las personas con opción sexual diferente desde el respeto, la tolerancia y el reconocimiento de igualdad de derechos.

Además de lo anterior, la importancia del aporte jurídico a la región de Santander radica en la inexistencia de estudios de esta envergadura, en tanto no se ha realizado ninguna investigación del cambio de sexo y las implicaciones jurídicas en sus anteriores relaciones de familia, nuestro fin es el de dar a conocer en la academia este tipo de realidades que aún hoy día quieren ser negadas y discriminadas por la sociedad. Esperamos humildemente que sirva de base para

posteriores investigaciones que se realicen sobre el tema o temas relacionados con éste, a fin de seguir construyendo espacios que permitan la inclusión de comunidades de orientación sexual diferente.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL.**

¿Existe la normativa y jurisprudencia adecuada que regule y contemple las consecuencias y afectaciones a las anteriores relaciones de familia concretamente con el matrimonio, estado civil y relaciones filiales en personas que deciden cambiar su sexo biológico a la luz de la Constitución de 1991?

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- Diferenciar el transexualismo de otras formas de orientación sexual y describir el procedimiento legal requerido para el cambio de sexo mediante un proceso de Jurisdicción Voluntaria.
- Identificar el desarrollo interno normativo y jurisprudencial abordando el tema en el ámbito colombiano, desde la perspectiva de las instituciones en el Derecho de Familia.
- Analizar la legislación y jurisprudencia sobre el tema de países como Alemania, España, Uruguay y Argentina a través del Derecho Comparado.
- Establecer el reconocimiento legal que existe para las personas transexuales que quieren hacer efectivos sus derechos.

- Proponer desde el Derecho Comparado una propuesta legislativa que permita establecer pautas para la creación de una normativa que garantice la protección de las relaciones de familia de las personas transexuales.

## **PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO**

La evolución histórica de la sociedad colombiana ha planteado un sinnúmero de necesidades de acuerdo a las vivencias sociales en que se ve inmersa la ciudadanía. Se entendería que es el Estado quien debe dar respuesta a estas necesidades a través de la adecuación del ordenamiento jurídico que no sólo las satisfaga, sino que proteja de manera adecuada los derechos que se pueden estar vulnerando.

Cuando el Estado y su aparato judicial dan respuesta a dichas necesidades están cumpliendo con las obligaciones planteadas en diversas normas supranacionales las cuales ha aceptado a través de la figura de ratificación. Es este el papel que el Estado colombiano ha dejado de lado al no desarrollar legislación adecuada, donde realmente se proteja a la población transexual sus derechos y situaciones jurídicas adquiridas a razón de su sexo biológico, y que a su vez no deje a la deriva a los terceros que están inmersos en ellas (cónyuge, hijos, etc.). Esta circunstancia, donde efectivamente, nos encontramos con un vacío legal y jurisprudencial, es parte de la realidad social que experimentan diferentes países, pero en especial el nuestro donde el tema de las relaciones familiares de las personas que manifiestan una orientación sexual diversa se ha aplazado por varios años, sin que el Congreso de la República ni las altas Cortes, en especial la Corte Constitucional, tomen conciencia sobre la urgencia de dimensionar e intervenir conforme lo estipula la Carta Política en este tipo de situaciones.

El desarrollo de los diferentes derechos e instituciones a las cuales tienen acceso las personas de opción sexual diferente, en especial transexuales, se ha logrado a través de Acciones de Tutela, que han llegado a conocimiento de la Corte Constitucional a través de la figura de la revisión (art.33 Decreto 2591 de 1991)

donde se solicita la protección de derechos reconocidos a todos los seres humanos, como por ejemplo, el nombre para definir la identidad personal, libre desarrollo de la personalidad, libre expresión de la individualidad. Prueba de ello, son las sentencias proferidas por la mencionada Corte T-594 de 1993<sup>1</sup> y T-504 de 1994<sup>2</sup>, en estos pronunciamientos los Magistrados han manifestado la necesidad de seguridad jurídica del tema, por medio de legislación, aunque debemos mencionar que a pesar de ello, ha sido la misma Corte Constitucional quien a pesar de encontrarse claramente frente al tema de la transexualidad, dirimió el asunto manifestando que el cambio de nombre hace parte de la libre expresión del individuo, dejando de lado tocar temas tan importantes como el cambio de sexo y las consecuencias jurídicas que ello implica. Sin embargo, fue clara en manifestar que el cambio de nombre no implica cambio en el estado civil, a diferencia del cambio de sexo y que si una persona se somete a éste deberá acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria para que un juez de la república autorice la modificación en el correspondiente registro civil.

Es así que en la referida sentencia T-594 de 1993 la Corte manifestó: "... la Sala debe reiterar que el peticionario no está solicitando un cambio de sexo, sino un cambio de nombre. De ahí que al tutelar el derecho al cambio de nombre, ello no conlleva que en el registro civil se modifique el sexo del accionante, porque lo uno no implica por necesidad lo otro."<sup>3</sup>

El proceso de transexualización al que se somete una persona que no se identifica con su sexo morfológico y que intenta de todas las maneras posibles adecuar su sexo biológico, al sexo psicológico que vivencia, tiene una trascendencia mayor

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en [www.bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Tutela/T-594-93.htm](http://www.bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Tutela/T-594-93.htm). Consultado el 15 de abril de 2011.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-504 de 1994. MP: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el 15 de abril de 2011.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa. Pág.11

que una simple corrección del registro civil; pues la realidad social en la que se encuentra inmerso es diferente a la que jurídicamente se le ha impuesto, es por esta razón que el cambio de sexo debe ser un procedimiento donde se analicen diferentes aspectos; entre ellos, la situación jurídica a la que resulta sujeto el transexual al momento en que se expide su nuevo documento de identificación, con respecto del resto de la sociedad y entes estatales.

La investigación está dirigida a demostrar la falta de legislación en los temas de relaciones familiares de las personas que se han realizado cambio en su sexo morfológico, ya que éste es permitido sin importar el estado civil de las personas, lo que genera una inseguridad con respecto de los cónyuges (si existe matrimonio vigente), los hijos y los mismos transexuales, toda vez que ciertos derechos y obligaciones del ordenamiento jurídico fueron dadas a razón de su sexo original (la patria potestad es un ejemplo de ello), además esbozar algunas de la incoherencias jurídicas que podrían resultar al presentarse tales situaciones, que como escasamente ha venido sucediendo, serían dirimidas a través del mecanismo de la Acción de Tutela.

Dada la anterior exposición, el problema de nuestra investigación se determina del siguiente modo:

¿Cuáles son los vacíos legales y jurisprudenciales en el ordenamiento jurídico colombiano con respecto de personas que cambian su sexo en lo concerniente a sus anteriores relaciones de familia, concretamente con el matrimonio, estado civil y relaciones filiales a la luz de la Constitución de 1991?

# **1. FORMAS DE IDENTIDAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

## **1.1 ASPECTOS PRELIMINARES**

El transexualismo, homosexualismo, lesbianismo y travestismo comparten el hecho de ser comunidades minoritarias y discriminadas dando como resultado por un lado el desconocimiento de su esencia y significado, y por otro la confusión de la población en general en el uso de los términos y la ignorancia de sus características únicas e independientes.

Dado lo anterior, se determinarán las formas de identidad sexual diversa: el homosexualismo y lesbianismo, el travestismo, los estados intersexuales y el transexualismo, con el fin de diferenciar y caracterizar estas realidades sociales que aún son desconocidas y marginadas por los “heterosexuales”.

Estas formas de identidad sexual diferente se estudiarán de manera corta y precisa a fin de proporcionar claridad sobre el asunto, sin que ello implique necesariamente un análisis profundo que convierta este trabajo en una investigación médica o científica, por eso es importante aclarar que con ésta se pretende interpretar un hecho social y sus implicaciones se restringen sólo al ámbito jurídico, legal y normativo.

Para lograrlo será necesario hacer precisión en varios términos de significado social y médico que proporcionarán exactitud a la hora de emplearlos a lo largo de esta investigación, además se hará alusión a la posición jurídica que haya establecido la Corte Constitucional como máximo Tribunal de protección de los

derechos constitucionales con respecto a las diferentes formas de identidad y orientación sexual teniendo como base la jurisprudencia existente.

En primer lugar, la identidad de género, la identidad sexual y la orientación sexual son conceptos diferentes que son acuñados por la sociedad indistintamente generando confusión y permitiendo que fenómenos como la discriminación limiten y marginen a poblaciones vulnerables en el campo de la identidad sexual; la anterior es una premisa que se considera una arista importante en el desarrollo de este trabajo de investigación, que permitirá establecer la escasa legislación sobre el particular y la necesidad de regular la materia a fin de reconocer claramente y sin temor la existencia en nuestra sociedad de expresiones de sexualidad distintas a las tradicionales.

Para definir la terminología que se mencionó anteriormente, son de gran utilidad las Actas de Reunión de Consulta realizada por la Organización Mundial de la Salud<sup>4</sup>, la Organización Panamericana de la Salud<sup>5</sup> y la Asociación Mundial de Sexología<sup>6</sup> en el año 2000 en Guatemala, cuyo objetivo fue el de trazar lineamientos claros sobre la promoción de la salud sexual en la población en general, este documento plasma con simplicidad un tema tan complejo como es el de la sexualidad que permitirá dilucidar los conceptos sin mayores inconvenientes y proporcionará la posibilidad de utilizar los términos correctamente.<sup>7</sup>

Es así como la identidad de género: "... define el grado en que cada persona se identifica como masculina o femenina o alguna combinación de ambos. Es el marco de referencia interno, construido a través del tiempo, que permite a los individuos organizar un auto concepto y a comportarse socialmente en relación a la percepción de su propio sexo y género. La identidad de género determina la

---

<sup>4</sup> De aquí en adelante OMS.

<sup>5</sup> De aquí en adelante OPS.

<sup>6</sup> De aquí en adelante AMS.

<sup>7</sup> Documento disponible en <http://www.infoabu.com/Salud-Sexual-Promocion-PAHO-OMS.pdf>, consultado el 15 de julio de 2011.

forma en que las personas experimentan su género y contribuye al sentido de identidad, singularidad y pertenencia.”<sup>8</sup>

Se desprende de dicha definición su relación directa con el significado del término género entendido como un concepto de orden cultural y social que: “... identifica las características socialmente construidas que definen y relacionan los ámbitos del ser y del quehacer femeninos y masculinos, dentro de contextos específicos. Género se refiere a la red de símbolos culturales, conceptos normativos, patrones institucionales y elementos de identidad subjetivos que, a través de un proceso de construcción social, diferencia los sexos, al mismo tiempo que los articula dentro de relaciones de poder sobre los recursos.”<sup>9</sup>

Es decir que estos términos hacen referencia a una connotación social, cultural y personal del individuo, es como se siente la persona con su cuerpo trascendiendo a lo psicológico, sin importar si su condición biológica es femenina o masculina. Sin embargo esta condición biológica se concreta en el sexo del ser humano que: “... se refiere al conjunto de características biológicas que definen al espectro de los seres humanos como hembras y machos.”<sup>10</sup>

Este concepto fue tratado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-337 de 1999 cuyo problema jurídico consistía en determinar si los padres o los representantes de los menores tenían la facultad de autorizar una intervención médica y quirúrgica destinada a readecuar los genitales del menor a quien le fue asignado un sexo masculino o femenino, después de habersele diagnosticado alguna forma de ambigüedad sexual o genital, sin que ello implicara riesgo de muerte. En el numeral 10.1 del acápite de antecedentes de la referida sentencia,

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> Concepto de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en [www.paho.org/Spanish/AD/GE/Workshosp-Module1.pdf](http://www.paho.org/Spanish/AD/GE/Workshosp-Module1.pdf). Consultado el 18 de marzo de 2011.

<sup>10</sup> Concepto disponible en <http://www.infoabu.com/Salud-Sexual-Promocion-PAHO-OMS.pdf>, consultado el 15 de julio de 2011.

se trae a colación el concepto emitido por el profesor Efraim Bonilla Arciniegas, en ese entonces Coordinador Académico de la Unidad de Cirugía Pediátrica de la Universidad Nacional quien a solicitud de la Corte plantea las diferentes clases de sexo que -médicamente hablando- existen: "... en medicina se consideran varias clases de sexo, a saber, el sexo cromosómico o genotipo, que es "dado por los cromosomas sexuales: 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer", el fenotípico, que es "dado por el aspecto de los genitales externos", el gonadal que es el "dado por el tipo de las gónadas: Testículos u Ovario"; el legal, que es el que "aparece en los Registros Notariales con el respectivo nombre o identificación"; el de crianza, que es el que "inducen los Padres y el entorno Familiar y Social"; y el psicológico, que es "el que se adquiere en función de todo lo anterior o bajo el influjo de algunas condiciones genéticas, anatómicas o sociales..."<sup>11</sup>

La orientación sexual hace parte del sexo: "... es la organización específica del erotismo o el vínculo emocional de un individuo en relación al género de la pareja involucrada en la actividad sexual. La orientación sexual puede manifestarse en forma de comportamientos, pensamientos, fantasías o deseos sexuales, o en una combinación de estos elementos."<sup>12</sup>

Puede decirse entonces que la identidad de género es la parte interna del individuo, es su sentir más profundo y es una creación particular que se construye a través del tiempo.

En cambio la orientación sexual hace referencia a la exteriorización del sentir del individuo, sus gustos y preferencias sexuales con respecto a su pareja.

Por su parte, se encuentra que la identidad sexual es la sumatoria de la identidad de género y de la orientación sexual: "La identidad sexual incluye la manera como

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999. MP: Alejandro Martínez Caballero. Pág 10. Disponible en [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el 17 de abril de 2011.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

la persona se identifica como hombre o mujer, o como una combinación de ambos, y la orientación sexual de la persona. Es el marco de referencia interno que se forma con el correr de los años, que permite a un individuo formular un concepto de sí mismo sobre la base de su sexo, género y orientación sexual y desenvolverse socialmente conforme a la percepción que tiene de sus capacidades sexuales.”<sup>13</sup>

Todo lo anterior, enmarcado en un concepto que tiende a confundirse –al igual que los demás- y es el de sexualidad, por ello la OMS, OPS y AMS en el documento realizado en el año 2000 al que se hizo alusión ut supra, se pone de presente la intención de englobar en cortas palabras su significado a fin de propender la unidad y claridad en su uso: “... se refiere a una dimensión fundamental del hecho de ser un ser humano: Basada en el sexo, incluye al género, las identidades de sexo y género, la orientación sexual, el erotismo, la vinculación afectiva y el amor, y la reproducción. Se experimenta o se expresa en forma de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, actividades, prácticas, roles y relaciones. La sexualidad es el resultado de la interacción de factores biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos y religiosos o espirituales. Si bien la sexualidad puede abarcar todos estos aspectos, no es necesario que se experimenten ni se expresen todos. Sin embargo, en resumen, la sexualidad se experimenta y se expresa en todo lo que somos, sentimos, pensamos y hacemos.”<sup>14</sup>

Como puede observarse, organismos internacionales han realizado esfuerzos tendientes a recopilar y enmarcar el tema de la sexualidad y sus diversos componentes con el objetivo de informar a la población y evitar situaciones que pongan en peligro la vida e integridad sexual de las personas; para esta

---

<sup>13</sup> *Ibídem.*

<sup>14</sup> *Ibídem.*

investigación es claro que la debida información, el reconocimiento de las diferencias y el respeto por las preferencias de los demás puede mitigar la discriminación social a la que se ven sometidos grupos con identidad sexual diferente.

Ahora bien, después de realizar las precisiones pertinentes es necesario mencionar y explicar brevemente las diversas clases de identidad sexual: homosexualismo, lesbianismo y travestismo –haciendo alusión a los más importantes con fines académicos- además se tratará el tema de los estados intersexuales que surgen como una falla de orden biológico que ha sido estudiado en varias sentencias de la Corte Constitucional, con el fin de proporcionar la especificación indispensable para dedicarnos posteriormente al estudio jurídico sobre las personas transexuales y exponer el vacío legal y jurisprudencial en el que se encuentran inmersas y sus consecuencias en cuanto a sus relaciones familiares.

## **1.2 IDENTIDADES SEXUALES DIVERSAS**

Teniendo como base lo anteriormente expuesto, la identidad sexual es la capacidad que tiene el ser humano de identificarse como miembro del sexo masculino o femenino ya sea por sus características físicas o su sentir interno y la exteriorización a la sociedad de sus gustos o preferencias sexuales en cuanto a sus inclinaciones por parejas de hombres o mujeres.

Sin embargo, en la sociedad hay grupos de individuos que poseen una identidad sexual diferente a la establecida, es así como existen seres humanos que optan por compartir su vida afectiva o sexual con personas de su mismo sexo biológico, encontrando en este punto a los homosexuales y lesbianas, o que se sienten a gusto tanto con hombres y mujeres como los bisexuales. Además, se encuentran los travestis y transexuales, personas que psicológicamente se sienten del sexo

opuesto al biológico y por último los casos de intersexualismo en los que por una falla orgánica es difícil determinar el sexo biológico del individuo.

**1.2.1 Homosexualismo y Lesbianismo.** Para la Real Academia de la Lengua española la homosexualidad se define como la: “Inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo”<sup>15</sup>. A su vez, esta institución entiende que las personas homosexuales son aquellas que practican la homosexualidad, y además que el lesbianismo se concibe como la: “Homosexualidad femenina”<sup>16</sup>. Lo anterior, para no entrar en discusiones acerca de las definiciones de estos conceptos que llevan varios años tratando de ser estudiados milimétricamente por la comunidad científica a fin de entender - en últimas- la naturaleza y condición humanas. Sin embargo, es necesario traer a colación de manera sencilla estos conceptos con el objetivo de procurar más precisión a la hora de establecer las diferencias entre estas formas de identidad sexual que se extraerán a lo largo de esta investigación.

Desde el punto de vista del Derecho, es de resaltar que los logros obtenidos por las personas homosexuales han sido numerosos, el mundo actual ha permitido que esta población disfrute de sus derechos plenamente. No obstante, en algunos países -como el nuestro- la lucha por la conquista de su reconocimiento para mitigar la discriminación ha sido ardua y más aún desde el punto de vista jurídico, pero es indiscutible que la Corte Constitucional ha propendido por la defensa de sus derechos y la protección para el goce de los mismos, el desarrollo jurisprudencial en esta materia es vasto encontrando que va desde la exclusión de esta condición como causal de mala conducta en el estatuto docente y de las fuerzas militares, siguiendo con la aplicación de normas de la unión marital de hecho en régimen patrimonial, pensión de sobrevivientes, afiliación al régimen contributivo en salud, derecho de alimentos y punibilidad por inasistencia

---

<sup>15</sup> Definición tomada de [www.rae.es](http://www.rae.es). Consultada el 31 de julio de 2011.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

alimentaria<sup>17</sup> y como el logro más reciente: la posibilidad de solicitar la porción conyugal; sin embargo, sobre este último aspecto debe mencionarse que a pesar de ser un fallo reciente, para la fecha de presentación de este trabajo la Corte Constitucional aún no ha publicado la Sentencia en su totalidad, sólo se conoce la decisión favorable<sup>18</sup>.

