**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**EFECTOS JURÍDICOS EN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO QUE NO SE PREVIERON EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA EL CAMBIO DE SEXO EN EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD Y EN LA PARTIDA DE NACIMIENTO DE PERSONAS TRANSEXUALES**

**TESIS**

**Para Optar el Título Profesional de**

**ABOGADO**

**Presentado por el Bachiller:**

**ANNDY ROQUE JULCA**

**Asesor:**

**Abg. JUAN CARLOS MIRANDA RODRIGUEZ**

**CAJAMARCA – PERÚ**

**2018**

###### DEDICATORIA

Al dueño de todo conocimiento, fuente de sabiduría e inteligencia, Dios.

ÍNDICE

[DEDICATORIA ii](#_Toc528531686)

[AGRADECIMIENTO vii](#_Toc528531687)

[LISTA DE ABREVIACIONES viii](#_Toc528531688)

[RESUMEN ix](#_Toc528531689)

[Palabras Clave x](#_Toc528531690)

[ABSTRACT xi](#_Toc528531691)

[INTRODUCCIÓN 13](#_Toc528531692)

[CAPÍTULO I](#_Toc528531693)

[MARCO METODOLÓGICO](#_Toc528531694)

[1.1. Problemática 17](#_Toc528531695)

[1.2. Planteamiento del Problema 28](#_Toc528531696)

[1.3. Formulación del Problema 29](#_Toc528531697)

[1.4. Justificación 29](#_Toc528531698)

[1.5. Delimitación de la investigación 30](#_Toc528531699)

[1.5.1. Espacial 30](#_Toc528531700)

[1.5.2. Temporal 30](#_Toc528531701)

[1.5.3. Conceptual 31](#_Toc528531702)

[1.6. Tipo de Investigación 31](#_Toc528531703)

[1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue 31](#_Toc528531704)

[1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación 31](#_Toc528531705)

[1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan 31](#_Toc528531706)

[1.7. Hipótesis 32](#_Toc528531707)

[1.8. Objetivos 32](#_Toc528531708)

[1.9. Estado de la Cuestión 33](#_Toc528531709)

[1.10. Métodos de Investigación 33](#_Toc528531710)

[1.10.1. Genéricos 33](#_Toc528531711)

[1.10.2. Propios del Derecho 34](#_Toc528531712)

[1.11. Técnicas e Instrumentos de Investigación 34](#_Toc528531713)

[1.12. Matriz de Consistencia Lógica 35](#_Toc528531714)

[CAPÍTULO II](#_Toc528531715)

[MARCO TEÓRICO](#_Toc528531716)

[2.1. La doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional 37](#_Toc528531718)

[2.1.1. El Control de Constitucionalidad 37](#_Toc528531719)

[2.1.2. El control de convencionalidad 38](#_Toc528531720)

[2.1.3. Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional 40](#_Toc528531721)

[2.2. El Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales 44](#_Toc528531722)

[2.2.1. La justificación de los derechos y el cambio de paradigma de reglas a principios 45](#_Toc528531723)

[2.2.2. La colisión de principios 48](#_Toc528531724)

[2.2.3. La estructura de los principios en la ponderación 49](#_Toc528531725)

[2.2.4. Relación de precedencia condicionada 50](#_Toc528531726)

[2.2.5. El enunciado de preferencia en la aplicación de la ponderación 51](#_Toc528531727)

[2.2.6. Fundamentación condicionada a las normas de derecho fundamental 52](#_Toc528531728)

[2.2.7. Norma y disposición de derecho fundamental 53](#_Toc528531729)

[2.2.8. La regla que determina la ponderación de principios como mecanismo para su aplicación 57](#_Toc528531730)

[2.2.9. Los principios constitucionales y el Estado Constitucional de Derecho 58](#_Toc528531731)

[2.3. La Promoción del Matrimonio 61](#_Toc528531732)

[2.3.1. La dignidad de la persona humana 61](#_Toc528531733)

[2.3.2. El modelo constitucional del matrimonio 66](#_Toc528531734)

[2.3.3. La promoción del matrimonio 69](#_Toc528531735)

[2.3.4. El Modelo Constitucional de la Familia 71](#_Toc528531736)

[2.4. El matrimonio 73](#_Toc528531737)