Para efectos jurídicos, en esta investigación se pondrá a los homosexuales y lesbianas en el mismo plano, ya que en su jurisprudencia la Corte Constitucional ha establecido la igualdad en sus derechos independientemente de si se trata de hombres o mujeres, es por ello que en las sentencias en los que se analiza la vulneración de derechos fundamentales o violación al Estatuto Superior, este Tribunal se refiere a “homosexuales” y “parejas del mismo sexo” sin importar si la condición de sus miembros es femenina o masculina.

En primer lugar, debe acotarse que la Corte ha establecido que la discriminación por razón de la orientación sexual está proscrita de la Constitución Política, en uno de los apartes de la Sentencia C-098 de 1996 en los que este Alto Tribunal inicia a tocar temas tan delicados en una sociedad religiosa, moralista y tradicional como los de la orientación sexual, se extrae lo siguiente: “El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos (C.P. art. 15), pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no

---

<sup>17</sup> La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el particular es extensa. Ver para mayor claridad sobre el tema, entre otras, las Sentencias: C-098 de 1996, C-481 de 1998, C- 507 de 1999, C-814 de 2001, C-811 de 2007, C-075 de 2007, C-798 de 2008 y C-029 de 2009.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2011. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Comunicado de prensa N° 18 de abril 13 de 2011.

trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual.”<sup>19</sup>

Planteamiento que tres quinquenios después es válido para afirmar que la orientación sexual hace parte de la vida privada de cada ser humano y su exteriorización no debe acarrear mayores consecuencias. No obstante, dicho Tribunal debió modificar parcialmente su posición en torno a la validez de este derecho y su reconocimiento ante la sociedad moderna al pronunciarse en la Sentencia C-075 de 2007<sup>20</sup> en la que si bien a las relaciones homosexuales no se les otorgó el estatus de familia, sí se les reconoció la aplicación de las normas de la unión marital de hecho a fin de no desproteger los intereses económicos de las parejas homosexuales -entendidas éstas como parejas de hombres o de mujeres- y por ello conformar una sociedad patrimonial. En su momento la Corte argumentó: “ En la actualidad, dieciséis años después de expedida la Ley 54 de 1990, más de diez años después de producida la Sentencia C-098 de 1996, teniendo en cuenta los cambios introducidos por la Ley 979 de 2005 y el nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo.”<sup>21</sup>

Dicha posición dejó un sinsabor ya que con esta sentencia se empezaron a validar derechos que antes las parejas homosexuales no podían hacer efectivos por su condición de tales, pero estas uniones no alcanzaron la suficiente fuerza jurídica

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>21</sup> *Ibídem*. Pág. 57.

para catalogarse como familia, en cierta medida es contradictorio, pero se afirmó que: “Esas opciones diferentes y sus concretas manifestaciones en la vida social exigen un reconocimiento jurídico, que en el ámbito en el que la presente demanda de inconstitucionalidad ha sido considerada apta, remite a la consideración del régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y de la circunstancia de que el mismo se haya previsto exclusivamente en función de las parejas heterosexuales.”<sup>22</sup>

Aunque no se consideraba familia, la Corte afirmó en la referida sentencia su condición de unión marital de hecho al elevar a los miembros de la pareja homosexual como compañeros permanentes, en ella se manifestó: “Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.”<sup>23</sup>

Sin embargo, esta Alta Corte en la Sentencia C-577 de 2011<sup>24</sup> cambió su precedente sobre el tema de la familia expuesto con anterioridad, en ella se analizó el tema del matrimonio en parejas del mismo sexo al acusarse el artículo

---

<sup>22</sup> *Ibíd.* Pág. 61.

<sup>23</sup> *Ibíd.* Pág. 67.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Comunicado de prensa N° 30 de julio 26 de 2011. Documento consultado en [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

113 del Código Civil colombiano que establece este vínculo contractual entre un hombre y una mujer. En comunicado de prensa en su página web expone el fallo de la sentencia y los argumentos que a su consideración son los más relevantes y aunque declara exequible el artículo demandado manifiesta que la familia no debe limitarse a las parejas heterosexuales: “Para la Corte, no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. A su juicio, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.”<sup>25</sup>

Lo más importante y de aplaudir es la decisión que tomó con respecto al vínculo entre parejas del mismo sexo y la necesidad de regularlo jurídicamente, así le impuso al Congreso de la República la obligación de legislar en este asunto y le otorgó un plazo perentorio, hasta el 20 de junio de 2013, para que esto se lleve a cabo; de lo contrario y a partir de la fecha antes mencionada, las parejas homosexuales podrán acudir ante la autoridad pública competente para formalizar su unión.<sup>26</sup>

La realidad de las personas homosexuales (hombres y mujeres), sus condiciones y la opción de conformar una pareja ha cobrado vigencia en el mundo jurídico, sus

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Esta imposición se encuentra en el numeral quinto del acápite de la decisión de la Sentencia C-577 de 2011.

derechos han empezado a ser reconocidos, la aplicación a éstos de las normas que regulan a las parejas heterosexuales en casi todas sus formas –porque aún no se les otorga la posibilidad de adoptar y contraer matrimonio- la Corte plasma la necesidad y los requerimientos enormes que debe hacer la sociedad colombiana para poder alcanzar de alguna manera la tolerancia y el respeto mínimo por las personas que no siguen las normas sociales de la mayoría: “... la realidad homosexual se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas.”<sup>27</sup>

**1.2.2. Travestismo.** Esta forma de identidad sexual tiende a confundirse por la población en general con el homosexualismo, sin embargo se ha dejado claro que las personas homosexuales tienen una orientación sexual diferente a la mayoría, es decir sus preferencias sexuales van dirigidas a establecer relaciones con personas de su mismo sexo biológico. A efectos de diferenciar el travestismo de las demás formas de identidad sexual traeremos a colación el concepto de travestismo no fetichista de la OMS establecido en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud- Décima Revisión<sup>28</sup> aprobada por todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)<sup>29</sup> en 1990: “Consiste en llevar ropas del sexo opuesto durante una parte de la propia existencia a fin de disfrutar de la experiencia transitoria de pertenecer al sexo opuesto, pero sin ningún deseo de llevar a cabo un cambio de sexo permanente y menos aún de ser sometido a una intervención quirúrgica para ello. ...”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Sentencia C-075 de 2007. Pág. 60. Corte Constitucional.

<sup>28</sup> De aquí en adelante CIE

<sup>29</sup> De aquí en adelante ONU

<sup>30</sup> Tomado de [http://personal.telefonica.terra.es/web/psico/cie\\_10/cie10\\_indice.html](http://personal.telefonica.terra.es/web/psico/cie_10/cie10_indice.html). Consultado el 18 de marzo de 2011.

En otras palabras, una persona que ha optado por el travestismo no fetichista como forma de expresar su identidad sexual desea pertenecer al sexo contrario al que posee biológicamente de manera temporal, excluyendo así la posibilidad de realizar una cirugía tendiente al cambio de su sexo.

De lo anterior, puede colegirse que si bien un travesti no fetichista usa ropa del sexo opuesto a su sexo biológico, una persona homosexual no necesariamente sigue esta misma actitud, porque en el homosexualismo estamos frente a los gustos y preferencias sexuales (sienten atracción por personas de su mismo sexo); además los travestis pueden tener o no una condición homosexual.

Por su parte, la CIE también hace referencia al travestismo fetichista en el que: "... hay una excitación sexual acompañando a estas experiencias de cambio de vestido". En esta forma de travestismo se encuentra que la persona se excita sexualmente y pasa a otra etapa de expresión sexual, ya no es solamente el gusto por vestirse diferente a lo convencional sino que se experimentan gustos más íntimos de orden sexual.

En el campo jurídico encontramos que el desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional ha sido escaso, es más, este Alto Tribunal no realiza la debida diferenciación entre travestismo y homosexualismo, y en algunos apartes de sus pronunciamientos los equipara. No obstante, después de realizar una juiciosa lectura de sus fallos se encuentra que éstas hacen referencia a casos de travestismo, un ejemplo se observa en la sentencia T-569 de 1994 en el que un joven tiene varias diferencias con las autoridades de su colegio por asistir a éste con el cabello largo, en tacones y maquillado<sup>31</sup>, la Corte Constitucional encontró que: "... si las conductas **homosexuales** invaden la órbita de los derechos de las

---

<sup>31</sup> A pesar de ello, la Corte Constitucional no concede la tutela al actor por encontrar que éste fue quien abandonó sus estudios de manera injustificada y no puede, como pretende, que se ordene el reintegro a la institución por violación al derecho a la educación.

personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar, aquéllas no pueden admitirse ni tolerarse. En el caso presente, el menor al presentarse al Colegio con zapatos de tacón, maquillado, etc. no solo infringió el reglamento educativo, sino que también puso en evidencia su propia condición sexual, y él mismo se encargó de que su derecho al libre desarrollo de la personalidad no pudiera ser objeto de protección, cuando optó por estas actitudes reprobables en contra de las condiciones normales y sanas del ambiente escolar transgrediendo el derecho de sus condiscípulos y el propio de su intimidad”.(negrilla y cursiva fuera de texto)

Este es un caso claro de confusión entre travestismo y homosexualismo, ya que en él, la persona –como lo describe la propia Corte- se encontraba vistiendo ropas y asumiendo conductas distintas a las de su sexo biológico, pero en ningún aparte de la sentencia se menciona siquiera la intención del joven de identificarse permanentemente como sujeto del sexo femenino o su deseo de practicarse el procedimiento quirúrgico para ello.

En la Sentencia de Unificación 476 de 1997<sup>32</sup> la Corte Constitucional entra a realizar un análisis sobre las libertades individuales y cuando en el ejercicio de éstas mediante exteriorizaciones de la conducta pueden llegar a afectarse los derechos a la tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad públicas de un sector de la población. Es así como en el caso particular, los habitantes de un barrio de la capital del país ven afectada su vida por las conductas de los trabajadores sexuales (prostitutas y travestis) que ofrecen sus servicios y en algunas ocasiones los ejercen en las calles de este sector a la vista de los transeúntes de la zona. En ella, se tutelan los derechos del actor y se establece que estas personas deben respetar la tranquilidad y espacio públicos.

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 476 de 1997. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

Por su parte, en la sentencia de tutela 268 de 2000<sup>33</sup>, esta Alta Corte estudia el caso de la celebración de un reinado “gay” en las calles de la ciudad de Neiva, cuando la autorización por parte de la Alcaldía es de llevarlo a cabo en un sitio público cerrado en donde se prohíba la entrada a menores de edad. Al respecto afirmó: “En efecto, reconoce la Corte que en estos espacios se deben asegurar las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que se deben consolidar en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad<sup>34</sup>. Sin embargo, como se dijo previamente, las exigencias de las autoridades en ese sentido deben dirigirse a los ciudadanos en general, - sean por ejemplo homosexuales o heterosexuales -, y no presuponer a priori la alteración del orden social por parte de un grupo específico de ciudadanos, por el mero hecho de que una manifestación de su identidad ponga de presente su condición personal”. Cabe aclarar, que si bien en esta sentencia se hace referencia a la homosexualidad se presenta una confusión de orden social ya que en el caso que ocupa la atención de la Corte se está frente a la población travesti porque como ya se precisó, en esta forma de identidad sexual las personas cambian su manera de vestir y actuar por la del sexo opuesto y en el reinado aludido eran hombres vestidos de mujeres.

**1.2.3 Estados Intersexuales.** El máximo Tribunal de lo Constitucional en estos casos ha establecido varios conceptos apoyado en contribuciones de especialistas en la materia, por ejemplo en la Sentencia de Unificación 337 de 1999<sup>35</sup>, la Corte en el numeral 10.1 de los antecedentes fijó el concepto de intersexualismo: “...Los conceptos médicos presentados definen la ambigüedad sexual o intersexualidad como "trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual" que se traducen en "alteraciones en los procesos biológicos". Por ende, un embrión humano con sexo genético XY no presenta los genitales externos e internos del sexo masculino,

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 476/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 337 de 1999. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Para mayor profundización en el tema consultar también las sentencias T-477 de 1995, T-551 de 1999 y T-912 de 2008.

mientras que el embrión humano con sexo genético XX no presenta genitales externos e internos femeninos. En otros términos, la intersexualidad surge cuando se presentan simultáneamente "estructuras anatómicas genitales masculina y femenina en un mismo sujeto", y en especial en aquellos casos en donde se presentan "diferentes tipos de defectos que se manifiestan a nivel de los genitales externos, en sexo pertenece el niño recién nacido."<sup>36</sup>

En el numeral posterior de los antecedentes, la Corte realizó una clasificación de los estados intersexuales: "En general, estos casos se suelen clasificar en tres grandes grupos, a saber, el "hermafroditismo verdadero", que se presenta en individuos "con ambos tipos de gónadas, es decir con testículos y ovarios al mismo tiempo". En estos eventos los cromosomas suelen ser masculinos (46, XY) o femeninos (46, XX), aunque existe un grupo de baja frecuencia que puede mostrar anomalías de los cromosomas sexuales, pero que tiene en todo caso ambos tipos de gónadas. Por su parte, el "seudohermafroditismo femenino" tiene lugar cuando individuo posee cariotipo femenino (46, XX) y gónadas femeninas (ovario) pero "ha sufrido algún grado de virilización antes del nacimiento, es decir una hembra virilizada". En cambio, el "seudohermafroditismo masculino" hace referencia a un individuo que presenta gónadas masculinas (testículos) y tiene "un cariotipo masculino normal 46, XY la mayoría de las veces, o con alguna alteración en los cromosomas sexuales (X o Y), no se ha virilizado normalmente. Es decir un macho mal virilizado".<sup>37</sup>

Además, en ella también sentó su posición jurídica a fin de establecer si un menor de edad inmerso en esta situación debe ser sometido a cirugías de readecuación genital con el consentimiento informado y sustituto de sus padres, encontrando que si bien cada caso es único y debe ser estudiado separadamente,

---

<sup>36</sup> Ibídem. Numeral 10.1 de los antecedentes.

<sup>37</sup> Ibídem. Numeral 10.2 de los antecedentes.

propendiendo por el bienestar y la protección al libre desarrollo de la personalidad se entiende que en menores de cinco años la cirugía tendiente a readecuar el sexo puede ser autorizada por sus padres, en el entendido que aquella debe ser basada en un consentimiento informado, cualificado y persistente en el que se haya informado a los padres sobre todas las posibilidades existentes y sus consecuencias a futuro. Si el menor excede la edad establecida, será éste quien después de obtener su autonomía y conciencia sobre el asunto que le afecta decida sobre su propio ser, igualmente con la debida información y cualificación.

En la referida sentencia, la Corte argumentó: "...es importante resaltar que numerosos estudios de psicología evolutiva y las diversas escuelas psicológicas, a pesar de sus obvias diferencias de enfoque, coinciden en general en indicar que a los cinco años un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos. Así, por no citar sino algunos de los planteamientos más significativos, desde una perspectiva psicoanalítica freudiana, a esa edad el niño ya ha superado la etapa fálica, en donde precisamente muestra un particular interés en la exploración de los genitales y en conocer las diferencias anatómicas existentes entre los sexos, y se encuentra superando la fase edípica, en donde consolida su identidad de género. Igualmente, según Kohlberg, los niños forman un mapa cognoscitivo de los papeles de género entre los tres y cuatro años, y desde ese período empiezan a moldear sus comportamientos hacia esos roles."<sup>38</sup>

Para concluir, es de anotar que los estados intersexuales son producto de una falla de orden orgánico o biológico que le impide a la persona tener una diferenciación precisa de su sexo biológico, pero ello no obsta para que el sujeto mediante un proceso de adaptación y aceptación construya a través del tiempo su

---

<sup>38</sup> Ibídem. Fundamento Jurídico N° 89.

propia identidad de género y orientación sexual que le permita de una manera no muy convencional generar una identidad sexual acorde a sus sentimientos y preferencias. Es decir, que las personas con estados intersexuales forjan su identidad sexual y con base en ella, optan por su posible reasignación de genitales conforme al género que manifiesten y sus gustos sexuales.

La anterior, es una diferencia significativa con las demás formas de identidad sexual que se han tratado, ya que en ellas sobresale la decisión libre y voluntaria de la persona por escoger una forma de expresión sexual diferente a la establecida de acuerdo a su sexo biológico, sin que en ellos exista algún tipo de disfuncionalidad de orden físico o enfermedad manifiesta.

## 2. EL TRANSEXUALISMO Y EL CAMBIO DE SEXO EN COLOMBIA

Dejando de lado los conceptos básicos y relevantes tendientes a proporcionar claridad sobre las distintas formas de identidad sexual, se verá en este capítulo la forma de identidad sexual objeto de esta investigación, el cambio de sexo como consecuencia lógica de esta condición de vida y el procedimiento legal en el ordenamiento jurídico colombiano que se requiere para ello.

### 2.1 TRANSEXUALISMO

**2.1.1 Definición.** El Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, trae dos acepciones de la palabra transexual: “1. adj. Dicho de una persona: Que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos. U. t. c. s. 2. adj. Dicho de una persona: Que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto. U. t. c. s.”<sup>39</sup>

Es decir, que dicha palabra puede ser empleada bien para definir a una persona que en su sentir es del sexo opuesto al que pertenece o para identificar a una persona que se ha sometido al tratamiento hormonal y quirúrgico requerido para el cambio de sexo.

Por otro lado, es preciso anotar que en dicho diccionario no se encuentra la palabra transgénero, acuñada por muchos defensores de los derechos de la comunidad LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales) y por otras

---

<sup>39</sup> Definición tomada de Diccionario de la Lengua española - Vigésima segunda edición en [www.rae.es](http://www.rae.es). Consultado el 7 de marzo de 2011.

organizaciones y autores que manejan estos temas para denominar a los transexuales de una manera diferente; es decir, en la actualidad la sociedad ha asumido que las palabras en cuestión son sinónimos. Con base en lo anterior, se podría afirmar que para el lenguaje español la palabra transgénero estaría mal empleada porque para el idioma que se usa no existe.

Sin embargo, para esta investigación no se acogerá este planteamiento y se hará referencia sin distinción alguna a la transexualidad y el transgenerismo como fenómenos de igual identidad; ya que, como se verá más adelante muchos autores e incluso organismos internacionales como la OMS acuñan las palabras transgénero y transfobia para identificar por un lado, un trastorno de la conducta y por otro la fobia que se puede llegar a experimentar hacia las personas que se sienten en el cuerpo equivocado<sup>40</sup>; así que para no entrar en discusiones de forma, se tomarán como sinónimos.

**2.1.2 Ámbito Científico.** Con la aparición de los primeros casos públicos de transexualidad en la comunidad médica en el año de 1949 se hizo imperiosa la necesidad de definir este tipo de fenómeno, es así como el científico norteamericano D.O. Caldwell usa el término “psicopatía transexual” para identificar a las personas que teniendo su sexo biológico determinado se sienten del sexo contrario y tienen un deseo obsesivo por realizar los tratamientos hormonales y quirúrgicos necesarios para conseguirlo<sup>41</sup>.

Por su parte, la Asociación Psiquiátrica Americana<sup>42</sup> en vista de la necesidad de establecer parámetros tendientes a clasificar los diagnósticos en los trastornos

---

<sup>40</sup> Para más información consultar [www.who.int/es/](http://www.who.int/es/)

<sup>41</sup> Ver Aler Gay, Isabel; Ibáñez Alonso, Jesús (Director). Del hermetismo en el discurso sobre el género: el transexualismo como síndrome cultural: del sexo generado al género transexuado. España: Universidad Complutense de Madrid, 2005. p 261.

<sup>42</sup> De aquí en adelante APA.

mentales creó el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM)<sup>43</sup> cuya Cuarta Edición publicada en 1994 incluye a la transexualidad como un trastorno de identidad sexual<sup>44</sup>, dicho documento en un aparte inicial denominado “Glosario de Términos Técnicos”<sup>45</sup> define el transexualismo como: “Importante disforia por la identidad sexual asociada a un deseo persistente de hacerse con las características físicas y los papeles sociales que connotan el otro sexo biológico”

Para efectos académicos también es indispensable aclarar el concepto de disforia por la identidad sexual<sup>46</sup> que hace parte de la definición dada por la OMS al transexualismo: “Disgusto persistente por algunas, o todas, de las características físicas o papeles sociales que connotan el propio sexo biológico”.

De igual manera este organismo internacional estableció en la CIE al transexualismo como una forma de trastorno de la identidad sexual dentro de los trastornos de la personalidad y comportamiento del adulto.

Dicho trastorno de la identidad sexual se define como: “... el deseo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse por sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio y de deseos de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”.<sup>47</sup>

**2.1.3 Ámbito Normativo.** En Colombia la legislación sobre las diversas formas de identidad sexual es irrisoria, en esta materia nos encontramos ante un vacío

---

<sup>43</sup> De aquí en adelante DSM.

<sup>44</sup> Tomado de <http://personal.telefonica.terra.es/web/psico/dsmiv/dsmiv11.html#3> .Consultado el 16 de marzo de 2011.

<sup>45</sup> ibídem

<sup>46</sup> ibídem

<sup>47</sup> Tomado de [http://personal.telefonica.terra.es/web/psico/cie\\_10/cie10\\_indice.html](http://personal.telefonica.terra.es/web/psico/cie_10/cie10_indice.html). Consultado el 18 de marzo de 2011.

normativo que deja a las personas transexuales en situación de vulnerabilidad, ya que al no existir una regulación sobre los efectos anteriores y posteriores a la realización de la cirugía tendiente al cambio de sexo, en todas las esferas de la vida diaria del sujeto transexual quedan expuestas al desconocimiento y violación de derechos fundamentales, constitucionales, civiles y familiares.

Sin embargo, debe mencionarse la normativa que existe sobre la materia en la ciudad capital de Colombia que convirtió en política pública el trato equitativo y sin discriminación alguna a favor de la comunidad LGBT, hecho que sin lugar a dudas rompe las barreras y sienta un precedente a la hora del reconocimiento de la población en comento que en repetidas ocasiones ha sido marginada por la sociedad y desconocidos sus derechos inalienables e imprescriptibles; es de aplaudir estos intentos por regular la materia, aunque es innegable que deben realizarse más esfuerzos por las autoridades públicas para que este tipo de normas sean aplicadas de manera efectiva y oportuna evitando que sean letra muerta y caigan en el olvido.

Esta legislación local se encuentra distribuida en un decreto y un acuerdo distritales, así:

a) Decreto distrital 608 de 2007: "Por medio del cual se establecen los lineamientos de la Política Pública para la garantía plena de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas - LGBT - y sobre identidades de género y orientaciones sexuales en el Distrito Capital, y se dictan otras disposiciones".<sup>48</sup>

En una de sus consideraciones se extrae: "...Que las personas con identidad de género y orientación sexual diferenciadas en lesbianas, gay, bisexuales y

---

<sup>48</sup> Ver el documento completo en [www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28145](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28145). Consultado el 22 de agosto de 2011.

transgeneristas -LGBT- conforman sectores sociales de gran valor para la sociedad, sobre los cuales se han concentrado diferentes formas de discriminación y tratos inequitativos y desiguales. Dichas formas de discriminación se dan tanto en los ámbitos cotidianos y familiares como en los públicos e institucionales y se expresan desde actos sutiles de segregación hasta crímenes y actos de violencia física causados por el odio y la intolerancia”.

Como política pública esta norma pretende reconocer y garantizar los derechos de la comunidad LGBT por medio de la participación en los diferentes sectores de la sociedad, el fortalecimiento de los organismos no gubernamentales que propenden por los derechos de dicha comunidad, control ciudadano y sobre todo educación en la cultura de la diversidad sexual; y

b) Acuerdo distrital 371 de 2009: “Por medio del cual se establecen lineamientos de política pública para la garantía plena de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas-LGBT- y sobre identidades de género y orientaciones sexuales en el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”.<sup>49</sup>

En esta legislación, se realiza el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBT y se establecen los objetivos para tal fin basados en los principios de solidaridad, diversidad, equidad que permiten hacerlos efectivos mediante procesos de educación y culturización a la población y así generar un cambio en la mentalidad de la población.

Aunque esta normativa tiende a reconocer derechos y hacerlos efectivos, se queda corta ante la magnitud de la realidad social de la comunidad LGBT, también deja de lado factores importantes –para este estudio- como la condición de la

---

<sup>49</sup> Ver el documento completo en [www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35794](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35794). Consultado el 22 de agosto de 2011.

transexualidad, el cambio de sexo y las consecuencias jurídicas que ello implicaría.

Lo anterior, muestra claramente que a pesar de los intentos por hacer valer los derechos de las personas con identidad sexual diferente, no es suficiente para abordar el tema en su totalidad y queda latente un vacío normativo que genera rechazo, discriminación e intolerancia hacia estas personas.

**2.1.4 Ámbito Jurisprudencial.** Sobre el particular, la Corte Constitucional ha proferido desde su creación en 1991 dos sentencias que aunque no tratan específicamente los temas de transexualismo, cambio de sexo y sus implicaciones en el Derecho de Familia, deja ver entre líneas su posición frente a ellos, ya que se están tocando temas concernientes al cambio de nombre y su papel como atributo de la personalidad.

Sin embargo, antes de analizarlas, debe hacerse referencia a una sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en el año de 1989, que en su momento a la luz de la Constitución Política de 1886 decidió sobre la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto 999 de 1988 que modificó a su vez el artículo 94 del Decreto-Ley 1260 de 1070, mediante la figura de la “acción de inexequibilidad”<sup>50</sup>, dicho artículo permite a las personas el cambio de nombre por una sola vez, en la norma citada se encuentra la palabra “sustituir” mediante escritura pública con el objetivo de fijar la identidad personal.

El actor encuentra que se está violando el principio de la seguridad jurídica al facultar a las personas a cambiar su nombre de acuerdo a sus preferencias, ya que ello conllevaría por ejemplo, a la comisión de delitos, sostiene que el nombre

---

<sup>50</sup> Figura que en la anterior Constitución estaba contenida en su artículo 214 numeral 2, introducida mediante Acto Legislativo N° 3 de 1910.

es un atributo de la personalidad y por ende se está ante normas de derecho público y estaría en contra del mismo artículo 16 Superior.

La Corte Suprema de Justicia encuentra que los argumentos del actor no tienen fundamento alguno y sostiene a su vez que si bien es cierto la norma permite el cambio o la sustitución de un nombre por otro, eso no significa que todas las personas harán abuso de ella y cometerán delitos y si ello sucediera existen otros mecanismos de defensa judiciales para evitarlos.

Lo relevante de la sentencia para esta investigación, es la posición que expone la Corte sobre los efectos del cambio de nombre, manifestando que éste: “no conlleva la alteración de la filiación, pues la persona continúa con los mismos vínculos de parentesco de consanguinidad, afinidad y civil que tenía antes de efectuar la sustitución”.<sup>51</sup>

Es decir, que con respecto al cambio de nombre el precedente jurisprudencial deja claro que las relaciones en materia del Derecho de Familia se mantienen intactas tanto en derechos como en obligaciones. El interrogante surge cuando estamos frente al cambio de sexo, ya que éste por ser un elemento del estado civil es pieza fundamental a la hora de establecer las relaciones entre la persona, la familia y la sociedad.

Retomando el precedente de la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela 594 de 1993<sup>52</sup>, se analiza el caso de un transexual<sup>53</sup> que solicita el cambio de nombre masculino a femenino (de Carlos Montaña Díaz por el de Pamela Montaña Díaz)

---

<sup>51</sup> Documento disponible en [www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/csj\\_nf/sp/1988/csj\\_sp\\_s13\\_3003\\_1988.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/csj_nf/sp/1988/csj_sp_s13_3003_1988.html)

<sup>52</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa. Documento disponible en [www.trans-ser.com/files/senten.pdf](http://www.trans-ser.com/files/senten.pdf). Consultado el 31 de agosto de 2011.

<sup>53</sup> Esta sentencia hace referencia a un caso obvio de transexualismo ya que el accionante manifiesta su condición de mujer, acreditando mediante historia clínica el tratamiento conducente a cambiar su sexo biológico y además asegura haber vivido durante trece años como tal.

mediante escritura pública en la Notaría Tercera del Círculo de Cali, pero fue negada su pretensión puesto que el funcionario público afirma que por tratarse de un cambio de nombre de esta naturaleza se requiere de un proceso de jurisdicción voluntaria ante un juez de familia.

Es así como el fallo de primera instancia emitido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali niega las pretensiones del actor por encontrar ajustada a derecho la actuación del Notario. Pamela Montaña Díaz, impugna el fallo y en esta oportunidad conoce de la actuación procesal el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, quien revoca la sentencia del a-quo y concede a esta persona transexual la posibilidad de cambiar su nombre a fin de fijar su identidad personal.

La sentencia es revisada por el Alto Tribunal de lo constitucional y confirma la decisión del ad-quem.

En el acápite de las consideraciones y con respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad afirmó: “La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.”<sup>54</sup>

Es decir, que siguiendo con los postulados del Estado Social de Derecho en donde se consagran libertades fundamentales, todas las personas sin distinción alguna gozan de la autonomía necesaria para decidir sobre todos los aspectos de su vida, incluyendo el nombre que les permite identificarse plenamente y encontrar así un lugar en la sociedad.

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*

Por otra parte y respecto al cambio de nombre, la Corte basada en el artículo 94 del Decreto-Ley 1260 de 1970 está a lo resuelto por el fallador de segunda instancia y argumenta: “La disposición en comento es de claridad manifiesta, y frente a ella sobra cualquier discusión: todo individuo, a su libre arbitrio -autonomía personal, como desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.)-cuenta con la facultad de modificar su nombre -ius adrem-, mediante escritura pública que se deberá inscribir en el respectivo registro civil. Cualquier individuo puede pues determinar su propio nombre, así este, para los demás tenga una expresión distinta a la del común uso, ya que lo que está expresando el nombre es la identidad *singular* de la persona frente a la sociedad. No es un factor de homologación, sino de *distinción*. He ahí por qué puede el individuo escoger el nombre que le plazca”.<sup>55</sup>

Es por esta razón que la Corte no encuentra asidero en los argumentos del a quo quien en su momento niega las pretensiones del sujeto transexual e itera su posición en lo concerniente al cambio de nombre: “es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su *modo de ser*, de su pensamiento y de su convicción ante la vida”.<sup>56</sup>

Aunque la Corte expone su posición frente al cambio de nombre, en lo relativo al cambio de sexo, realiza un “malabar constitucional” y evita tocar a fondo el transexualismo y el cambio de sexo en el ordenamiento jurídico colombiano así: “la Sala debe reiterar que el peticionario no está solicitando un cambio de sexo, sino un cambio de nombre. De ahí que al tutelar el derecho al cambio de nombre,

---

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

ello no conlleva que en el registro civil se modifique el sexo del accionante, porque lo uno no implica por necesidad lo otro”.<sup>57</sup>

Argumento que es apoyado por la posición de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1989 que se estudió en líneas anteriores, la cual afirma que el cambio de nombre no implica un cambio en las relaciones de familia.

Por su parte, la sentencia T-1033 de 2008<sup>58</sup> también hace referencia a un caso de transexualismo en el que la persona con sexo biológico masculino decide cambiar su nombre a femenino a fin de fijar su identidad sexual. No obstante, en el trasegar de su vida decide revertir esa situación y opta por cambiarse el nombre – nuevamente- por uno masculino.<sup>59</sup>

En el caso en comento, la Corte aseveró: “...existe una manifiesta disconformidad con la identidad que proyecta en sociedad, que se concreta en la incompatibilidad entre su reorientación sexual hacia un rol masculino y el nombre femenino que lo identifica, de manera que no puede limitarse su facultad de adecuar la exteriorización de sus notas distintivas a los criterios que indican su íntima concepción, máxime cuando ello anula su posibilidad de realización personal y compromete derechos fundamentales como la identidad sexual, la autonomía y la libertad como, sin duda, ocurre en el caso del actor”.<sup>60</sup>

Además, por tratarse de un caso en el que el cambio de nombre se solicita por segunda vez, situación contraria a la normativa vigente que sólo permite realizar esta actuación por una vez, la Corte con el objeto de garantizar los derechos

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1033 de 2008. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Documento disponible en [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1033-08.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1033-08.htm). Consultado el 31 de agosto de 2011.

<sup>59</sup> Aquí se está frente a un caso de transexualismo, ya que como el mismo actor refiere realizó varias actuaciones a fin de identificarse como mujer, sólo que después de cierto tiempo no estuvo conforme con esta decisión y opta por volver las cosas a su estado anterior.

<sup>60</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1033 de 2008. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

fundamentales al actor, decide no aplicar la norma para este asunto y permitirle al accionante la posibilidad de sustituir su nombre femenino por uno masculino: “No obstante que el accionante ejerció con anterioridad la facultad que otorga la ley para modificar el nombre con el fin de fijar su identidad personal, lo que en principio haría improcedente una nueva solicitud en el mismo sentido, la Sala no puede desconocer que se trata de un caso excepcional en el que la aplicación inflexible de la restricción legal compromete el plan de vida de una persona de escasos 26 años que, en una etapa intermedia del proceso de determinación de su personalidad e identidad sexual, tomó la decisión apresurada de cambiar su nombre masculino por uno femenino, lo cual no puede atarlo indefinidamente a un signo distintivo que no atiende a su identidad sexual definida ulteriormente, ni condenarlo por el resto de su vida a la pérdida de la dignidad, libertad, autonomía e igualdad”.<sup>61</sup>

## **2.2. CAMBIO DE SEXO O CIRUGÍA DE REASIGNACIÓN DE SEXO (CRS)<sup>62</sup>**

En este punto, es necesario precisar que las personas transexuales quieren modificar su sexo biológico por el opuesto con el objeto de fijar su identidad sexual, sin embargo, en la literatura médica se hace alusión a “cirugía de reasignación de sexo” como un elemento más técnico que define la situación que experimentan los transexuales. Es así como Stan J Monstrey y P. Hoebeke realizan una colaboración en el libro “Transexualidad. La búsqueda de una identidad”<sup>63</sup> en él sostienen que en el proceso de reasignación de sexo el sujeto debe ser atendido por varios especialistas incluyendo psiquiatras, endocrinólogos,

---

<sup>61</sup> *Ibídem.*

<sup>62</sup> Los médicos, psiquiatras y especialistas en la materia acuerdan en denominar la operación quirúrgica en transexuales, como Cirugía de Reasignación de Sexo o Sexual (CRS) ya que el sexo biológico deberá estar acorde al sexo psicológico del sujeto transexual. Ver entre otros a Botella Llusá en “La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales”. España: Ediciones Díaz de Santos, 2007. p 162 y Roberto Arribère en “Bioética y derecho: dilemas y paradigmas en el siglo XXI”. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2008. p 86.

<sup>63</sup> Becerra Fernández, Antonio. Transexualidad. La búsqueda de una identidad. España. Ediciones Díaz de Santos. 2003. Madrid. Pág. 144.

cirujanos, entre otros. Además, debe haberse sometido a un tratamiento hormonal que le permita superar el “test de la vida real”<sup>64</sup>, que consiste en vivir en el papel del sexo opuesto en todos los aspectos de su vida cotidiana, demostrando al equipo interdisciplinar que se han adoptado todas las conductas y características del sexo psicológico.

Existen dos clases de CRS<sup>65</sup>:

A. Las operaciones quirúrgicas de hombre a mujer, comprenden los siguientes procedimientos: i) operaciones feminizantes (estéticas): rinoplastia, octoplastia, corrección de mandíbula, entre otros. ii) aumento mamario (reconstrucción): mamoplastia. iii) reconstrucción vaginal y de la vulva: mediante una clitoroplastia y iv) mejora de la voz y resección de la prominencia tiroidea.

B. Las operaciones quirúrgicas de mujer a hombre, se componen de los siguientes procedimientos: i) operaciones masculinizantes (estéticas). ii) mastectomía subcutánea. iii) histerectomía y ovariectomía, alargamiento de la uretra y vaginectomía y faloplastia radial del antebrazo. iv) reconstrucción del escroto con implante de prótesis testicular y v) implante de una prótesis eréctil.

En Colombia, las estadísticas sobre el número de CRS son nulas, ya que no existen documentos que contengan la información debida a fin de cuantificar la ocurrencia de este tipo de situaciones y tampoco se encuentra abierta al público la información sobre los requisitos que debe cumplir un posible candidato al cambio de sexo. Es de suponerse entonces, que los parámetros utilizados por la comunidad médica colombiana son los estándares que hemos mencionado anteriormente, sin embargo, es necesario iniciar con un proceso de información a

---

<sup>64</sup> *Ibídem.*

<sup>65</sup> *Ibídem.* pág. 144 y s.s. Ver todos los procedimientos en estos casos para mayor claridad.

la comunidad y mediante los canales de información más expeditos culturizar y concienciar a la población en general.

Será en última instancia, el médico tratante quien a petición del sujeto transexual realice la CRS con los requisitos que imponga el equipo interdisciplinar dispuesto para ello.

### **2.3. EL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA CONSECUENCIA DEL CAMBIO DE SEXO**

**2.3.1 Del Proceso de Jurisdicción Voluntaria.** Este tipo de proceso se caracteriza porque no hay contención o controversia lo que genera la inexistencia de parte demandada, sólo se encuentra en la presentación de la demanda la solicitud elevada al juez para que declare la ocurrencia de un hecho con los efectos jurídicos que ello conlleve.

Por regla general, en estos procesos la sentencia proferida por el juez produce efectos de cosa juzgada formal.<sup>66</sup>

El Código de Procedimiento Civil colombiano en su artículo 649 numeral 11 reza: “Asuntos sujetos a su trámite. Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:... 11. La corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios de registro de aquél, según el decreto 1260 de 1970.”

Esta es la normativa colombiana en la que se enmarca el proceso legal tendiente a obtener el reconocimiento del cambio de sexo, puede observarse que ésta no es

---

<sup>66</sup> Gutiérrez Sarmiento, Carlos Enrique. Manual de Procesos de Familia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. pág. 172. La cosa juzgada formal no acontece en los procesos de divorcio, separación de cuerpos y separación de bienes por ser de mutuo acuerdo entre las partes.

específica y no aborda la realidad del transexualismo como una situación jurídica que puede darse; lo anterior trae como consecuencia un limbo jurídico en el que la persona transexual que requiere el uso de la norma para adecuar su sexo psicológico al biológico y que se somete a una CRS no le permite de manera real y efectiva acudir a la regulación aplicable al caso por ser escasa y no contener requisitos esenciales y específicos que permitan prevenir y proteger las situaciones con respecto a las relaciones de familia que se susciten y que se puedan ver afectadas por este tipo de circunstancias.