[2.4.1. Concepciones del Matrimonio 73](#_Toc528531738)

[2.4.2. El Matrimonio como Contrato e Institución 75](#_Toc528531739)

[2.4.3. Caracteres del Matrimonio 76](#_Toc528531740)

[A. Es de orden público: 76](#_Toc528531741)

[B. Es una unión exclusiva: 76](#_Toc528531742)

[C. Es una unión permanente: 77](#_Toc528531743)

[D. Representa una comunidad de vida: 77](#_Toc528531744)

[2.4.4. Elementos del Matrimonio 77](#_Toc528531745)

[A. Calidad de Varón y Mujer 78](#_Toc528531746)

[B. Solemnidad, ritualidad y publicidad 79](#_Toc528531747)

[C. Comunidad de vida 79](#_Toc528531748)

[2.4.5. Condiciones necesarias para contraer Matrimonio 79](#_Toc528531749)

[A. Trámite para el matrimonio 80](#_Toc528531750)

[2.5. El transexualismo 82](#_Toc528531751)

[2.5.1. Antecedentes 82](#_Toc528531752)

[2.5.2. Concepciones 86](#_Toc528531753)

[2.5.3. Características 87](#_Toc528531754)

[CAPÍTULO III](#_Toc528531755)

[DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS](#_Toc528531756)

[3.1. La inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio 92](#_Toc528531760)

[3.2. La permisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo 100](#_Toc528531761)

[3.3. La contraposición a uno de los fines del Estado y de la Sociedad: La Promoción del Matrimonio como Instituto Natural y Fundamental 105](#_Toc528531762)

[CONCLUSIONES 115](#_Toc528531763)

[RECOMENDACIONES 116](#_Toc528531764)

[LISTA DE REFERENCIAS 117](#_Toc528531765)

[ANEXOS 121](#_Toc528531766)

######

###### AGRADECIMIENTO

A Dios, por su favor, a mi familia por su apoyo, y a mi asesor por encaminar este trabajo.

###### LISTA DE ABREVIACIONES

Art.: Artículo

C: Constitución Política del Perú

C.C.: Código Civil

CPConst.: Código Procesal Constitucional

Inc.: Inciso

###### RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se describen y explican los efectos jurídicos que causó una sentencia del Tribunal Constitucional, específicamente la STC N° 06040 – 2015 – PA., la cual, autorizó el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de personas transexuales, en la regulación del matrimonio.

Para ello, se analiza en el ordenamiento jurídico la regulación del matrimonio y los requisitos formales para la celebración del matrimonio, para determinar supuestos que afecten la seguridad jurídica; asimismo, se determina la permisibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y, la contraposición a uno de los fines del Estado y de la sociedad: la promoción de matrimonio.

Se tienen en cuenta, normas de nivel internacional, como, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de nivel interno nacional, como la Constitución Política y el Código Civil, de las que se realiza un análisis dogmático e interpretativo, de la institución del matrimonio.

Se desarrolla la facultad con la que cuenta el Tribunal Constitucional, para, interpretar la Constitución y darle a su razonamiento, valor vinculante a los poderes públicos y privados; así, como la aplicación del control de convencionalidad para emitir sentencias. Asimismo, la implicancia del modelo de Estado Constitucional de Derecho, y el paradigma de la aplicación de principios que moldeen reglas, en la resolución de conflictos de principios, derechos fundamentales o derechos.

Palabras Clave**:** Cambio de sexo, matrimonio, seguridad jurídica, fin del Estado, regulación del matrimonio, promoción del matrimonio.

###### ABSTRACT

*The present research work describes and explains the legal effects
that cause a Constitutional Court Judgment, specifically the STC N°
06040 - 2015 - PA., Which authorized the change of sex in the National
Identity Document and in the birth certificate of transgender people,
in the regulation of marriage.*

*To do this, the regulation of marriage and the formal requirements for
the celebration of marriage are analyzed in the legal system to
determine cases that affect legal security; Likewise, the
permissibility of marriage between persons of the same sex and the
opposition in order to fulfill the purposes of the State and society
will be determined: the promotion of marriage.*

*International standards, such as the Universal Declaration of Human
Rights, the Covenant on Civil and Political Rights, the American
Convention on Human Rights and the national internal level, such as
the Constitution and the Constitution, are taken into account. Civil
Code The organization of marriage.*

*The power of the Constitutional Court has been developed to interpret
the Constitution and give its reasoning a binding value to public and
private powers, as well as the application of conventionality control
to issue judgments. Likewise, the implication of the model of
Constitutional State of Law, and the paradigm of the application of
the principles of the rules of molding, in the resolution of the
conflicts of principles of fundamental rights.*

**Keywords:** *Change of sex, marriage, legal security, end of state, regulation of marriage, and promotion of marriage.*

# INTRODUCCIÓN

La investigación en el derecho, es el instrumento que le permite al investigador jurídico, seguir con su aprendizaje (un camino interminable), describir situaciones o fenómenos irregulares, y proponer soluciones o nuevas instituciones, figuras o normas jurídicas que, permitan acrecentar la teoría y el conocimiento jurídico – científico.

La familia, como institución regulada normativamente por el Estado, y como elemento social, para la conformación de nuestro Estado, ha sido descuidada en las últimas décadas, lo cual, se ve evidenciado en el tipo de sociedad en la que vivimos. Pero además, se puede verificar que el descuido no solo ha sido político – social, sino también jurídico, estableciendo normas que, están muy lejos de regular lo que realmente sucede en la sociedad y lo que supone un modelo de Estado como el que tiene el Perú.

Por ello, la importancia de esta investigación; porque, ella contiene el estudio de la afectación a una institución que constituye, o debiera de constituir la base la base de la familia.

El tratado de esta investigación está orientado a describir y explicar los efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que, autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de personas transexuales.

Se analiza primero, el modelo de Estado que tiene el Perú, y sus implicancias en el modo de percibir y entender las normas que regulan una de las Instituciones que nuestra Constitución reconoce como natural y fundamental, es decir, el matrimonio, así como su definición, naturaleza, función, modelo y requisitos para su celebración. Asimismo, se concilia este modelo de Estado con una corriente de la Filosofía del Derecho, que permita entender de forma más clara los paradigmas que orientan al derecho.

También se analiza el alcance que tiene la sentencia del Tribunal Constitucional, en cuanto a la seguridad jurídica en la celebración del matrimonio, la permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo o de parejas homosexuales, y, la contraposición a uno de los fines del Estado y de la sociedad como es la promoción del matrimonio.

Se analiza algunas atribuciones del Tribunal Constitucional que nos ayuden a comprender la magnitud de la importancia de dicha sentencia, sus efectos en el ordenamiento jurídico, y por ende, la relevancia de este trabajo de investigación.

En cuanto a la seguridad jurídica, se la analiza como un principio del Estado por velar por el equilibrio normativo en el ordenamiento jurídico, y la necesidad de velar por ésta, con el propósito de no generar incompatibilidades entre normas, derechos o principios.

También, se tiene en cuenta la construcción de dogmas jurídicos en la regulación del matrimonio, desde la regulación especial del Código Civil, hasta las normas de nivel internacional, con la finalidad de establecer si es que el Tribunal Constitucional ha dejado puerta abierta o ha creado un portal, para la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Asimismo, mediante el análisis de principios y derechos fundamentales, en un Estado constitucional de derecho, se analiza la labor del Tribunal Constitucional respecto de la ponderación de principios, el triunfo de algunos de ellos, y las consecuencias jurídicas de esta colisión principios y derechos, esto permite, establecer la contraposición o no, a uno de los principios fin supremo del Estado y de la sociedad: la promoción del matrimonio.

La cautela, es importante al momento de analizar instituciones de esta naturaleza, ya que, conforman la parte esencial de la construcción de nuestro Estado, el cual, en vez de suponer inestabilidad jurídica, debe representar un sistema completo, ordenado y blindado de seguridad jurídica, inspirado en la moral y legitimidad social.

**CAPÍTULO I**

**MARCO METODOLÓGICO**

# CAPÍTULO I

# MARCO METODOLÓGICO

## Problemática

En el Perú, coexiste una gran diversidad de normas jurídicas dispuestas en un orden sistemático de jerarquía, la cual, dota de seguridad jurídica todo campo del Derecho. Sin duda, el sistema jurídico que rige en nuestro país, gravita sobre los principios y valores nacidos de la Constitución, así establece (García Toma, 2015) que, un sistema jurídico se instituye bajo la protección o aval de la Constitución; el cual, supone, un conjunto de ordenamientos normativos aplicables a un espacio – temporal determinado, y cuya creación, regulación, modificación o abrogación se realiza conforme a las reglas de producción jurídica, prelación jerárquica, reparto competencial y respecto de lo pactado estadualmente. (p.24).