Sin embargo, se hará un recuento de los aspectos fundamentales de este proceso y el trámite a seguirse en casos de cambio de sexo que no varían sustancialmente en relación con los demás asuntos contenidos en el artículo 649 del C.P.C.

En primer lugar, el objeto del proceso es el de sustituir la partida del estado civil, la demanda deberá contener los requisitos de los artículos 75 y 76 del C.P.C a excepción de los relacionados con el demandado o sus representantes. Además, se adjuntarán los anexos y pruebas de que trata el artículo 77 numerales 1, 2 y 6 del mismo Estatuto, que tienen relación con la prueba de representación con poder, representación legal si la persona es menor de edad –en este evento no se conoce aún el primer caso de cambio de sexo en un menor de edad en Colombia- y los documentos que prueben las pretensiones del sujeto transexual.

En lo referente al procedimiento se tiene que el juez admitirá la demanda si ésta se encuentra conforme a derecho, ordenará las citaciones y publicaciones a que hubiere lugar, decretando las pruebas pedidas en ella y las que de oficio considere pertinentes, señalando un plazo de quince días para tal fin. Por otra parte, la conciliación extrajudicial no es requisito de procedibilidad por tratarse, como se anotó en líneas anteriores, de un asunto relativo al estado civil de las personas, en el que no existe contraparte. Vencido el término probatorio, el funcionario judicial

tendrá diez días más para dictar la sentencia que ordene la sustitución de la partida del estado civil por parte del funcionario encargado para ello.<sup>67</sup>

**2.3.2 Requisitos Legales Para Iniciar El Trámite Ante La Registraduría Nacional del Estado Civil.** Debido a la inexistencia de normativa que regule lo concerniente al cambio de sexo por casos de transexualismo, el único requisito que exige la autoridad encargada de llevar el registro civil de los nacionales colombianos es el de la sentencia judicial favorable proferida por un juez de la República que ordene el remplazo del registro civil de nacimiento del sujeto por otro consignando debidamente el nuevo sexo y el nuevo nombre con los que se identificará por el resto de su vida, con las anotaciones de recíproca referencia correspondientes.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*. pág. 200.

### **3. INSTITUCIONES JURÍDICAS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SU RELACIÓN CON EL TRANSEXUALISMO**

En este capítulo de la investigación se abordarán las instituciones del Derecho de Familia que se consideran importantes en punto del sustrato de la misma: el transexualismo, el sujeto transexual que se ha sometido a la CRS y las relaciones familiares que ha constituido voluntariamente como el matrimonio, la filiación con los hijos procreados y el sexo como elemento del estado civil.

El interés por observar este tipo de circunstancias que afectan a las personas del común, permite desentrañar los aspectos fundamentales de las situaciones que rodean al sujeto transexual que al momento de iniciar los trámites necesarios tendientes al reconocimiento de su nuevo sexo no encuentra las herramientas jurídicas suficientes para proteger los derechos y relaciones adquiridos previamente al cambio de sexo.

Es importante resaltar que el ordenamiento jurídico colombiano no ha tratado con la relevancia del caso estos asuntos a pesar de que se están tocando temas tan sensibles como son la familia y los derechos fundamentales, más aún si se tiene en cuenta que la familia es considerada núcleo esencial de la sociedad por la Constitución Política de 1991, así en su artículo 42 -extenso en su redacción- permite presumir que la intención del constituyente era proteger esta institución y elevarla a rango constitucional a fin de establecer las directrices de su estructura: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.”

Se entiende que la esencia de la familia es el de procurar la estabilidad y armonía para el desarrollo y bienestar de los seres que la conforman, de ahí la necesidad de proteger normativa y legalmente a cada uno de sus miembros acorde al rol que desempeñen en ella; sin embargo, se encuentra que en punto del transexualismo y las consecuencias que acarrea el cambio de sexo en uno de sus integrantes no se han establecido lineamientos necesarios y suficientes que permitan garantizar la preservación de las relaciones adquiridas con anterioridad.

Es por ello, que se analizará cada institución para así determinar desde el punto de vista del Derecho la situación jurídica que se presenta, para en un capítulo posterior, poder proponer una posible solución.

### **3.1 DEL MATRIMONIO**

En este apartado, se abordará el matrimonio desde su naturaleza jurídica como contrato, con el objetivo de indicar los efectos posteriores a la realización de la CRS y el reconocimiento de un nuevo sexo en el matrimonio válidamente celebrado entre los cónyuges (heterosexuales) ante el vacío legal en el que se encuentran las personas transexuales y sus familias por tergiversarse la estructura del mismo por devenirse en una relación homosexual.

**3.1.1 El Matrimonio Como Contrato.** El artículo 113 del Código Civil colombiano reza: “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Es así como la misma definición señala la calidad contractual de este acto jurídico, sin embargo posiciones como la del maestro Valencia Zea argumentan que la redacción del artículo en mención debió haber sido diferente, en tanto que la institución del matrimonio fuente de la familia no puede equipararse a contratos tales como la compraventa, la permuta, incluso difiere en que no es viable aplicar las normas generales de los contratos al matrimonio, el artículo 1602 (el contrato legalmente celebrado es ley para las partes) es un ejemplo de ello; de tal manera que en su obra puede leerse: “ ...Este concepto de contrato no es aplicable al matrimonio por las siguientes razones: a) si bien es cierto que el matrimonio supone un acuerdo de voluntades, dicho acuerdo más que todo origina obligaciones que no son patrimoniales, sino deberes jurídicos no patrimoniales que no pueden evaluarse en dinero ni directa ni indirectamente, como son el débito conyugal, la fidelidad, la formación de la comunidad doméstica, la de

socorro y mutuo respeto entre los cónyuges, b) al matrimonio no puede imponérsele términos o condiciones.”<sup>68</sup>

Aunque lo propuesto por este autor para la vida en sociedad es real y factible: asumir que la esencia del matrimonio no es sólo contractual, sino institucional y fuente de la familia como base de la sociedad, debe aclararse que para el objeto de este acápite es indispensable dejar de lado estas apreciaciones y circunscribir el estudio del mismo como un acuerdo de voluntades tendientes a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Para tal efecto, es necesario indicar que para la existencia y validez de este acto jurídico se requiere además de los establecidos en el artículo 1502 del Código Civil colombiano (capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto lícito y causa lícita) los siguientes: diferencia de sexo y capacidad sexual de los cónyuges, capacidad mental, inexistencia de un matrimonio anterior, inexistencia de parentesco y celebración ante funcionario competente con las formalidades legales<sup>69</sup>.

El cumplimiento de los anteriores requisitos genera un matrimonio que surte todos los efectos jurídicos con los derechos y obligaciones que consagra la ley.

Ahora bien, para el tema de este trabajo de investigación se entenderá que el matrimonio fue celebrado debidamente por un hombre y una mujer, con la capacidad legal necesaria para tal efecto, expresando su voluntad y cumpliendo las solemnidades y formalidades del caso.

---

<sup>68</sup> Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo V. Séptima edición. Editorial Temis. Bogotá. 1995. pág. 125.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pág. 134 y s.s. Los autores distinguen entre requisitos de fondo (positivos y negativos) y requisitos de forma, los primeros hacen referencia a calidades que deben o no poseer los contrayentes y los segundos sobre el modo en que se celebra el acto jurídico.

Sin embargo, luego de la celebración de este acto jurídico se da una situación sobreviviente: uno de los cónyuges –sujeto transexual- se somete a la CRS y obtiene el reconocimiento de su nuevo sexo por medio de la sentencia favorable proferida por el juez de familia en proceso de jurisdicción voluntaria<sup>70</sup>, es decir, que la pareja en principio heterosexual se convierte en pareja homosexual por el cambio de sexo de uno de ellos.

La doctrina ha señalado que el fin principal del matrimonio es el de la satisfacción sexual de los cónyuges, lo que se denomina débito conyugal y subsecuentemente se dará la procreación<sup>71</sup>, por ello es necesario que los contrayentes sean personas de sexo diferente, pero en el supuesto arriba mencionado este acto jurídico tergiversa su naturaleza y objeto por el cambio de sexo de uno de los cónyuges.

**3.1.2 Cambio De Sexo Causal De Nulidad.** El matrimonio como acto jurídico es susceptible de ser declarado ineficaz, así el Dr. Guillermo Ospina Fernández explica a profundidad el tema y aclara que en punto de ineficacia de los actos jurídicos y conforme a los requisitos de existencia y validez de los mismos, se da la inexistencia y la nulidad<sup>72</sup>. La primera, definida como el producto de la falta de las “condiciones esenciales”<sup>73</sup> del acto celebrado: manifestación de la voluntad, objeto lícito, solemnidades; además no es necesario que un juez la decrete sino que opera de pleno derecho, acorde lo estipula el artículo 1501 del Código Civil colombiano: “...Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o **no produce efecto alguno**, o degeneran en otro contrato...” (negrilla fuera de texto).

---

<sup>70</sup> Se parte de la siguiente premisa: dentro de los requisitos para iniciar el proceso ante la jurisdicción tendiente al reconocimiento del nuevo sexo del sujeto, no se contempla el exigir el estado civil de soltero, ni tampoco el no tener hijos. Ver el Capítulo 2 de este trabajo de investigación.

<sup>71</sup> Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo V. Séptima edición. Editorial Temis. Bogotá. 1995. pág. 124.

<sup>72</sup> Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico. Séptima edición. Editorial Temis. Bogotá. 2009. pág. 415 y s.s.

<sup>73</sup> *Ibidem*. pág. 423. Los autores se refieren a los elementos esenciales de los contratos.

Por su parte, la normativa colombiana no hace mención alguna sobre la inexistencia del contrato de matrimonio o las causales que pudieran producirla, más aun no dispuso si era necesaria la decisión proferida por un juez de la República que así lo decretara.

Cabe resaltar que en tratándose del supuesto en el que se puede ver envuelto un sujeto transexual que decide cambiar su sexo teniendo un vínculo matrimonial vigente, según la postura antes indicada, no se estaría frente a la inexistencia del acto jurídico ya que al momento de su celebración se cumplían los requisitos exigidos por la ley.

La segunda, consiste en “la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior”.<sup>74</sup>

En materia de matrimonio, la normativa colombiana establece en el artículo 140 del Código Civil las causales específicas de nulidad: “El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

1. Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.
2. Cuando se ha contraído entre personas menores de catorce años.
3. Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.
4. Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere

---

<sup>74</sup> *Ibidem*. pág. 434.

contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes.

5. Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.

6. Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.

7. Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.

8. Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva; o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.

9. Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.”<sup>75</sup>

Como puede observarse ninguna de las causales anteriores hace mención especial y concreta a la situación del cambio de sexo de uno de los contrayentes, por ello se propone que en estas circunstancias es conveniente acudir al numeral 1° del citado artículo para solicitar la nulidad del matrimonio, puesto que se considera es la única causal que se adecua a estos casos.

Se realiza esta afirmación teniendo en cuenta la teoría del error sobre la persona y más concretamente sobre las “cualidades personales de uno de los contrayentes”<sup>76</sup>, esta clase de error consiste en el desconocimiento de una de las cualidades internas del cónyuge, determinante en el momento de celebración del contrato, que al haber tenido conocimiento de la misma no se hubiera llevado a

---

<sup>75</sup> Este artículo en su redacción inicial contenía 14 causales de nulidad. Aquí se mencionan las que se encuentran vigentes hasta la fecha de presentación de este trabajo de investigación.

<sup>76</sup> Valencia Zea distingue tres clases de errores en el matrimonio: i. el que recae sobre sus contenidos esenciales, ii. error sobre la persona y iii. el que recae sobre las cualidades personales de uno de los contrayentes. Ob. cit. pág. 220.

cabo, viciando de esta manera el consentimiento. Tales cualidades de orden interno del cónyuge pueden ser: impotencia para procrear (impotentia generandi), enfermedad grave e incurable e inexistencia de cualidades morales y sociales.

Como ya se observó en el capítulo 2 de este trabajo de investigación, el transexualismo es definido por la APA como una enfermedad consistente en una disforia de la identidad sexual, en la que el sexo biológico difiere del sexo psicológico del sujeto, así que el cónyuge afectado podrá invocar esta causal alegando esta enfermedad grave e incurable para obtener la nulidad del matrimonio. A efectos probatorios, el cónyuge afectado deberá demostrar la gravedad de esta enfermedad por medio de la historia clínica del médico o psicólogo tratante en la que se consigne el tiempo durante el cual el sujeto transexual ha presentado la disforia de género y las consecuencias que ésta ha tenido sobre su conducta: vestimenta acorde a su identidad de género, cambio de nombre frente a la sociedad, entre otros.

Siendo más previsibles, se propone que en el libelo de la demanda se consigne el nombre anterior del cónyuge y el que figure en la actualidad en el documento de identidad, ya que es consecuencia del cambio de sexo el cambio de nombre con el que se identifique el sujeto transexual para que el juez tenga una visión más clara sobre el asunto que versa la nulidad.

Más aun, siguiendo con la teoría del acto y negocio jurídico, podría argumentarse igualmente la nulidad absoluta por el objeto y la causa ilícita en la que incurriría esta “relación” heterosexual devenida en homosexual por cambio de sexo ya que como se mencionó anteriormente uno de los fines del matrimonio es ser fuente de la familia, que en palabras del Estatuto Superior es la establecida por un hombre y una mujer<sup>77</sup> que voluntariamente se unen para ello.

---

<sup>77</sup> Cabe aclarar que conforme a la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional la definición de familia debe ser revisada y ajustada a la realidad social en la que existen parejas homosexuales a las que debe

**3.1.3 Cambio De Sexo Causal De Divorcio. Otra Alternativa.** Es importante mencionar que el cambio de sexo no es considerado causal de divorcio, pero el numeral 6° del artículo 154 del Código Civil colombiano prevé: "...Son causales de divorcio: ... 6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial. ..."

Así el cónyuge afectado deberá solicitar al juez que decrete el divorcio del matrimonio, alegando la enfermedad que padece su cónyuge, la disforia de género entendida ésta como un trastorno de orden psicológico que no permite llevar a cabo la comunidad de vida por la cual se unieron, demostrando al igual que en la nulidad la gravedad de la enfermedad y lo irretroactivo de tal situación, por medio de los documentos clínicos (médicos y psicológicos) que prueben el transexualismo.

## **3.2 DEL ESTADO CIVIL**

**3.2.1 Atributo De La Personalidad.** El estado civil es uno de los atributos de la personalidad<sup>78</sup>, así varios autores han definido que éstos hacen referencia a "una serie de cualidades o propiedades que se predicán de todos los seres humanos sin distinguir su condición"<sup>79</sup>, se caracterizan por ser inalienables (están por fuera del comercio y no pueden traspasarse por alguna transacción jurídica), irrenunciables (no puede prescindirse de ellos así haya manifestación expresa de

---

reconocersele todos los derechos otorgados a los cónyuges y parejas heterosexuales. De esta manera conmina al legislador para que regule estas situaciones so pena de poder formalizar estas relaciones si al 20 de junio de 2013 no existe normativa sobre el asunto.

<sup>78</sup> Además del estado civil también son atributos de la personalidad el nombre, la nacionalidad, el domicilio, el patrimonio y la capacidad.

<sup>79</sup> Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo I. Decimoquinta edición. Editorial Temis. Bogotá. 2002. pág. 333. Véase también Angarita Gómez, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Tomo I. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá. 2005. pág. 109.

la voluntad en ese sentido), imprescriptibles (su titularidad no puede obtenerse o perderse con el trascurso del tiempo), sin contenido patrimonial (no tienen una apreciación en dinero), regulados por normas de orden público (normas imperativas que no pueden ser modificadas o desconocidas por acuerdo entre particulares), de carácter absoluto y plena oponibilidad (su eficacia es frente a todos los miembros de la sociedad)<sup>80</sup>. Y el estado civil se entiende como atributo de la personalidad por ser “la calificación de la persona en relación con la familia de donde proviene o con la familia que ha formado, y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad”.<sup>81</sup>

Es decir, que con base en la posición anterior, el estado civil permite establecer claramente si el individuo es hijo matrimonial o extramatrimonial, casado o soltero, hombre o mujer, mayor o menor de edad.

Este atributo de la personalidad es definido en la normativa colombiana por el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970 que reza: “El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”.

Cada uno de los elementos que hacen parte de este atributo permiten distinguir las calidades de la persona para que goce de ciertos derechos y cumpla ciertas obligaciones, así por ejemplo la calidad de casado incluye la obligación de ayuda y socorro mutuos de los cónyuges.

---

<sup>80</sup> Medina Pabón, Juan Enrique. Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2005. págs. 530, 531.

<sup>81</sup> Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo I. Decimoquinta edición. Editorial Temis. Bogotá. 2002. pág. 333

Así como lo menciona el maestro Valencia Zea, las calidades tienen dos objetivos: a) identificar plenamente a cada ser humano y b) producir importantes efectos jurídicos.<sup>82</sup>

Además de las características propias de los atributos de la personalidad, el estado civil también es excluyente, ya que sobre una persona no pueden recaer calidades de la misma naturaleza, por ejemplo, una persona no puede ser hombre y mujer a la vez, pero es de resaltar que de acuerdo a lo que se ha propuesto a lo largo de este trabajo es pertinente indicar que en la práctica sí suceden este tipo de situaciones, ya que un sujeto de sexo biológico masculino puede haber vivido la mayor parte de su vida como una persona del sexo opuesto (femenino) y ostentar dos sexos, el que figura en los documentos que lo identifican y el sexo contrario con el que siente está acorde a su género.

**3.2.2 El Sexo Como Elemento Del Estado Civil.** La definición de estado civil en la normativa colombiana muestra la importancia de los elementos que la conforman, ya que es indispensable que el ser humano sea individualizado por completo para así determinar la posición de éste dentro de la sociedad, es allí donde juega un papel fundamental el sexo del sujeto, sin embargo, cuál es la consecuencia fáctica de que una persona transexual presente una discordancia entre su sexo biológico y el sexo al cual quiere y desea pertenecer.