Ciertamente hoy en día, rige un modelo de Estado moderno, en el cual, todos los poderes públicos y los que los ostentan, el orden normativo, y los ciudadanos, tienen el deber de sujeción, respeto y defensa de la Constitución; esto supone entonces, un Estado Constitucional de Derecho; establece (Ferrajoli, 2010) que:

El rol del Estado está centrado en la garantía y real disfrute de los derechos humanos de los ciudadanos, incluyendo derechos de libertad (derechos civiles) como los derechos a la subsistencia y a la supervivencia (derechos sociales), acompañado por un desarrollo económico y social del Estado, cuyas pautas establece directamente la Constitución, como norma de normas o marco normativo que irradia todo el ordenamiento jurídico, lo que se ha denominado Estado Constitucional de Derecho. (p. 147).

Entonces, queda zanjada la forma de regulación jurídica que propugna nuestro país, la cual, prospera dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho, concluyendo así, que, tanto el ordenamiento jurídico, como los poderes públicos y privados, deben encontrarse en una inquebrantable sujeción y vinculación con la Constitución y lo que ésta dispone.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico que tiene como base a la Constitución, no se encuentra en un estado estático regulando situaciones jurídicas siempre previstas en las normas jurídicas, sino por el contrario, va más allá de la simple aplicación o subsunción del caso concreto a la regla prescrita, surgiendo la necesidad de tener que interpretar las normas, teniendo en cuenta criterios basados en principios y valores que direccionen el sentido de las reglas y normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional. (Landa Arroyo, 2013).

La concepción de un ordenamiento jurídico constitucional dinámico, solo puede ser entendida desde un nuevo paradigma constitucional, basado en principios y valores que busquen la unidad del orden jurídico, con la finalidad de proteger mejor a los derechos fundamentales y preservar el imperio de la Constitución. (Landa Arroyo, 2013). Obviamente, no se tiene la intención de profundizar en el ámbito filosófico del derecho, estableciendo parámetros entre corrientes ius filosóficos como el positivismo o post-positivismo jurídico, entre otros, sino más bien, dejar sentado, la forma en la que opera el ordenamiento jurídico en nuestro país y su vinculación con la Constitución, por ello, es que se ha de mencionar el Estado Constitucional de Derecho que es el modelo de Estado que ha dado origen a la supremacía de la Constitución sobre toda norma jurídica y poder público o privado.

El ordenamiento jurídico constitucional que necesita de la interpretación para la regulación de situaciones jurídicas, se considera dinámico, debido a que la creación del derecho no es algo que ya esté dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto, que es el Tribunal Constitucional, un objeto, que es la Constitución y, un método, que son los tipos de interpretación y los tipos de sentencias. (Landa Arroyo, 2013, pág. 15)

Esto implica, señala (Landa Arroyo, 2013), un nuevo rol en la creación judicial del derecho y es una consecuencia natural del desarrollo del Estado Constitucional y, en particular, de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales de los países de tradición jurídica romano-germánico. (p. 16).

La labor de la administración de justicia que desempeñan los órganos competentes, siempre se verá afectada o vinculada a la observancia obligatoria de la Constitución, ya que para la solución de los conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas, además de la aplicación de las normas que regulen determinadas instituciones o derechos, es necesaria su compatibilidad y coherencia con la Constitución, ya que de ésta emana todo el ordenamiento jurídico. Por ello, resulta de suma importancia que todas las normas que componen el ordenamiento jurídico sean compatibles con la Constitución, de modo que su aplicación no afecte negativamente los derechos de los justiciables.

En nuestro país existe un órgano constitucionalmente facultado para interpretar el texto constitucional a fin de dirimir las controversias o incompatibilidades entre las normas que componen el ordenamiento jurídico y la Constitución y, de resolver diversas formas de vulneración de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución; además, tiene la virtud de que sus decisiones sean vinculantes frente a todos. (Congreso de la República, 2004, Art. VI TP). Inminentemente se habla del Tribunal Constitucional, el órgano encargado del control de la Constitución. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Art. 201).

Nuestro país ha tenido una zanjada tradición legalista, el Derecho jurisprudencial aparece hace algunas décadas, y lo hace desde entonces, como un fenómeno que se ha convertido con el tiempo en la revolución del derecho peruano. Y es que la estructura jurídica peruana, está diseñada para que sea el legislador el creador de la norma. La jurisprudencia como creadora de Derecho se ha impuesto en la práctica pero lejos de la voluntad previa del legislador. Sin embargo, lo verdaderamente revolucionario del precedente constitucional radica en su ubicación y trascendencia en la jerarquía normativa por su vinculatoriedad y radio de alcance. En efecto, nunca antes una decisión había tenido un carácter vinculante para todos los ciudadanos y todos los poderes del Estado. Tiene rango y fuerza de ley. Ha alterado el tradicional diagrama de la pirámide kelseniana al colocarse inmediatamente después de la Constitución, con un detalle no menor: en caso de antinomia entre una norma legal y el precedente constitucional, prevalece este último. (Águila Grados, 2016)

En cuanto a las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional, entendidas como productos interpretativos de la jurisprudencia de dicho tribunal, a la luz de los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se pueden distinguir al menos tres, el primero está referido al fallo y a los fundamentos en una sentencia de inconstitucionalidad (segundo párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional), puesto que, al tratarse de un examen general y abstracto de la constitucionalidad de un dispositivo legal, tanto el fallo como las razones suficientes de la sentencia tienen efectos también generales (erga omnes), y vinculan por ello a los poderes públicos y a los particulares. El segundo está referido a los precedentes vinculantes (artículo VII del Código Procesal Constitucional) que puede declarar el Supremo Intérprete de la Constitución en una sentencia constitucional, los cuales si bien se formulan respecto de las concretas circunstancias de un caso particular, una vez declarados precedentes vinculantes su referencia y obligatoriedad es general. Y el tercero está referido a las razones suficientes del Tribunal para emitir una sentencia, que no son declaradas como precedente vinculante, pero que, sin embargo, son parte de la doctrina jurisprudencial establecida por el mismo Tribunal; esto se ve confirmado ahora con la obligación de los jueces del Poder Judicial (de los operadores jurídicos en general) de sujetarse a las interpretaciones del Supremo Intérprete de la Constitución, dispuesta en el tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional. (Castillo Córdova, 2009)

Es preciso que se ponga más atención a la tercera forma de decisión vinculante del Tribunal Constitucional.

En el mes de octubre del año 2016 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia perteneciente al expediente número 06040 – 2015, en ésta, se plasmaron diversas cuestiones de vasta importancia para el ordenamiento jurídico; pero, para, poder entender de forma ordenada, se explicará en dos partes a la sentencia, la primera será la parte introductoria, donde se expondrá la materia del caso, el petitorio, los derechos objeto de vulneración o reconocimiento; la segunda estará referida a señalar el resultado de la interpretación del Tribunal.

Se trata de un Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (quien se identifica como Ana Romero Saldarriaga) contra la resolución expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, que revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró fundada la pretensión sobre el cambio de nombre y, reformándola, lo declaró improcedente; en cuanto al otro extremo de la demanda, relacionado con el cambio de sexo, revocó la sentencia apelada que había declarado fundada la pretensión y, reformándola, lo declaró infundada. También cree que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud. (STC 06040-2015 PA, 2016).

El Tribunal Constitucional ha establecido dentro de la mencionada sentencia variaciones de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 0139-2013-PA, y ha concluido que: en cuanto a la transexualidad, ha considerado que ya no sería una patología o enfermedad de tipo sexual, sino más bien sería el resultado del pleno desarrollo de la personalidad humana, por lo tanto, al ser el derecho a la identidad de género parte del pleno desarrollo de la persona, éste no debe ser limitado ni vulnerado (STC 06040-2015 PA, 2016, fundamento 7); en cuanto a la vía procesal para poder dar trámite el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento, ésta no existía, ni si quiera existía como pretensión, por lo que se afecta de esta manera el derecho de tutela judicial de todo aquel que desee ejercer este derecho, por tanto, establece al proceso sumarísimo como vía procesal para poder acceder a la tutela judicial. (STC 06040-2015 PA, 2016, fundamento 17). Por estos criterios el Tribunal más bien falló declarando fundada en parte la demanda por haberse vulnerado el derecho al acceso a la justicia, y al dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 0139-2013-PA, también, dejó habilitada la facultad del cambio de sexo en el DNI y en la Partida de Nacimiento. (STC 06040-2015 PA, 2016).