El sexo define si el individuo es varón o mujer desde el momento del nacimiento al ser inscrito legalmente ante autoridad competente para así constar en los documentos de identidad correspondientes. Se tiene entonces, que en casos de transexualismo cuando la persona decide voluntariamente sustituir el sexo que consta en el registro civil por el opuesto, obtenido mediante una CRS se exige sentencia judicial favorable emitida por el juez de familia en proceso de jurisdicción

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 349.

voluntaria, que ordene la sustitución de la partida y se consigne el sexo actual del sujeto, ya que dadas las circunstancias en nuestro ordenamiento y para la vida en sociedad es necesario que el individuo posea un sexo establecido. La necesidad de este proceso radica en que el cambio de sexo implica de por sí un cambio en el estado civil y por lo tanto debe mediar decisión judicial que así lo autorice a diferencia del cambio de nombre que se realiza por vía notarial conforme lo establece el Decreto 999 de 1988, así la Corte Constitucional sentó su posición sobre estas situaciones en algunas de sus sentencias como ya se anotó en líneas superiores.<sup>83</sup>

Si bien es cierto que la norma contenida en el Código de Procedimiento Civil colombiano, la cual encasilla a este trámite dentro del proceso de jurisdicción voluntaria, ésta no hace referencia explícitamente al caso real y posible del transexualismo, dejando de lado un asunto tan relevante como los requisitos esenciales y fácticos que deberían solicitarse a un sujeto transexual que desee cambiar su sexo, con el fin de evitar situaciones complejas e indeterminables con respecto al papel que venía desempeñando dentro de su familia, hacia su cónyuge e hijos (para mencionar sólo algunas de las relaciones más importantes), las obligaciones y los vínculos que se transforman pero que no pueden ser determinados por la ínfima legislación sobre el particular.

El nuevo sexo reconocido beneficia directamente al sujeto, aunque debe mencionarse la discriminación y rechazo de la que son objeto estos seres humanos que no se ajustan a lo que es considerado “normal”, pero a pesar de tal reconocimiento deja de lado las relaciones de familia que el individuo haya creado con anterioridad a esta nueva situación.

---

<sup>83</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa. En el acápite de las consideraciones este Tribunal afirmó: “al tutelar el derecho al cambio de nombre, ello no conlleva que en el registro civil se modifique el sexo del accionante, porque lo uno no implica por necesidad lo otro”.

**3.2.3 Inscripción En El Registro Civil.** Acorde lo ordene el juez que decida sobre el caso, obteniendo sentencia favorable a las pretensiones del sujeto transexual, éste deberá llevar dicha sentencia ante la autoridad del estado civil encargada de llevar el registro civil de la persona, conforme lo establece el artículo 118 del Decreto-Ley 1260 de 1970, modificado por el artículo 10 del Decreto 2158 de 1970, a su vez modificado por el artículo 77 de la Ley 962 de 2005, tales autoridades son:

- a) Registradores especiales, auxiliares y municipales del estado civil.
- b) Notarios, alcaldes municipales, corregidores e inspectores de policía, jefes o gobernadores de los cabildos indígenas.
- c) En el exterior los funcionarios consulares de la República.
- d) Clínicas y hospitales, instituciones educativas reconocidas oficialmente, conservando la autorización de las inscripciones por parte de los registradores del estado civil.

Con la decisión proferida por el juez se procederá a realizar el respectivo remplazo del registro civil de nacimiento por otro, a fin de consignar el nuevo nombre y sexo del sujeto transexual, conservando el cupo numérico que le haya sido asignado al momento de la expedición de su documento de identidad<sup>84</sup>, dicho registro deberá contener anotaciones de recíproca referencia, expresando con detalle el hecho que genera este cambio y el origen judicial, a fin de que contenga los datos precisos y los hechos jurídicos que motivan la situación en concreto.

### **3.3 RELACIONES FILIALES**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no existe definición alguna de la filiación, sin embargo el desarrollo jurisprudencial por parte de las Altas Cortes ha

---

<sup>84</sup> Al respecto puede consultarse la normativa sobre el Número Único de Identificación Personal en la Resolución N° 0146 de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Sobre el particular se resalta que el método actual para asignar el número de identificación a las personas es en el momento del nacimiento al realizar el respectivo registro del mismo, número que las acompañará a lo largo de sus vidas, dejando de lado el antiguo sistema de asignación de cupos numéricos en el que se tenía en cuenta el sexo de éstas.

establecido el contenido y los alcances que este derecho abarca en la vida de los seres humanos.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia la filiación se define como “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o su madre, tiene su fuente en la maternidad y la paternidad, consistiendo la primera en el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, y la segunda, en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. De ahí que como lo tiene dicho la Corte, la filiación encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal.”<sup>85</sup>

Además, sostuvo que la filiación es “un estado civil, y como tal, corresponde a la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y en la sociedad”<sup>86</sup>.

De igual manera la Corte Constitucional, siguiendo con el postulado anterior, caracteriza la filiación por ser un derecho inherente al ser humano, ya que se encuentra inmerso en el estado civil de las personas como atributo de la personalidad: “...La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida

---

<sup>85</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P: Humberto Murcia Ballén. Sentencia de 28 de marzo de 1984. G.J 2415. pág. 108.

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P: Pedro Lafont Pianetta. Sentencia de febrero 3 de 1998. pág. 23.

como persona jurídica está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. El derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica”.<sup>87</sup>

Entendiéndose como derecho fundamental, la filiación, goza de la especial protección constitucional y legal, a fin de que todas las personas puedan establecer con claridad su origen materno y paterno del cual derivan tanto derechos como obligaciones recíprocos.

Es por ello que se distingue entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, a fin de que cada persona conozca con exactitud sus verdaderos ascendientes, no obstante tal distinción no supone la existencia de diferenciaciones positivas o negativas para unos u otros, ya que mediante la Ley 29 de 1982 consagró la igualdad de los hijos independientemente del vínculo que uniera a sus padres, volviéndolo a erigir como rango constitucional en el artículo 42 del Estatuto Superior.

Habiendo resaltado la importancia de la filiación en la vida de los seres humanos, nos referiremos al caso hipotético de un sujeto transexual con un vínculo de filiación establecido con respecto a sus hijos que posteriormente decide someterse a la CRS y solicitar el reconocimiento de su nuevo sexo por parte del Estado. ¿Hasta qué punto afectaría la relación jurídica que los une? ¿Los derechos y obligaciones mutuos se extinguen?

---

<sup>87</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

Dar respuesta a estas inquietudes es una tarea compleja, teniendo en cuenta que los precedentes jurisprudenciales y la normativa son inexistentes, empero se considera plausible proponer la siguiente solución lógica: a pesar del cambio de nombre y sexo del padre o de la madre, esto no es óbice para deslegitimar la relación ya existente entre éste con su(s) hijo(s); se entiende que es deber del juez en la sentencia ordenar las respectivas inscripciones en los registros civiles de nacimiento tanto del sujeto transexual como de los hijos de éste, anotando el hecho o situación jurídica que motivó la decisión, permitiendo que en sus registros civiles figure el nombre de los padres del mismo sexo.

Se aclara que el deber ser de esta proposición obedece a la realidad que padecen los sujetos transexuales en busca del reconocimiento de sus derechos, esta situación antes de ser discriminatoria debe ser fuente de tolerancia y admisión por parte del Estado colombiano; y es deber de éste regular las circunstancias que generan segregación en la sociedad, para erradicar la violación de derechos fundamentales de los seres que por diversas razones tienen una identidad sexual diferente.

## 4. EL TRANSEXUALISMO EN EL DERECHO COMPARADO

En este capítulo se observará desde la legislación extranjera cómo se ha tratado el tema del transexualismo y específicamente si existe la regulación necesaria que contemple y proteja las relaciones de familia anteriores al cambio de nombre, o en los eventos que así lo exija la normativa, la realización de la CRS en personas transexuales. Para ello, se analizará su situación jurídica en Uruguay y Argentina, como países de América Latina, y en representación del continente europeo: España y Alemania; países que poseen una legislación con características diferentes, pero que comparten la necesidad de establecer normas proteccionistas a favor de los transexuales y sus relaciones en materia de Derecho de Familia (que involucran a terceros), acorde a la realidad mundial del auge del movimiento LGBT y su lucha por el reconocimiento de sus derechos.

### 4.1 EL CASO URUGUAYO

**4.1.1 Ámbito Normativo.** El 17 de noviembre de 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 18.620<sup>88</sup> por la cual se establece el “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”.<sup>89</sup>

Dicha ley consagra el reconocimiento del derecho a la identidad de género basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin importar el sexo biológico, morfológico, anatómico. (art.1 inc. 1°)

---

<sup>88</sup>El texto completo de la ley disponible en [www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18620&Anchor=](http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18620&Anchor=). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>89</sup> También denominada “Ley de identidad de género” por organismos que luchan por la defensa de los derechos de la comunidad LGBT. Ver por ejemplo el colectivo ovejas negras en [www.ovejasnegras.org](http://www.ovejasnegras.org).

La posibilidad de adecuar la identidad de género al sexo que se registra en los respectivos documentos de identificación, electorales, pasaportes. (art.1 inc. 2°)  
Los sujetos transexuales que pueden beneficiarse con la aplicación de esta ley pueden ser tanto mayores como menores de edad, ya que según lo dispuesto por el artículo 2°: “Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género”.<sup>90</sup>

Sólo se exigen dos requisitos para el cambio de sexo: “i. Que el nombre, el sexo – o ambos- consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género. ii. La estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la presente ley”.<sup>91</sup> Si la persona ya se sometió a la CRS no debe probar la disforia de género.<sup>92</sup>

De manera específica el inc. 2° del artículo 3 de la ley permite a las personas transexuales su autonomía respecto a la realización de la CRS, ya que para la legislación uruguaya no es necesario que el sujeto transexual se haya sometido a la intervención quirúrgica, sólo exige la discordancia entre el sexo biológico con el sexo psicológico o identidad de género, demostrado con pruebas testimoniales y los certificados de los médicos tratantes. (inc. 5 artículo 4)

El procedimiento judicial requerido para el cambio de sexo se realiza en el marco de la jurisdicción civil, por medio de un “proceso de jurisdicción voluntario”<sup>93</sup> contenido en el artículo 406.2 inc. 3° del Código General del Proceso que a su

---

<sup>90</sup> Ibídem art. 2°.

<sup>91</sup> Los requisitos se establecen en el artículo 3° de la ley uruguaya. Cabe destacar el importante paso en el reconocimiento de la identidad de género, ya que esta normativa no exige la realización de la CRS para el cambio de sexo en los documentos de identidad del sujeto transexual.

<sup>92</sup> Artículo 3 inc. 3° Ley de identidad de género.

<sup>93</sup> En el Libro II Título VI del presente Código se contempla el Proceso Voluntario, artículo 402 y s.s. Consultar el texto completo en

[http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo\\_General\\_del\\_Proceso\\_Uruguay\\_arts42y220.pdf](http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo_General_del_Proceso_Uruguay_arts42y220.pdf)

tenor reza: “ se tramitará ante los Juzgados Letrados de Familia, mediante el proceso voluntario previsto por el artículo 406.2 del Código General del Proceso (artículo 69 de la Ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985, con la modificación introducida por el artículo 374 de la Ley N° 16.320, de 1º de noviembre de 1992)”.<sup>94</sup>

En él se debe presentar la demanda con las formalidades previstas por el artículo 177 del mismo Estatuto.

Además, en este proceso de rectificación de sexo, se exige un requisito especial en el escrito de la demanda, que consiste en la presentación de un: “informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad que se constituirá a estos efectos en la Dirección General del Registro de Estado Civil”.<sup>95</sup>

Con la creación de este equipo multidisciplinario, el poder ejecutivo profirió el 26 de junio de 2010 el Decreto 196<sup>96</sup> en el que se conforma su organización: “Integrarse en el ámbito de la Dirección General del Registro de Estado Civil, un equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad sexual, el que tendrá carácter de Comisión Asesora. La misma estará compuesta por un médico psiquiatra, un asistente social, y un psicólogo, todos de reconocidas aptitudes y solvencia demostrada, los que durarán dos años en sus funciones. Pudiendo renovarse por otros de igual duración”. ( artículo 1º)

En el artículo 2º del citado Decreto se establece la función de elaborar el informe requerido para la iniciación del proceso voluntario conforme lo consagra el artículo 4 de la Ley N°18620 o Ley de identidad de género.

---

<sup>94</sup> Ibídem, artículo 406.2.

<sup>95</sup> Artículo 4 inc. 4º Ley 18620. Equipo interdisciplinario denominado Comisión Asesora.

<sup>96</sup> Documento disponible en [www.archivo.presidencia.gub.uy/sci/decretos/2010/06/mec\\_70.pdf](http://www.archivo.presidencia.gub.uy/sci/decretos/2010/06/mec_70.pdf). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

En el artículo 5 se dispone el trámite que debe seguirse para obtener el concepto de la Comisión Asesora: i. Solicitud ante el Departamento Inspectivo de la Dirección General del Registro de Estado Civil. ii. Realización de entrevistas al sujeto transexual con base en los medios de investigación que considere pertinentes. iii. Dicha Comisión tendrá un plazo de 150 contados a partir de la solicitud –prorrogables por otros 150 días- para rendir el concepto que haya elaborado. iv. Este informe será aprobado por la mayoría de los funcionarios que integran la Comisión y quien no se encuentre de acuerdo con la decisión deberá expresar por escrito los motivos de su inconformidad.<sup>97</sup>

Por último –y no menos importante- los efectos del cambio de sexo están contenidos en la ley de identidad de género en su artículo 5º: i. No se altera la titularidad de los derechos y obligaciones del sujeto transexual contraídos antes del cambio de sexo. ii. Tendrá conforme a su nuevo sexo, los derechos establecidos en la normativa uruguaya. iii. En todos los actos jurídicos que se registren en la Dirección General de Registros<sup>98</sup> no se modificará la titularidad jurídica sino que se tendrá el cambio de nombre como evento que modifica al acto o negocio jurídico inscrito inicial.

En este punto, surgiría el primer interrogante con respecto a las relaciones de familia, ¿en qué situación se encontraría un hombre transexual que habiendo inscrito antes del cambio de sexo, por ejemplo, su paternidad a fin de contraer derechos y obligaciones reconociendo su parentesco con respecto a sus hijos, posteriormente se otorgue la autorización judicial tendiente a la inscripción del cambio de sexo en los documentos respectivos, qué sucede con los hijos que han sido reconocidos? ¿En las actas de Registro Civil de los menores se procede a cambiar el sexo del padre? Si ello es así, ¿en dichas actas constaría que los menores son hijos de “dos madres”? Sin embargo, la ley guarda silencio sobre

---

<sup>97</sup> Artículo 5 Decreto 196 de 2010.

<sup>98</sup> Este organismo de la Administración central tiene la función de registrar los actos y negocios jurídicos que realicen las personas naturales y jurídicas con el fin de hacerlos oponibles a terceros.

estas cuestiones y no aborda en estricto derecho los efectos del cambio de sexo en materia de relaciones familiares en transexuales.

Siguiendo con el argumento anterior, el artículo 7 de la ley en mención dispone que: “Esta ley no modifica el régimen matrimonial vigente regulado por el Código Civil y sus leyes complementarias”. Sin lugar a dudas, en este evento emergen dos situaciones que ponen en duda la efectividad de la ley de identidad de género. Por una parte, ¿qué efectos jurídicos recaen sobre el matrimonio celebrado por el sujeto transexual antes del cambio de sexo, que se encuentra vigente al momento de la sentencia que aprueba la modificación del sexo? ¿Qué tipo de vínculo jurídico uniría al sujeto transexual con su cónyuge, si ambos son del mismo sexo? Ahora bien, ¿es válido jurídicamente el matrimonio celebrado posterior al cambio de sexo?

La respuesta a estas situaciones estaría en la misma ley uruguaya que al tenor del artículo 5 numeral 3° permite que el sujeto transexual goce de todos los derechos que adquiere en virtud de su nuevo sexo acorde a su género. No obstante, existe un vacío normativo dado que la redacción de la misma permite diferentes interpretaciones, ya que por ejemplo, en materia de relaciones homosexuales no se permite acorde al Código Civil uruguayo el matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>99</sup>

**4.1.2 Ámbito Jurisprudencial.** Antes de la expedición de la Ley de identidad de género, en Uruguay no se permitía en sujetos transexuales el cambio de nombre o de sexo de sus documentos de identidad.

---

<sup>99</sup> Cabe resaltar que la legislación uruguaya a pesar de no aprobar el matrimonio entre personas homosexuales, sí contempla las relaciones “concubinarias” entre parejas heterosexuales y homosexuales en la Ley N° 18246, disponible en <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=>

Sin embargo, se traerá a colación la sentencia N°159 de 2005<sup>100</sup> proferida por la Suprema Corte de Justicia de dicho país en el que por medio de recurso de casación, se analiza el caso de un transexual con sexo biológico femenino, que habiéndose sometido a CRS en Chile, solicita el cambio de nombre y sexo de sus documentos ante las instancias judiciales por medio de un proceso ordinario.<sup>101</sup>

La sentencia N° 92 de 2003<sup>102</sup> de primera instancia, fue proferida por el Juzgado Letrado de Familia de 6° turno, en el entendido de que se está frente a un caso de transexualismo y a pesar de no encontrarse normativa que posibilitara el cambio de sexo, esta instancia judicial consideró: "...se trata de un caso de transexualidad que es un síndrome en que una persona desde un punto de vista genotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, y tiene conciencia de ser del opuesto, de vivir como lo hacen los sujetos del género contrario".<sup>103</sup>

Además, este Despacho con respecto a la identidad sexual consideró que se compone de: "un sexo estático que se identifica por sus caracteres anatómicos y fisiológicas y su morfología exterior, y un sexo dinámico relativo a la aptitud psicosocial de la persona, a su manera de comportarse, en el transexual hay una disociación de ambos sexos el cromosómico y el psicológico. En el transexualismo la persona está desgajada en dos, una que tiene el sexo femenino con sus órganos genitales femeninos y otra que se siente hombre y que actúa desde el punto de vista psicosocial como un hombre, o a la inversa hay una disociación en la personalidad."<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Sentencia N°159 de 2005. Ministro Redactor: Roberto Parga Lista. Documento disponible en [www.elderechodigital.com/newsletter/Jurisprudencia/JUR01\\_01.html](http://www.elderechodigital.com/newsletter/Jurisprudencia/JUR01_01.html). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>101</sup> El Proceso Ordinario se encuentra dentro de los Procesos de Conocimiento, Libro II, Título IV, Capítulo I, artículo 337 y s.s del Código General del Proceso uruguayo.

<sup>102</sup> Juzgado Letrado de Familia de 6° turno. Sentencia N° 92 de 2003. Documento disponible en [http://www.elderechodigital.com/newsletter/Jurisprudencia/JUR01\\_03.html](http://www.elderechodigital.com/newsletter/Jurisprudencia/JUR01_03.html). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>103</sup> *Ibíd.* Acápite de consideraciones, numeral I.

<sup>104</sup> *Ibíd.* numeral II.