Los criterios tomados por el Tribunal Constitucional y el resultado de su interpretación tienen claramente un asidero justificado, pero que tal si en el afán de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, se termina por afectar otros derechos o, por menoscabar la naturaleza de algunas instituciones jurídicas fundamentales para la sociedad y el Estado.

Es importante señalar que la presencia del Tribunal Constitucional dentro de un determinado Estado es fundamental, en la medida que no sólo representa un órgano constitucional, jurisdiccional, sino también político, en tanto que sus decisiones pueden producir efectos políticos. (Landa Arroyo, 2006).

Por ello, es necesario que las políticas de gobierno estén en armonía a las normas que componen el ordenamiento jurídico, en especial, con la Constitución, pero además, con los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte obligada.

Es cierto, entonces, a la luz de la sentencia del Tribunal Cosntitucional que, el cambio de sexo se ve justificado por el derecho la identidad de género que debe ser tutelado por el Estado, ya que es parte del pleno desarrollo de la persona. Pero, ¿significa esto un problema para poder entender de igual forma a la familia y al matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad y del Estado? Y, es necesario relacionar al matrimonio y a la familia, con la libre variación del género en los documentos de identidad, porque en efecto, estas instituciones se encuentran conformadas por personas y es allí donde éstas encuentran su pleno desarrollo; entonces, la respuesta sería sí.

En el plano normativo internacional veamos cómo se regulan estas instituciones de vital importancia. La Declaración Universal de los Derechos Humanos regula el matrimonio en su artículo 16, inciso 1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia […].”, asimismo, regula a la familia en el mismo artículo inciso 3, estableciendo que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene la protección de la sociedad y del Estado”. (III Asamblea General de la ONU, 1948).

El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos regula a la familia en su artículo 23, inciso 1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”; asimismo, regula al matrimonio en el mismo artículo en el inciso 2: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. (Asamblea General de la ONU, 1966).

El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales regula a la familia y al matrimonio en el artículo 10, inciso 1: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”. (Asamblea General de ONU, 1966).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos regula a la familia en el artículo 17, inciso 1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, asimismo, regula al matrimonio en el mismo artículo, inciso 2: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, […]” (Asamblea General de ONU, 1966)

La cuarta disposición final y transitoria de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Consitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias retificados por el Perú. (Congreso Constituyente Democrático, 1993)

En efecto, lo que la Constitución regule sobre la familia y el matrimonio, debe estar en armonía con los tratados internacionales. Así, nuestra Carta Fundamental establece en el artículo 4, que: “La comunidad y el Estado […] protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Se evidencia que, el marco normativo interno se encuentra en armonía con el internacional, de modo que de forma peculiar se establece que el matrimonio y la familia son institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Es cierto que, constitucionalmente no se regula explícitamente cuál es el modelo natural de familia, sin embargo, la lectura de los artículos 4 y 5 de la Constitución, nos dan a entender de forma sistemática el modelo constitucional de familia, el cual, se funda en la relación filial, padres e hijos, y no sólo en la mera convivencia entre personas, además, nos brinda una idea de la relación heterosexual ineludible en su conformación. (Plácido Vilcachagua, 2005)

En cuanto al matrimonio sucede algo análogo, ya que, tanto los términos plasmados en la Constitución, como su regulación por las normas civiles legales, suponen al matrimonio, la unión concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para esta. Es preciso señalar que la Constitución no establece la diferencia de sexo como requisito absoluto para el matrimonio, y se prefiere no debatir si resulta ser bueno o malo dicha disposición, sin embargo, es pertinente señalar que nuestras normas así lo establecen, así el Código Civil estipula que: “El Matrimonio es la unión coluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a la disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida común”. (Poder Ejecutivo, 1984, Artículo 234).

De igual modo, el artículo 233 del Código Civil establece: “La regulación jurídica de la familia tienen por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. (Poder Ejecutivo, 1984).