Analiza la situación psicosexual del sujeto trans y conforme a las pruebas recolectadas y aportadas por la parte actora, sienta su posición –aún en contra de la propia normativa del Estado uruguayo- sobre el reconocimiento de la identidad de género en el caso en comento: “Surge probado de autos así mismo como a fs. 37, de la pericia efectuada por la Dra. ... del Instituto Técnico Forense, en la que expresa que se le extirpó el útero y anexos, que se le colocó prótesis testicular y peniana (recubrimiento de la prótesis peniana con piel de la paciente), cierres de vagina y vulva. Se le eliminaron los órganos internos y externos femeninos, y se dotó al paciente de los caracteres sexuales masculinos junto con el aporte hormonal de testosterona. Referente al estado actual, la perito manifiesta que presenta caracteres sexuales masculinos secundarios: voz grave, vello facial grueso (barba), vello torácico e implantación androide del vello pubiano. En conclusión la perito manifiesta que el paciente tiene actualmente caracteres del sexo masculino”.<sup>105</sup>

Sumado a lo anterior, esta sentencia hace énfasis en la situación en la que se encuentra inmerso el sujeto transexual, es ir más allá de la CRS, del cambio físico que pueda llegar a realizar la persona; el transexualismo radica en el hecho de que una persona no se siente identificado con su sexo biológico y adopta las características, atuendos, ademanes y –lo más importante- vive y se siente acorde a su género: “En síntesis, actualmente EE es un hombre, no porque se vista de hombre, sino porque luego de esa operación tiene caracteres masculinos, es mucho más que eso, está adecuado su sexo psicosocial a su sexo morfológico. Antes de ser sometida a esta operación fue objeto de terapia durante dos años con el fin de disuadirlo para que se sometiere a una operación de esa naturaleza y la psicóloga fs. 32 llegó a la conclusión de que necesitaba esa operación.”<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> *Ibíd.*

Dados los anteriores argumentos, encontró el Juzgado que era viable autorizar al sujeto transexual a realizar las modificaciones en los documentos identificatorios y en las partidas del registro de nacimiento y en atención a que con estos hechos no se vulneraba algún derecho de terceros, por ser el sujeto transexual de estado civil soltero y sin hijos, falla a favor del demandante: “La partida de nacimiento debe reproducir exactamente lo que la realidad indica, en autos la realidad indica que actualmente EE es un hombre, no sólo por su aspecto físico, su aspecto morfológico y su actuar psicosocial, por lo tanto la Sede entiende que la partida debe reflejar la realidad actual.

En autos no hay personas a quienes pueda perjudicar la decisión de rectificación de la partida ya que DD es de estado civil soltera, no tiene descendencia y nadie se opuso al presente accionamiento. La única perjudicada es xx de acuerdo a sus declaraciones a fs. 44, pues necesita la documentación por su trabajo, necesita tener la documentación de acuerdo a su nueva identidad, las partidas deben ajustarse a la realidad.”<sup>107</sup>

Sin embargo, la decisión del a quo fue recurrida mediante apelación por el Ministerio Público, conociendo del recurso el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° turno, la decisión de segunda instancia se profirió el 28 de julio de 2004 mediante Sentencia N°207<sup>108</sup>, en atención a una decisión de la Suprema Corte de Justicia del año 1997 afirmó: “Se considera que el sexo es una noción compleja dentro de la cual se distinguen diversos elementos: cromosómico (o genético) anatómico, hormonal y psicológico (psicosocial); se señala que de dichos elementos solo el cromosómico es inmutable y se determina con el nacimiento. En el ámbito nacional la Suprema Corte de Justicia, en un caso similar, hizo lugar a la rectificación de partida (Sent. 139/97 Marabotto R), Cairolí, Torello, Alonso de

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*

<sup>108</sup> Sentencia N°207 de 2004. Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° turno. Ministro Redactor: Ana María Maggi. Documento disponible en [http://www.elderechodigital.com/newsletter/Jurisprudencia/JUR01\\_02.html](http://www.elderechodigital.com/newsletter/Jurisprudencia/JUR01_02.html). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

Marco, Mariño). La Suprema Corte de Justicia sostuvo en dicha decisión que negar la posibilidad de rectificar la partida implica una violación de derechos esenciales de la persona humana no solo consagrados en la Constitución de la República sino también en Convenciones o Pactos que sobre la materia ha celebrado la República. Entre esos derechos esenciales humanos propios de la dignidad de cada persona figuran los derechos de la personalidad entre los cuales es posible distinguir nítidamente el de la propia identidad ... Una persona debe ser una sola desde el plano físico y desde el plano síquico. Debe estar integrada y no diríase desgajada en dos ... Porque ello supone una disociación inadmisibles que rompe esa integridad existencial a la que tiene derecho toda persona humana en tanto su dignidad lo requiere para reconocerse a sí misma ... Que es justamente lo que se efectivizara en el caso de la parte actora a quien luego del diagnóstico respectivo, con la intervención de especialistas de distintas áreas, actuando en equipo multidisciplinario, se le realizó el tratamiento quirúrgico requerido.”<sup>109</sup>

Siguiendo con el precedente jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal de Apelaciones confirma la sentencia del a quo.

No obstante, la Fiscalía Letrada Nacional en lo civil de Tercer Turno en representación del Ministerio Público, interpone recurso de casación que es resuelto por la Suprema Corte de Justicia –como se mencionó anteriormente- en la sentencia N° 159 de 2005, desestimándolo por: “...cuanto se entiende que las sentencias de los órganos de mérito efectúan una razonable y justa ponderación entre los principios, valores y derechos fundamentales involucrados en la cuestión litigiosa, esto es, el derecho a la libertad en punto al proyecto de vida y realización de la personalidad e identidad sexual del accionante y el derecho de quienes con él se interrelacionan socialmente, de conocer los datos relevantes atinentes a su conformación biológica, básicamente en cuanto éstos pudieran en su mérito decidir eventualmente estrechar vínculos afectivos íntimos que necesariamente

---

<sup>109</sup> Ibídem. Acápites de consideraciones numeral V.

deben sustentarse en la verdad y la buena fe que posibiliten una decisión libre. En otros términos, en el enfrentamiento entre el derecho a la libertad (art. 7º de la Carta) y el principio general de la buena fe y la proscripción del fraude y el engaño (art. 72º, por su inherencia a la dignidad de la persona humana) las sentencias en examen efectúan un adecuado balance o estimación de cada uno (dimensión of weight, Dworkin) en atención a las especiales circunstancias del caso.”<sup>110</sup>

Es así como, en el Estado uruguayo antes de la entrada en vigor de la ley de identidad de género, en determinados casos<sup>111</sup> y después de varios años de litigio permitió la modificación del sexo y del nombre en los documentos de identificación y las actas de partidas de nacimiento para personas trans.

## **4.2 EL CASO ARGENTINO**

**4.2.1 Ámbito Normativo.** Este país suramericano cuenta con la particularidad de no poseer dentro de su legislación nacional una especial dirigida a la población transexual en lo que respecta al cambio de nombre o sexo, a fin de reconocer el derecho a la identidad sexual.

En primer lugar, debe aclararse que la República de Argentina al tener un sistema federal posee una organización diferente a la nuestra, se reconoce el poder general de la república pero de igual manera se entiende que cada provincia tiene la autonomía necesaria para organizarse conforme lo establezca cada constitución provincial.

---

<sup>110</sup> Acápito de consideraciones numeral II. Sentencia N° 159 de 2005. Ministro Redactor: Roberto Parga Lista. Suprema Corte de Justicia.

<sup>111</sup> Sólo dos sujetos transexuales obtuvieron el reconocimiento de su identidad de género en sus documentos, permitiendo el cambio de nombre y sexo. Casos que llegaron al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en los años 1997 y 2005, sentencias que fueron analizadas en líneas superiores.

Debido a lo anterior, la legislación que atañe al tema del transexualismo que se analizará será la correspondiente a la normativa nacional emanada por el Congreso argentino, dejando de lado las distintas normas procesales y procedimentales de las provincias del país.

En Argentina se permite el cambio de nombre, por medio de un proceso sumarísimo conforme lo establece el artículo 17 de la Ley 18248 “Nombre de las personas”<sup>112</sup> con el fin de modificar el que se encuentre inscrito en el acta de nacimiento correspondiente, siempre y cuando según el artículo 15 de la citada ley medien “justos motivos” que no fueron expresados de manera taxativa por el legislador.

A pesar de observarse claramente que la intención del legislador no fue la de permitir el cambio de nombre en sujetos transexuales en cuanto esta normativa prohíbe la inscripción de nombres que induzcan a error sobre el sexo de la persona (artículo 3 numeral 1) a raíz de varios casos que llegaron a instancias judiciales provinciales se permitió que las personas trans pudieran cambiar de nombre y sexo en los documentos de identificación.

Dicho proceso sumarísimo se regula por lo establecido en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>113</sup>, se caracteriza por ser un proceso más corto en los términos a diferencia del proceso ordinario regular.

---

<sup>112</sup> Ley 18248 de 1969, artículo 17: “La modificación, cambio o adición de nombre o apellido, tramitará por el proceso sumarísimo, con intervención del Ministerio Público. El pedido se publicará en un diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Podrá formularse oposición dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación. Deberá requerirse información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado. La sentencia es oponible a terceros y se comunicará al Registro del Estado Civil.” Documento disponible en [www.sdh.gba.gov.ar/comunicacion/normativanacyprov/pueblosoriginarios/nacional/nac\\_ley18248.pdf](http://www.sdh.gba.gov.ar/comunicacion/normativanacyprov/pueblosoriginarios/nacional/nac_ley18248.pdf). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>113</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Parte Especial, Libro II “Procesos de conocimiento”, Título II, Capítulo II “Proceso Sumarísimo”. Documento disponible en [www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#8](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#8). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

Como efecto de la sentencia favorable dentro del proceso, la Ley 18248 estipula en su artículo 19: “Producida la modificación, cambio, adición o rectificación del nombre o apellido de una persona, se rectificarán simultáneamente las partidas de los hijos menores y la de matrimonios, si correspondiere.”<sup>114</sup>

Dado lo anterior, se entendería entonces que los actos jurídicos que realizó el solicitante se verán afectados al cambiar la condición de éste, pero son apreciaciones e interpretaciones que emergen ante la inexistencia de una ley propia dirigida a la población transexual que desea cambiar su sexo en materia legal que influye directamente en sus vínculos familiares adquiridos con anterioridad.

Aunque debe mencionarse el importante logro que ha obtenido la población con identidad sexual diferente en el reconocimiento de sus derechos, ya que en la Ley 26618 de 2010 se aprueba la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de constituir una familia mediante la figura de la adopción, reformando el articulado del Código Civil en cuanto a estas materias. Este logro, permitiría solucionar uno de los problemas planteados en este trabajo de investigación: el matrimonio heterosexual que deviene en homosexual por cambio de sexo; en este evento no se pondría en tela de juicio la validez del acto jurídico en tanto que la ley argentina implícitamente lo permite.<sup>115</sup>

**4.2.2 Ámbito Jurisprudencial.** A diferencia del marco normativo argentino, el principal fallo referente al transexualismo es la sentencia Ac 86197 del 21 de marzo de 2007 proferida por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires

---

<sup>114</sup> Ley 18248, artículo 19.

<sup>115</sup> En el articulado de la ley en mención no se prevé el caso del matrimonio transexual, pero se infiere la posibilidad de que una situación así se permita por la lectura de la normativa en cuestión.

(SCBA)<sup>116</sup>, máxima autoridad judicial de esta ciudad autónoma que sirve de referente a las demás instancias judiciales de las provincias que conforman la República argentina<sup>117</sup>.

Dicha sentencia, refiere el caso de un sujeto transexual de sexo masculino quien encontrándose en territorio chileno, se somete a una genitoplastia feminizante en el año de 1998 adquiriendo las características típicas de una persona del sexo femenino, regresa a su país de origen para solicitar por medio de la Ley 18248 de 1969 revisada supra, el cambio de nombre y sexo en los documentos de identificación pero ésta fue rechazada por encontrar el Tribunal de Familia N°1 del Departamento Judicial de Morón que no existían los “justos motivos” mencionados en el artículo 15 de la misma.

Ante el rechazo de la solicitud, la parte actora interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley<sup>118</sup> revisado por los magistrados que conforman en su momento la SCJBA, éstos entienden que el transexualismo es una enfermedad: “... según la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE 10) de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.), se considera al transexualismo como un trastorno de la identidad sexual, señalado por la presencia de cuatro componentes: 1) identificación de un modo intenso y persistente con el otro sexo ; 2) malestar permanente con el sexo asignado o sentido de inadecuación en el papel de su sexo (disforia de género); 3) ausencia de los padecimientos físicos o psíquicos de los llamados estados intersexuales; 4) pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas del individuo.

---

<sup>116</sup> Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Sentencia Ac 86197, marzo 21 de 2007. Documento disponible en [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar). Consultado el 10 de octubre de 2011.

<sup>117</sup> La capital de Argentina, Buenos Aires, conforme al artículo 129 de la Constitución Política de 1994 se erige como ciudad autónoma con facultades legislativas y jurisdiccionales, de ahí la importancia sustancial de los fallos emitidos por la SCJBA como precedente jurisprudencial respecto de las demás Cortes Provinciales.

<sup>118</sup> En esta figura, el recurrente solicita se revierta la decisión del Tribunal de primera instancia por indebida aplicación de la norma al caso en particular. Se encuentra regulado en los artículos 288 a 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina.

A ello ha de agregarse, por supuesto, la ausencia de otro tipo de alteraciones o patologías psíquicas.”<sup>119</sup>

Dejando claro que se encuentran frente a una situación concreta de transexualismo, se esgrime la inexistencia de normativa que la regule dejando desprovista de protección legal a los individuos que deseen ajustar su sexo biológico a su identidad de género, no obstante, también se hace hincapié en la necesidad de llenar al menos para cada caso en particular esta circunstancia: “no existe una norma específica dentro de nuestro orden jurídico positivo que autorice este solicitado cambio de sexo. Sin embargo, de la no existencia de una norma que contemple la respectiva conducta no puede inferirse la prohibición de la misma, o la imposibilidad de su autorización.”<sup>120</sup>

Es así como la sentencia ordena revocar el fallo de primera instancia y conceder el recurso impetrado: “...se dispone la modificación de aquella parte del acta de nacimiento Nro. ..., obrante en el Tomo ... ..., de la ... ..., del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, en que se consigna el sexo de la interesada, debiendo corregirse su asignación como varón e inscribírsela como perteneciente al sexo femenino. Consecuentemente, se dispondrá el cambio de su nombre, debiendo anotársela con el de ‘B. ’. De todo ello se dejará constancia en nota marginal, a la que tendrán acceso quienes demuestren un interés legítimo, o en caso de encontrarse afectado el orden público, o de tratarse de actos jurídicos en que el género de la parte interesada deba ser indefectiblemente considerado. También se dispondrá a favor de la peticionante la emisión de un nuevo documento de identidad, ahora a nombre de B. C. , sexo femenino, repitiendo sus demás circunstancias personales, y se rectificarán dichos datos en toda documentación

---

<sup>119</sup> Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Sentencia Ac 86197, marzo 21 de 2007. num. 4 del acápite de Votación.

<sup>120</sup> Ibidem. num 5 lit. b).

de reparticiones públicas o instituciones privadas, según requerimiento de la interesada y en la medida en que ello fuera razonable.”<sup>121</sup>

### 4.3 EL CASO ALEMÁN

**4.3.1 Ámbito Normativo.** Este país europeo fue uno de los pioneros en la implementación legislativa sobre el cambio de sexo, ya que la “TSG: Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen”<sup>122</sup> fue expedida el 10 de septiembre de 1980 por el parlamento alemán “Bundestag”<sup>123</sup>, convirtiéndose en el segundo país del continente en abordar el tema del transexualismo, el cambio de nombre y de sexo.<sup>124</sup>

Esta disposición contempla dos posibilidades para el sujeto transexual que quiere adecuar su identidad de género, la pequeña solución o Klein lösung y la gran solución o Grosse lösung:

a) Klein lösung o la pequeña solución: Esta vía supone que el sujeto transexual sólo desea el cambio de su nombre en sus documentos de identidad, para adecuarlo al sexo que tiene por razón de su identidad de género.

La TSG en la Sección Primera determina lo relacionado con el cambio de nombre, así en el párrafo § 1 dispone los requisitos que se necesitan para ello:

---

<sup>121</sup> Ibidem. Parte resolutive.

<sup>122</sup> Nombre de la ley alemana cuya traducción al español es: “Ley sobre el cambio de nombre y determinación del sexo en casos específicos. Ley de transexuales. (TSG)”.

<sup>123</sup> Texto completo de la TSG en [www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tsg/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tsg/gesamt.pdf). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>124</sup> El primer país en abordar este tema en su normativa fue Suecia, mediante la ley del 21 de abril de 1973. El texto de la ley disponible en [www.trans\\_esp.ilga.org/trans/bienvenidos\\_a\\_la\\_secretaria\\_trans\\_de\\_ilga/biblioteca/legislacion\\_internacional/europa/suecia\\_legislacion\\_sobre\\_las\\_personas\\_transexuales.Sweden\\_1972.pdf](http://www.trans_esp.ilga.org/trans/bienvenidos_a_la_secretaria_trans_de_ilga/biblioteca/legislacion_internacional/europa/suecia_legislacion_sobre_las_personas_transexuales.Sweden_1972.pdf)

- Tener como mínimo tres años viviendo en situación de transexualidad, entendida ésta como el sentimiento de pertenecer al sexo opuesto al biológico registrado en sus documentos de identidad.
- Manifiestar la irreversibilidad de dicha situación.
- Las personas transexuales que soliciten el cambio de nombre pueden ser: i. Nacionales alemanes conforme a la Ley Fundamental. ii. Apátridas. iii. Personas con derecho de asilo o refugiados extranjeros. iv. Extranjeros que no tengan una disposición análoga en sus países de origen, que tengan derecho de residencia permanente o permiso de residencia renovable.

En el párrafo § 4 la ley consagra el procedimiento para obtener el cambio de nombre, éste se promueve ante los Tribunales de Distrito, mediante un proceso de jurisdicción voluntaria<sup>125</sup>, en el que el Tribunal entrevista al sujeto transexual que solicita el cambio de nombre, analiza el informe de dos peritos expertos en la materia (psicólogo y médico tratante), los cuales deben certificar la convicción que posee el solicitante de la irreversibilidad de su decisión.

Además, se protege el derecho a la intimidad prohibiendo la divulgación del nombre anterior -el del sexo biológico-, a menos que así lo autorice el sujeto transexual cuando el interés público lo amerite. También se prevén varias situaciones con respecto al nuevo nombre otorgado: i. Sólo a efectos de constancias en Libros y Registros Públicos estarán obligados a declarar el nuevo nombre del sujeto transexual ex cónyuge, padres, abuelos y descendientes. Esta disposición no conmina a los hijos que adopte después de quedar en firme la sentencia que concede el nuevo nombre. ii. En la inscripción de partidas de nacimiento de hijos naturales o adoptados antes de quedar en firme la decisión

---

<sup>125</sup> La Ley “Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG)” del 17 de diciembre de 2008, reformó los procesos de familia en la jurisdicción voluntaria. Documento disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/fgg-rg/gesamt.pdf>. Consultado el 1 de septiembre de 2011.

deberá constar el nombre que corresponda a su sexo biológico. (Parágrafo § 5 TSG)

El parágrafo § 6 establece los casos en los que se puede anular la decisión en firme del cambio de nombre y regresar al que consta en su acta de nacimiento: i. Cuando la persona así lo solicite ante el Tribunal por sentir que regresa a su sexo biológico y ii. Cuando el Tribunal a solicitud del interesado considere conveniente el nuevo cambio para proteger los intereses de éste.