La máxima constitucional de protección a la familia y de promoción al matrimonio, vincula de forma obligatoria a todos los poderes del Estado, a la sociedad y sus miembros, de tal forma que, en todo cuanto nos desempeñemos, en cualquier labor, se debe acatar este mandato, ya sea en la función legislativa, ejecutiva o judicial, o dentro de la familia, en los centros de trabajo, centros educativos, se debe fomentar la protección de la familia y la promoción del matrimonio.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en los documentos de identidad de personas transexuales, obviamente busca la protección del derecho a la identidad para el pleno desarrollo de la persona, pero, con ello, ¿protege a la familia e impulsa el matrimonio?

Esta norma jurispudencial dejaría abierta la posibilidad de que una persona contraiga matrimonio con otra que, primigeniamente, sin el cambio, no se hubiera podido celebrar, ya que la primera tendría el mismo sexo; situación que nuestras normas no preveen conforme a derecho. ¿Acaso podríamos decir que el Tribunal Constitucional ha concentido el matrimonio civil entre personas del mismo sexo?, si esto sería bueno o malo, no está en tela de juicio, sino, solo determinar si existe la permisión.

Las personas en pleno ejercicio del derecho a la libertad pueden elegir a la persona con la que contraerán nupcias, sin embargo, cómo estar plenamente seguros del sexo de ésta; las evidencias objetivas ya no bastarían, se tendría que recurrir a las subjetivas. Es esta la situación que dicha concesión ha acarreado.

Si se permitiese la celebración de un matrimonio de esta índole, la familia y el matrimonio dejarían de ser las instituciones, tal cuales, son reguladas por nuestras Constitución y demás normas, ya que, ni su forma ni esencia enmarcarían en la regulación que dichas normas le han conferido.

## Planteamiento del Problema

El actual modelo de Estado exige el pleno respeto, sujeción, obediencia y observancia de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, esta situación, ha conllevado al surgimiento de un ente supremo dotado de facultades singulares, para la interpretación de la Constitución; el Tribunal Constitucional, el que tiene como virtud, la facultad de poder crear derecho a través de sus decisiones o fallos, y además proveerlos de vinculatoriedad frente a los poderes públicos y privados. En ese escenario, se emitió la STC 06040-2015 PA, en donde el Tribunal autorizó el cambio de sexo en el DNI y en la Partida de Nacimiento de las personas transexuales, lo cual, ha tenido repercusión en el campo del Derecho Civil, específicamente en la familia y el matrimonio, dejando al descubierto la seguridad jurídica en cuanto a la celebración del matrimonio, abierta la posibilidad del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, provocando la desnaturalización de la familia y el matrimonio como instituciones.

## Formulación del Problema

¿Cuáles son los efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales?

## Justificación

El trabajo de investigación que se realizó es de vital importancia ya que versa sobre los efectos que causa la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en los documentos de identidad de las personas transexuales, sobre dos instituciones fundamentales para la sociedad y el Estado, como son la familia y el matrimonio.

La familia como elemento de la sociedad es intangible, es decir que, ni el Estado ni algún grupo de poder social, político o económico la podrán afectar alienando su naturaleza, forma de constitución o reglas de funcionamiento de esta institución. Por ello, frente cualquier fenómeno jurídico – social, se debe actuar identificando los posibles problemas que estos efectos puedan causar no solo normativamente sino en la propia realidad social.

Los trabajos de investigación orientados a mantener intangibles los elementos que constituyen la razón de ser del Estado y de la sociedad son inminentemente justificados por su valor inapreciable y por la gran importancia que éstos representan para aquéllos.

El matrimonio, indubitablemente representa todavía, la base de la familia que nuestra Constitución consagra como tal, por lo tanto la importancia y valor de la primera es directamente proporcional a la de la segunda, por lo tanto, requiere igual o quizá mayor protección y cuidado que la familia.

## Delimitación de la investigación

### Espacial

El problema de investigación se sitúa en el ordenamiento jurídico peruano, es decir, dentro del territorio peruano, ya que nuestras normas son vigentes, eficaces y obligatorias dentro del territorio peruano.

### Temporal

El problema de investigación se ubica en el punto temporal, desde que, el Tribunal Constitucional resolvió la Sentencia de fecha veintiuno de octubre de 2016, del expediente N° 06040 – 2015 – PA/TC, en la que autoriza el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento de personas transexuales, la cual, surte efectos hasta la actualidad.