Las causales de ineficacia de la decisión que aprueba el cambio de nombre, se encuentran en el parágrafo § 7, en este punto se debe resaltar la novedad normativa, ya que ninguna legislación prevé este tipo de situaciones que protegen los derechos adquiridos de los hijos y el cónyuge, dándole preeminencia a la familia sobre el derecho a la identidad de género de la persona trans. Quedará sin efectos el fallo cuando: i. Nace un hijo dentro de los 300 días siguientes a la decisión en firme. ii. Haya reconocimiento voluntario o judicial de un hijo dentro de los 300 días siguientes a la decisión en firme y iii. Si el solicitante contrae matrimonio de forma expresa y consentida.

Esta última causal, se basa en la hipótesis de un matrimonio heterosexual debidamente celebrado, que tergiversa su naturaleza cuando el sujeto transexual cambia de nombre por el opuesto, precaviendo así que no existan matrimonios homosexuales.

b) Grosse lösung o gran solución: Consiste en el cambio de nombre y sexo, ajustando en su totalidad el sentir del sujeto transexual.

La TSG contempla en el parágrafo § 8 que la persona trans debe haber presentado, por lo menos tres años antes de iniciar el proceso de jurisdicción voluntaria, disforia de género. Además, enumera los requisitos para solicitar el

cambio de sexo: i. Cumplir con las exigencias del párrafo § 1 de la presente ley. ii. Incapacidad permanente de reproducirse. iii. Haberse sometido a la CRS para adaptar sus rasgos distintivos externos a los del sexo opuesto deseado.

El párrafo § 9 hace referencia al procedimiento judicial, que se inicia de acuerdo a lo contenido en el párrafo § 4, la única diferencia consiste en que los dos peritos expertos deben certificar el sexo adquirido como consecuencia de la operación quirúrgica.

De otra parte, se entiende que la persona luego de obtener la decisión que aprueba el cambio de sexo biológico, goza de todos los derechos y adquiere las obligaciones que esta nueva situación fáctica conlleva. (Párrafo § 10)

En lo concerniente a los efectos en materia de relaciones familiares, la ley dispone que al reconocerse el nuevo sexo del solicitante, sus vínculos con respecto a sus ascendientes y descendientes se ajustarán a éste y por tanto, no se perderán derechos ni se eximirá del cumplimiento de sus deberes. (Párrafo § 11)

**4.3.2 Ámbito Jurisprudencial.** Dos de los requisitos exigidos por la TSG para solicitar el cambio de nombre o sexo fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Federal Constitucional (BverfGE)<sup>126</sup>. El primero de ellos, referente a la edad del solicitante del cambio de nombre (Pequeña solución) y cambio de sexo (Gran solución): ser mayor de 25 años<sup>127</sup>. El BverfGE encontró que este requisito no se encontraba conforme a la mayoría de edad del Estado alemán, 18 años, así que de acuerdo a la adquisición de la capacidad y autonomía necesaria para realizar el cambio de sexo se derogó esta disposición de la TSG en cuanto al cambio de sexo, mediante sentencia del 16 de marzo de 1982. Sin embargo,

---

<sup>126</sup> Traducción al español de la expresión alemana “Bundes-Verfassungs-Gericht”.

<sup>127</sup> Este requisito se encontraba estipulado en el párrafo § 1 de la TSG.

mantuvo este requisito para la pequeña solución, permitiendo la vulneración del derecho a la igualdad, que se mantuvo por diez años más, cuando este mismo tribunal analizó este asunto en la sentencia de 26 de enero de 1993, en la que unifica su posición y establece que tanto para el cambio de nombre y sexo se pueden solicitar a partir de los 18 años, conforme a la Ley Fundamental.<sup>128</sup>

A pesar del precedente jurisprudencial, un Tribunal de Familia alemán permitió en el año 2009 que un joven de 16 años se sometiera a la CRS convirtiéndose en el primer transexual menor de edad con cambio de sexo en el mundo.

Por otra parte, la TSG establecía que el sujeto transexual no debía estar casado para poder solicitar el cambio de sexo, contemplado en el párrafo § 8, con el fin de evitar la consecuencia de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ya que en la misma normativa se garantiza que el sujeto transexual después de la sentencia favorable en el proceso de jurisdicción voluntaria, obtiene y goza de los derechos inherentes a su nueva condición legal. Requisito que fue declarado inconstitucional por la sentencia del 27 de mayo de 2008<sup>129</sup> en el que se analizó el caso de un hombre transexual que a pesar de tener un vínculo matrimonial vigente por más de 50 años con su cónyuge, decide someterse a la CRS a fin de adecuar su género al sexo biológico deseado, aunque el demandante sostiene que a pesar de la prohibición contenida en la TSG desean mantener su vínculo matrimonial.

El BverfGE en la referida sentencia arguye que no se pueden vulnerar los derechos fundamentales del accionante como la libertad de expresión sexual, autonomía, independencia y libre desarrollo de la personalidad contenidos en la Ley Fundamental, no obstante el principio heterosexual del matrimonio con fines de procreación. Es así como no se puede obligar a las personas envueltas en esta

---

<sup>128</sup> El documento se encuentra disponible para usuarios registrados en [www.rsw.beck.de/cms/main?toc=NJW.40](http://www.rsw.beck.de/cms/main?toc=NJW.40)

<sup>129</sup> BverfGE, I BvL 10/05. Sentencia del 27 de mayo de 2008. Texto completo disponible en [www.bverfg.de/entscheidungen/ls20080527\\_1bv1001005.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20080527_1bv1001005.html). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

situación a que disuelvan jurídicamente su vínculo por medio del divorcio cuando no están voluntariamente dispuestas a hacerlo, sino que por el contrario deciden permanecer unidos tal y como lo señalan las obligaciones de los cónyuges de ayuda y socorro mutuos al conformar una comunidad de vida responsable.

Es aquí en donde el BverfGE sin la competencia funcional de legislar, crea una figura *sui generis*, ya que en el caso en comento el matrimonio entendido como una institución jurídica del Derecho de Familia entre un hombre y una mujer no puede mantenerse, pero que de alguna manera al conservar su esencia por parte de los directamente afectados y en aras de permanecer con la titularidad de los derechos y obligaciones por ellos adquiridos se propone que conformen una unión civil de personas homosexuales<sup>130</sup>: “La protección que ese [matrimonio homosexual] sigue teniendo por virtud de la Ley Fundamental, se referirá ahora a la comunidad de responsabilidad asumida con el matrimonio con todos sus derechos y deberes a ella aparejados. La confianza de los cónyuges en el mantenimiento de esa comunidad continúa estando protegida. En esa medida, es posible ciertamente negársele el continuar como matrimonio, pero no como comunidad de responsabilidad. Dar término a la misma y, con ello, privar a los cónyuges de los derechos nacidos del matrimonio es respecto de los cónyuges desmesurado”.<sup>131</sup>

Esta importante jurisprudencia permite inferir que la intención de este Alto Tribunal es la de respetar y proteger los derechos y obligaciones que adquieren las personas transexuales que solicitan el cambio de nombre o sexo, ya que en ciertas ocasiones podrían afectarse a terceros en el campo de relaciones familiares. Aunque tardíamente el BverfGE se ha pronunciado en este caso después de 28 años de promulgada la TSG, se evidencia la necesidad de implementar nuevas medidas legislativas que le permitan a las personas trans

---

<sup>130</sup> En alemán “Eingetragene Lebenspartnerschaft”.

<sup>131</sup> BverfGE, I BvL 05/10 Sentencia del 27 de mayo de 2008. párrafo 70.

mantener y preparar sus relaciones de parentesco, matrimoniales y personales a las realidades que vive la sociedad actual, en donde el transexualismo está abriendo espacios y pretende alcanzar el reconocimiento efectivo de sus derechos.

## 4.4 EL CASO ESPAÑOL

**4.4.1 Ámbito Normativo.** El 16 de marzo de 2007 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la: “Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”<sup>132</sup> sancionada por el Rey de España, Juan Carlos I. Los argumentos que motivaron la creación de esta normativa, se relacionan con el hecho de que el transexualismo es una realidad presente en la sociedad del mundo contemporáneo, es así que en uno de sus apartes se lee: “Mediante esta Ley España se suma a aquellos países de nuestro entorno que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual, adecuadamente diagnosticada, de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, asignación contradictoria con su identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad.”<sup>133</sup>

Esta disposición, en su artículo 1º legitima a todo nacional español, mayor de edad a solicitar “la rectificación de la mención registral del sexo”<sup>134</sup> que conlleva también al cambio de nombre a fin de evitar la discordancia entre el sexo registrado con su identidad de género.

---

<sup>132</sup> El texto completo de la ley se encuentra disponible en [www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espa/1\\_003\\_2007.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/1_003_2007.pdf). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>133</sup> Ley de identidad de género española. Exposición de motivos.

<sup>134</sup> Ibídem. artículo 1º.

Para obtener la rectificación registral del sexo se aplicarán las normas de procedimiento contenidas en la Ley del Registro Civil de 1957<sup>135</sup>, Título VI “De la rectificación y otros procedimientos” en sus artículos 92 a 97<sup>136</sup>, reglamentado por el Decreto Real de 14 de noviembre de 1958<sup>137</sup>. La solicitud se presentará ante el encargado del Registro Civil<sup>138</sup> del domicilio de la persona interesada. (artículo 3º) En cuanto a los requisitos exigidos para solicitar la rectificación registral del sexo, se establecen en el artículo 4 de la ley de identidad de género, así:

- Diagnóstico de disforia de género, que debe ser avalado por un profesional de la salud (médico o psicólogo) en el cual se certifique: i. La disonancia estable y persistente entre el sexo biológico y el sexo psicológico de la persona transexual. ii. La inexistencia de trastornos de personalidad que puedan influir en la conducta del sujeto.
- Informe del galeno tratante o de un forense especializado que certifique el tratamiento médico al que se somete la persona trans a fin de adecuar su apariencia física al sexo deseado por éste, tratamiento que no puede ser inferior a un lapso de dos años. Se exceptúan de cumplir con este requisito las personas que por razones de edad o salud no puedan someterse a tratamientos para adecuación física.

Cabe resaltar que la normativa española, aclara específicamente que la realización de la CRS no es condición necesaria para obtener la rectificación registral del sexo. Permitiendo de esta manera que personas transexuales

---

<sup>135</sup> En esta ley se estructura la organización de la inscripción de los actos que constituyen y modifican el estado civil de las personas. El texto de la ley disponible en [www.mjusticia.gob.es/](http://www.mjusticia.gob.es/). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>136</sup> Ley de identidad de género española. artículo 2º.

<sup>137</sup> Decreto Real: “Por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil”. Documento disponible en [www.boe.es/boe/dias/1958/12/11/pdfs/A10977-11004.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/1958/12/11/pdfs/A10977-11004.pdf). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>138</sup> La organización de la institución del estado civil español es: Registros Civiles Municipales, Juzgados de Paz y Demarcaciones Consulares. Los Registros Civiles Municipales están a cargo de jueces de primera instancia asistidos por un secretario quienes tienen la función de realizar la inscripción de los actos jurídicos que modifican el estado civil. Para mayor información sobre el tema en [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197983408/EstructuraOrganica.html#id\\_1215327683038](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197983408/EstructuraOrganica.html#id_1215327683038). Consultado el 1º de septiembre de 2011.

soliciten el cambio de su nombre y sexo sin tener que someterse a una intervención quirúrgica, respetando la posición de un sector de la comunidad que considera invasiva y dañina la CRS y sus posibles efectos en el organismo.

Por otro lado, el artículo 5 hace referencia a los efectos de la rectificación registral del sexo en España:

- Los efectos jurídicos se surten desde el momento en que se inscribe la rectificación en el registro civil.
- El nuevo sexo del sujeto le permite gozar de todos los derechos inherentes a su actual condición.
- A pesar de lo anterior, la persona sigue siendo el titular de los derechos y obligaciones adquiridas antes de la rectificación registral.

Seguidamente, se harán las notificaciones pertinentes de la rectificación y la persona deberá solicitar la expedición de nuevos documentos de identidad conservando el número asignado.

Sin embargo, podrá solicitar la expedición de documentos con los datos anteriores al cambio de nombre y sexo, situaciones que podrán hacerse públicas con previo consentimiento del afectado, salvaguardando el principio de reserva.

Además, el Estado español reconoce el transexualismo como política de salud pública al permitir que las personas trans que así lo deseen puedan someterse a la CRS cubierta por el Sistema Nacional de Salud español, ya que mediante Real Decreto N° 1030 de 2000, se estableció como un servicio en la cartera que prestan los hospitales públicos conforme lo dispuso el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Más información sobre el asunto en la página web del Ministerio de Sanidad español: [www.mspes.es](http://www.mspes.es). Consultada el 1 de septiembre de 2011.

Por otra parte, en el campo del Derecho de Familia y con base en la interpretación del caso, se observa la situación similar que se plantea en legislaciones como Uruguay y Argentina en lo referente a los efectos del cambio de sexo, puesto que dejan de lado el análisis concienzudo sobre las consecuencias que pueden sufrir negocios jurídicos tales como el matrimonio en donde se celebran de acuerdo a la persona en sí, en el hipotético caso en el que un hombre transexual decida solicitar la rectificación del sexo con un vínculo matrimonial vigente con una mujer, y éste obtiene tal rectificación, ¿qué tipo de situación jurídica se plantea? ¿Se está frente a una nulidad por error en la persona con quien se celebró el matrimonio? O por el contrario, ¿se encuentran ante la inexistencia o ineficacia del acto jurídico?

Estos supuestos se manejan ya que con base en la observación de la normativa se evidencia que en algunos de estos países se desconocen situaciones que en el mundo contemporáneo son reales, como por ejemplo el matrimonio vigente anterior al cambio de sexo, los efectos jurídicos que dicha circunstancia conlleva para los cónyuges y posiblemente a los hijos de éstos, no ha podido ser definida con la claridad necesaria a fin de evitar interpretaciones equivocadas que tiendan a desconocer los derechos de las personas involucradas. Situaciones que sobrevienen por la deficiencia en este sentido de la legislación al no especificar, aclarar y proteger los derechos y obligaciones a favor de terceros de las personas trans.

**4.4.2 Ámbito Jurisprudencial.** Antes de la entrada en vigor de la Ley de Identidad de Género de 2007, han sido varios los casos que han llegado al análisis por el poder judicial del Estado español. Por ello, se analizarán dos sentencias que fueron proferidas por autoridades judiciales diferentes en cuanto al recurso y la jurisdicción pero que servirán de base para exponer el precedente que han sentado los Tribunales españoles para favorecer y reconocer los derechos de las personas trans y sus relaciones de familia.

En primer lugar, el Tribunal Supremo Sala de lo Civil, con base en lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>140</sup>, decide de un recurso de casación interpuesto por un sujeto transexual de sexo biológico femenino que solicita la rectificación en su registro civil para usar un nombre masculino, acude ante la jurisdicción española mediante un proceso ordinario habiéndosele denegado sus pretensiones tanto en el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Getxo y en segunda instancia la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, al considerar que al recurrente, no se le puede otorgar lo pretendido puesto que la normativa española prohibía los nombres que condujeran a error sobre la persona en lo referente a su sexo.<sup>141</sup>

El recurso es admitido por el Tribunal Supremo en Sala de lo Civil<sup>142</sup>, quien luego de deliberar sobre el precedente jurisprudencial existente determina que en el caso sub júdice el proceso de reasignación sexual no se ha completado, ya que el recurrente afirma que debido a su incapacidad económica no ha sido posible realizar la CRS; aunque ya se encontraba en el tratamiento hormonal requerido para adecuar su apariencia física al fenotipo masculino: “Ha de partirse, ante todo, del dato de que, según se desprende de la documentación aportada a esta Sala, la recurrente tras un tratamiento previo con andrógenos que se ha prolongado durante tres o cuatro años y debido al cual presentaba ya barba y vello corporal, ha sido objeto de extirpación mamaria bilateral, con trasplante de areola y pezón. Esto significa que se ha llevado a cabo únicamente el que puede considerarse primero de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de

---

<sup>140</sup> Ley Orgánica 6 de 1985 del Poder Judicial, Título IV, Capítulo I, artículo 56 en el que se establecen las competencias del Tribunal Supremo Sala de lo Civil. Concordado con el artículo 123 de la Constitución española de 1978.

<sup>141</sup> Así lo disponía el artículo 54 de la Ley del Registro Civil de 1957 que fue modificado por la Ley de identidad de género española en la “Disposición Final Segunda”.

<sup>142</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, N° Recurso: 247/1997. Magistrado Ponente: Antonio Romero Lorenzo. Sentencia de septiembre 6 de 2002. Documento disponible en [www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3095637&links=REGISTRO%20CIVIL%20%22ANTONIO%20ROMERO%20LORENZO%22&optimize=20031011](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3095637&links=REGISTRO%20CIVIL%20%22ANTONIO%20ROMERO%20LORENZO%22&optimize=20031011). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

reasignación sexual, mediante cirugía de cambio de sexo en transexuales del grupo "Mujer a Hombre", que se describe en el informe elaborado en Noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que instaba al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales.

Le faltan, por tanto, a la actora, a fin de realizar el tratamiento quirúrgico completo o total, dos etapas.

En primer lugar, la de resección del útero y los ovarios, y, finalmente la reconstrucción del pene, bien a través de metaidoioplastia, bien por medio del procedimiento más complejo de la faloplastia.”<sup>143</sup>

Según lo anterior, la posición de los órganos jurisdiccionales antes de la creación de la Ley de identidad de género de 2007, era la de aceptar la rectificación registral del sexo, siempre y cuando el sujeto transexual ya se hubiese sometido a la CRS, como etapa concluyente del proceso transexualizador.

Es por esta razón que este Tribunal no concede el recurso interpuesto por el accionante, le recomienda realizar la operación quirúrgica tendiente a completar su paso de mujer a hombre para con que con este nuevo hecho se pueda solicitar lo que en este evento se denegó: “...esta Sala, dentro del mayor respeto al grave problema personal que constituye el trastorno de identidad de género que sufre la recurrente, agravado por la circunstancia de que sus disponibilidades económicas le impidan acceder a las soluciones quirúrgicas que pudiera entender procedentes, debe rechazar también el último de los motivos del recurso objeto de estudio, siguiendo, en lo estrictamente atinente a la cuestión aquí controvertida, el criterio manifestado en sus sentencias anteriormente mencionadas, que en modo alguno puede considerarse infringido por la resolución impugnada. Todo ello, sin perjuicio

---

<sup>143</sup> Ibídem. Fundamento de Derecho Cuarto.

de que si eventualmente llegara Doña Yolanda a someterse a los dos gestos quirúrgicos todavía pendientes para completar su proceso de reasignación sexual a los que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia, la pretensión que en el futuro pudiera la misma deducir, debiera merecer distinta acogida.”<sup>144</sup>

Ahora bien, ya se ha analizado someramente la posición jurídica del Tribunal Supremo con respecto a los procesos tendientes a la rectificación registral del sexo antes de la expedición de la Ley de identidad de género. A renglón seguido, se observará la posición del Tribunal Constitucional español sobre un caso muy particular de una persona trans en el que se ven afectadas relaciones de familia, arguye discriminación por razón de su condición sexual que le impide tener una relación libre con su hijo menor de edad; caso objeto de debate en la Sentencia 176/2008<sup>145</sup>, en ésta se hace referencia a un hombre transexual unido en matrimonio, padre de un menor, que se divorcia legamente en el año 2002 y acuerdan con su ex cónyuge el régimen de visitas y custodia, en el convenio las partes resolvieron: “El padre podrá tener en su compañía al hijo fines de semana alternativos, desde las 10 horas del sábado, en que lo irá a recoger a su domicilio materno, hasta las 20 horas del domingo, en que lo dejará en dicho domicilio. Se fijaron asimismo las reglas para la custodia del hijo menor durante las vacaciones de navidad, semana santa y verano, dividiendo cada periodo en dos y asignando a cada progenitor la mitad correspondiente, con carácter rotatorio según los años pares e impares.”<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Ibídem. Fundamento de Derecho Séptimo.

<sup>145</sup> Tribunal Constitucional, Sala Primera. Recurso de amparo núm. 4595-2005. Sentencia 176 de diciembre 22 de 2008. Documento disponible en [www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9604](http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9604). Consultado el 1 de septiembre de 2011.

<sup>146</sup> Ibídem. Acápite de antecedentes, numeral 2, literal a).

A pesar del convenio sobre el cuidado y las visitas a favor del menor, la madre al notar el proceso transexualizador de su ex pareja, solicita ante la jurisdicción de familia la privación de la patria potestad y suspensión del régimen de visitas, a lo que el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo resolvió aceptando sólo una modificación del régimen de visitas así: “El padre podrá tener en su compañía al hijo menor D. los sábados alternos de cada mes desde las 17:00 horas a las 20:00, visitas que se desarrollarán en el Punto de Encuentro de la ciudad de Lugo, controladas por profesionales y con la presencia de ambos progenitores hasta que los profesionales lo crean oportuno. Por el Punto de Encuentro se remitirán informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar un seguimiento del desarrollo de las visitas”<sup>147</sup>. Esta instancia judicial argumenta su decisión por encontrar en las pruebas realizadas “...la inestabilidad emocional del recurrente a la que se refiere el informe pericial psicológico, provocada por el proceso de cambio de sexo, y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor. En todo caso, sostiene el Juzgado que la restricción del régimen de visitas no conlleva una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor a fin de que progresivamente se adapte a la nueva situación de manera adecuada.”<sup>148</sup>

El actor interpone recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, pero éste fue confirmado mediante sentencia del 19 de mayo de 2005 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo y toma como sustento de su decisión los argumentos esbozados por el a quo.

Dadas las situaciones fácticas y jurídicas el sujeto transexual lleva su caso a instancia del Tribunal Constitucional español en donde se realiza un esbozo de los hechos que dieron origen al asunto objeto de estudio y basándose en la afirmación del recurrente de una posible discriminación por razón de su condición y situación

---

<sup>147</sup> *Ibíd.* Numeral d).

<sup>148</sup> *Ibíd.*

sexual sostiene que en este caso particular se debe hacer un juicio de ponderación de derechos, por un lado los derechos que tiene el padre de ver a su hijo y por otro, los derechos del menor a tener una estabilidad emocional y garantizar su desarrollo sin estar involucrado en situaciones que generen perturbación o alteración de su personalidad por el cambio de sexo de su progenitor, es así como concluyó: “En el caso que nos ocupa se advierte, como ya quedó expuesto, que la Sentencia de instancia niega expresamente que la decisión adoptada se deba a una discriminación hacia el padre por la circunstancia de su transexualidad, al tiempo que afirma que se fundamenta en el interés prevalente del menor: no se trata, en contra de lo que interpreta la demandada, de impedir que el padre se relacione con su hijo por el hecho de ser transexual, no se trata de discriminar por ese motivo, ni de impedir que el padre ejerza como tal con sus derechos y deberes, de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el menor velando siempre por su interés y procurando buscar la resolución más adecuada a sus intereses, es decir, la que mejor le permita adaptarse a las nuevas circunstancias familiares” .<sup>149</sup>

Conforme a lo expuesto por las instancias anteriores este Tribunal decide denegar el amparo solicitado, dejando la decisión de primera instancia en firme.

---

<sup>149</sup> Ibídem. Acápite de Fundamentos Jurídicos numeral 8.

## 5. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA COLOMBIA

Después de haber realizado un largo recorrido a través del ordenamiento jurídico colombiano y analizado minuciosamente las sentencias de las Altas Cortes a fin de verificar la inexistencia de normativa y jurisprudencia que examine a profundidad la situación del transexualismo y sus consecuencias jurídicas en materia de familia, permitiendo así que el fenómeno de la discriminación persista en la sociedad al no garantizar a las personas transexuales el goce de sus derechos, este trabajo de investigación finaliza humildemente con una propuesta cuyo objetivo es el de contribuir a solucionar estas situaciones que afectan y vulneran los derechos de los seres humanos.

Es así como ésta consiste en la elaboración de un proyecto de ley ordinaria que integre por una parte el proceso de reasignación de sexo, indicando taxativa y específicamente los requisitos que debe cumplir el candidato transexual que desee someterse a la CRS a fin de solicitar por la vía jurisdiccional el reconocimiento de su nuevo sexo y, por otro lado, los efectos personales y familiares que esta decisión conlleva, subsanando el vacío legal existente y la desprotección de las relaciones que en materia de familia ostente el sujeto transexual.

Además, en ella se abordará las modificaciones y adiciones normativas a las que haya lugar con el fin de cobijar ampliamente el proceso transexualizador y proteger a la familia de la persona con disforia de género.

Sin más preámbulo, se consigna la propuesta de proyecto de ley ordinaria:

**PROYECTO DE LEY ORDINARIA N° \_\_\_\_ DE 2012**  
**“POR LA CUAL SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE REASIGNACIÓN DE SEXO EN PERSONAS TRANSEXUALES, SE ADICIONAN NORMAS CONCORDANTES EN DERECHO DE FAMILIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”**

**I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:**

Honorables Congresistas:

Hoy presento respetuosamente a su consideración este proyecto de ley para su debate y posterior aprobación acorde a lo estipulado por nuestro Estatuto Superior, sin embargo es importante que conozcan las razones especiales y únicas que originan esta iniciativa, con el fin de propender por el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales que hasta ahora han sido desconocidos y vulnerados debido a la inexistencia de normas jurídicas que regulen determinantemente las circunstancias propias del transexualismo y su relación directa en el campo del Derecho de Familia.

La lucha por la aceptación de los transexuales empieza desde su propio ser, porque esta condición comporta conductas que no se encuentran acordes a lo que es considerado “normal” por la sociedad en general, lo anterior implica un descontento y frustración que les impide desarrollarse bajo la tolerancia y el respeto tanto de sus familias como el entorno que los rodea. La batalla interna se resume de la siguiente manera: estos seres humanos nacieron sin alteraciones biológicas de ningún tipo, infortunadamente su psiquis -su sentir más profundo- le impone una premisa contundente, sienten pertenecer al sexo opuesto; es decir, un varón atrapado en el cuerpo anatómico y físico de una mujer o viceversa. Dicha condición es denominada por la comunidad científica como disforia de género, en

la cual la persona vive con una discordancia entre su sexo biológico y el sexo contrario al que desea pertenecer.

A pesar que las estadísticas sobre el número de personas transexuales en nuestro país son nulas, es innegable el hecho que la comunidad LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales) viene impulsando un movimiento interesante con el fin de que les sean reconocidos sus derechos fundamentales, es así como la Corte Constitucional a través de sus sentencias les ha otorgado derechos que otrora les eran negados sin justificación; hasta tal punto que ahora tienen la posibilidad de heredar a su pareja con la que conformaron una unión marital de hecho, además debo mencionar el llamado urgente que realizó a este cuerpo legislativo para que sea regulada con claridad y sin vacíos las uniones entre parejas del mismo sexo en lo concerniente a la constitución de familia, el matrimonio y la adopción.

Por ello considero éste el momento oportuno para solicitar el estudio de este proyecto de ley que busca la reivindicación de esta minoría sexual, que pretende ocupar en la sociedad colombiana un espacio de debate y construcción propias de los Estados más desarrollados en cuanto a garantías constitucionales y legales se refiere.

Pese a que en Colombia implícitamente se permite el cambio de sexo, la normativa no es específica, trayendo como consecuencia la falta de regulación de las relaciones que en materia de familia haya establecido la persona transexual en proceso de reasignación sexual, ya que la normativa al tener un carácter indeterminable permite una interpretación errónea que equivale al desconocimiento de derechos y obligaciones adquiridos con anterioridad, tal es el caso del vínculo matrimonial que se encuentre vigente en el momento de realización del proceso transexualizador que concluya en cambio de sexo y nombre en los documentos de identidad y en el registro civil de nacimiento.

Otro evento que ejemplifica esta posición, es el relacionado con los hijos habidos y reconocidos antes de la operación quirúrgica o cirugía de reasignación sexual (CRS), las obligaciones contenidas en la normativa civil quedan expuestas a la deslegitimación de la filiación, en tanto el hijo no puede en principio tener dos madres o dos padres en su respectivo registro civil de nacimiento.

Es necesario y urgente que la legislación colombiana se encuentre acorde a las transformaciones sociales del mundo contemporáneo, de esta manera se evita la intolerancia y el irrespeto de los que son víctimas las minorías sexuales, es suficiente ya con el drama personal que transita la comunidad LGBT para agregar la discriminación y el rechazo proveniente de la sociedad, y es deber del Estado proteger estos grupos de individuos que por razones distintas a su voluntad nacieron bajo el yugo de una circunstancia compleja y difícil que escapa a los estándares sociales de normalidad y moralidad.

## **II. CONTENIDO DEL PROYECTO:**

El Congreso de la República de Colombia en uso de sus facultades legales,

### **DECRETA:**

#### **TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo 1°. Para todos los efectos de esta ley, entiéndase como transexual al individuo de la especie humana, hombre o mujer, que padece de disforia de género o discordancia entre el sexo biológico -de nacimiento- con el sexo opuesto al que desea y siente pertenecer.

Dicho padecimiento se evidencia en conductas tales como la identificación permanente en su vida social y familiar como persona del otro sexo, usando un nombre diferente al que figura en sus documentos de identidad, vestimenta y actitudes contrarias a lo indicado para su sexo.

Artículo 2°. Para todos los efectos de esta ley entiéndase que la Cirugía de Reasignación Sexual (CRS) es la operación quirúrgica realizada por un médico profesional debidamente autorizado para tal fin, en la que se reasigna el sexo del individuo transexual, adecuándolo a su identidad de género.

## **TÍTULO I DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO**

Artículo 3°. Se reconoce a las personas transexuales su derecho a la identidad de género, basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Éste consiste en la posibilidad de identificarse como sujeto del sexo opuesto a su sexo biológico, tanto en las esferas legales y sociales del individuo.

Artículo 4°. Se prohíbe la discriminación social, legal, laboral, familiar y de cualquier otra índole en razón de la condición de transexual, es deber del Estado garantizar por medio de políticas públicas el respeto y la tolerancia a favor de estas minorías sexuales.

## **TÍTULO II DEL PROCESO DE REASIGNACIÓN DE SEXO**

Artículo 5°. Toda persona transexual mayor de edad podrá solicitar mediante proceso judicial la adecuación del nombre y del sexo en el respectivo registro civil de nacimiento y en los documentos de identidad a fin de reconocer su derecho a la identidad de género.

La demanda se tramitará ante el juez de familia del domicilio del individuo transexual, a través del proceso de jurisdicción voluntaria contenido en el artículo 649 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 6°. Son requisitos de la demanda:

- a) Certificar mediante dictámenes médicos y psicológicos disforia de género, la cual debe padecer el sujeto transexual por un lapso no inferior a dos (2) años.
- b) Certificar el estado civil de soltero. Si existe un vínculo matrimonial vigente se inadmitirá la demanda.
- c) Informar el número exacto de hijos reconocidos a fin de ordenar las anotaciones respectivas en los registros civiles de nacimiento.
- d) La CRS es opcional y facultativa del individuo transexual; sin embargo, deberá ser certificada por el cirujano que la haya realizado.

Artículo 7°. Con la sentencia en firme que decrete la reasignación del sexo, el juez acorde a cada caso en concreto deberá:

- a) Ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil o a la autoridad competente, la inscripción del cambio de nombre y de sexo. Para estos efectos, se elaborará un nuevo registro civil de nacimiento con las anotaciones de recíproca referencia correspondientes.
- b) Ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil o a la autoridad competente, la inscripción del cambio de nombre y de sexo en los registros civiles de nacimiento de los hijos que hayan sido reconocidos antes de la solicitud. Lo anterior, con el fin de proteger el derecho a la filiación que tienen los hijos con respecto a sus padres.
- c) Reconocer al sujeto transexual los derechos propios e inherentes a su nuevo sexo, sin realizar ningún tipo de distinciones.

### **TÍTULO III**

#### **DE LOS EFECTOS EN MATERIA DE FAMILIA**

Artículo 8°. El nuevo sexo del individuo no es causal para eximirse del cumplimiento de las obligaciones que en materia de familia haya adquirido con anterioridad a éste.

Empero, se le reconocen todos los derechos, beneficios legales y constitucionales de los que pueda gozar en razón de su nuevo sexo.

Artículo 9°. La filiación es indisoluble, por lo tanto, los registros civiles de nacimiento de la persona transexual se adecuarán a la nueva condición, permaneciendo inmóviles los derechos y obligaciones recíprocos adquiridos con anterioridad.

### **TÍTULO IV**

#### **DISPOSICIONES FINALES**

Artículo 10°. Adiciónese un numeral al artículo 649 del Código de Procedimiento Civil, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 649. ASUNTOS SUJETOS A SU TRÁMITE. Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

.... 13. La reasignación de sexo en personas transexuales, para adecuarlo a su identidad de género.

Artículo 11°. Adiciónese un inciso final al artículo 650 del Código de Procedimiento Civil, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 650. DEMANDA.

...En el trámite del numeral 13 del artículo anterior, además de los establecidos en esta disposición se tendrán como requisitos los indicados en el artículo 6 de la Ley N° \_\_\_ de 2012 “Por la cual se regula el procedimiento de reasignación de sexo en personas transexuales, se adicionan normas concordantes en Derecho de Familia y se dictan otras disposiciones”

Artículo 12°. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

## CONCLUSIONES

El Derecho no puede ser ajeno a temas que a simple vista parecen distantes de su órbita de acción, así el transexualismo adquiere importancia en la medida en que los seres humanos que sufren esta realidad necesitan de una regulación jurídica tendiente a identificar sus derechos y la manera de hacerlos efectivos.

Implementar pautas dentro del ordenamiento jurídico debe ser prioridad del Estado, por medio del órgano legislativo, sin embargo se requiere con igual urgencia el tratamiento jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional sin temores ni reservas, ya que a pesar del reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo, en tratándose de las demás minorías sexuales no propone soluciones de fondo, tanto así que de acuerdo a la revisión jurisprudencial realizada no se encontró ninguna sentencia que abordara el tema planteado en este trabajo de investigación de manera específica.

Por otra parte, la normativa colombiana es insuficiente en punto de establecer los requisitos tendientes al proceso de cambio de sexo, ya que a falta de especificidad en la norma, este asunto se tramita bajo el Proceso de Jurisdicción Voluntaria que no indica con la debida profundidad del caso –dada su relevancia- los requisitos necesarios para obtener el reconocimiento de un nuevo sexo distinto al consignado en el registro civil de nacimiento.

Es así como sólo se exige la certificación médica en la que conste la realización de la Cirugía de Reasignación de Sexo o CRS, cuyo resultado es permanente e irretroactivo; desconociendo de esta manera posibles circunstancias tales como: un vínculo matrimonial vigente o hijos reconocidos antes del sometimiento a tal procedimiento médico.

Lo anterior da como resultado la desprotección de los derechos y obligaciones adquiridos en materia de Derecho de Familia, permitiendo su vulneración y desconocimiento, dejando una gran labor a los jueces de la República, emitir sus fallos acorde a la interpretación de la norma general, permeando una situación que debe ser definida con la mayor claridad y objetividad posibles.

Tratar estos temas con ligereza jurídica supone una falta de madurez social y política, en la que se afectan instituciones como la familia y los derechos consagrados por el Constituyente de 1991, permitiendo que el fenómeno de la discriminación persista en una sociedad que debería ser tolerante y respetuosa de la dignidad y los derechos humanos.

## BILIOGRAFÍA

### Libros

Aler Gay, Isabel; Ibáñez Alonso, Jesús (Director). Del hermetismo en el discurso sobre el género: el transexualismo como síndrome cultural: del sexo generado al género transexuado. España: Universidad Complutense de Madrid, 2005. p 261

Angarita Gómez, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Tomo I. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá. 2005. pág. 109

Arribère, Roberto. Bioética y derecho: dilemas y paradigmas en el siglo XXI. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, 2008. p 86

Becerra Fernández, Antonio. Transexualidad. La búsqueda de una identidad. España. Ediciones Díaz de Santos. 2003. Madrid. Pág. 144

Botella Llusíá, José y Becerra Fernández, Antonio. La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales. España: Ediciones Díaz de Santos, 2007. p 162

Gutiérrez Sarmiento, Carlos Enrique. Manual de Procesos de Familia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. pág. 172

Medina Pabón, Juan Enrique. Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2005. págs. 530, 531

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico. Séptima edición. Editorial Temis. Bogotá. 2009. pág. 415

Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo I. Decimoquinta edición. Editorial Temis. Bogotá. 2002. pág. 333

Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo V. Séptima edición. Editorial Temis. Bogotá. 1995. pág. 125

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional:

Sentencia T-594 de 1993. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia T-504 de 1994. MP: Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-109 de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-098 de 1996. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia SU- 476 de 1997. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia SU-337 de 1999. MP: Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-268 de 2000. M.P: Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-075 de 2007. M.P: Rodrigo Escobar Gil

Sentencia T-1033 de 2008. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-283 de 2011. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia C-577 de 2011. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Suprema de Justicia:

Sala de Casación Civil. M.P: Humberto Murcia Ballén. Sentencia de 28 de marzo de 1984. G.J 2415

Sala de Casación Civil y Agraria. M.P: Pedro Lafont Pianetta. Sentencia de febrero 3 de 1998

### **Recursos electrónicos**

[www.alcaldiabogota.gov.co](http://www.alcaldiabogota.gov.co)

[www.archivo.presidencia.gub.uy](http://www.archivo.presidencia.gub.uy)

[www.bib.minjusticia.gov.co](http://www.bib.minjusticia.gov.co)

[www.biblioteca.jus.gov.ar](http://www.biblioteca.jus.gov.ar)

[www.boe.es](http://www.boe.es)

[www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)

[www.congreso.es](http://www.congreso.es)

[www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

[www.elderechodigital.com](http://www.elderechodigital.com)

[www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de)

[www.infoabu.com](http://www.infoabu.com)

[www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)

[www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)

[www.paho.org](http://www.paho.org)

[www0.parlamento.gub.uy](http://www0.parlamento.gub.uy)

[www.personal.telefonica.terra.es](http://www.personal.telefonica.terra.es)

[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

[www.rae.es](http://www.rae.es)

[www.rsw.beck.de](http://www.rsw.beck.de)

[www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar)

[www.secretariassenado.gov.co](http://www.secretariassenado.gov.co)

[www.trans\\_esp.ilga.org](http://www.trans_esp.ilga.org)

[www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

[www.who.int](http://www.who.int)