### Conceptual

Los efectos jurídicos que no previeron en la STC 06040 – 2015 que, autoriza el cambio se sexo el DNI y Partida de Nacimiento de personas transexuales, no solo se enmarcan o se limitan al derecho civil y al constitucional, sino que, pueden también identificarse en el ámbito penal, laboral, empresarial, etc., sin embargo, en esta investigación nos limitaremos a describir los efectos jurídicos que no se previeron en el Derecho Civil, estrictamente en el Derecho de Familia, en cuanto la regulación del matrimonio en el Código Civil; asimismo, en el marco constitucional, específicamente, en uno de los fines del Estado regulados por la Constitución, como es la promoción del matrimonio.

## Tipo de Investigación

### De acuerdo al fin que se persigue

Esta es una investigación básica.

### De acuerdo al diseño de investigación

Esta es una investigación descriptiva – explicativa.

### De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

Esta es una investigación cualitativa.

## Hipótesis

Los efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales son:

1. La inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio.
2. La permisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo.
3. La contraposición a uno de los fines de la sociedad y el Estado de promover el matrimonio, como instituto natural y fundamental.

## Objetivos

**General**

Determinar cuáles son los efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales.

**Específicos**

1. Analizar en el ordenamiento jurídico la diferencia de sexo como requisito para la celebración del matrimonio.
2. Analizar en el ordenamiento jurídico la regulación del matrimonio.
3. Analizar la naturaleza jurídica del matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad y el Estado.

## Estado de la Cuestión

En la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Tecnológica del Perú en la ciudad de Arequipa, se realizó un trabajo de investigación para optar el título de abogado tres bachilleres en derecho, el cual se relaciona con algunos aspectos con el presente trabajo de investigación.

El trabajo consistió en describir cuales fueron los fundamentos constitucionales para el cambio de sexo registral, a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, específicamente de la STC 06040 – 2015, el cual autorizó el cambio de sexo en los documentos de identidad de personas transexuales. (Calderón Arismendi, Flores Arque, & Rodríguez Chávez, 2017)

El trabajo no tuvo mayor relevancia en cuanto a su aporte al conocimiento jurídico, ya que no se ha contribuido con una solución de un problema o mínimamente con la identificación de un problema y su descripción; limitándose a describir las razones suficientes que tuvo en cuenta el Tribunal Constitucional para autorizar el cambio de sexo en los documentos de identidad de las personas transexuales.

## Métodos de Investigación

### Genéricos

El método que se utilizó en esta investigación es el deductivo.

### Propios del Derecho

Se utilizaron en la investigación el método dogmático, hermenéutico y exegético.

## Técnicas e Instrumentos de Investigación

La técnica de investigación que se utilizó en esta investigación es la de observación documental, ya que se tuvo que analizar diversos textos normativos y doctrinarios a fin de describir la solución del problema planteado.

Se utilizó como instrumento para la observación documental una hoja guía, que dio un orden sistemático a la investigación a realizarse, la cual se dividió en secciones una parte con nombres de textos normativos y otra con títulos de obras y autores del derecho.

## Matriz de Consistencia Lógica

**Título:** Efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **PROBLEMA** | **OBJETIVOS** | **HIPÓTESIS** | **MÉTODOS** | **TÉCNICAS** |
| ¿Cuáles son los efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales? | **General:**Determinar cuáles son los efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales.**Específicos:*** Analizar en el ordenamiento jurídico la diferencia de sexo como requisito para la celebración del matrimonio.
* Analizar en el ordenamiento jurídico la regulación del matrimonio.
* Analizar la naturaleza jurídica del matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad y el Estado.
 | Los efectos jurídicos en la regulación del matrimonio que no se previeron en la sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales son:* La inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio.
* La permisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo.
* La contraposición a uno de los fines de la sociedad y el Estado de promover el matrimonio, como instituto natural y fundamental de la sociedad.
 | * Método deductivo
* Método hermenéutico
* Método Dogmático
* Método Exegético
 | La Observación Documental. |

**CAPÍTULO II**

**MARCO TEÓRICO**

# CAPÍTULO II

# MARCO TEÓRICO

1.

## La doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional

### El Control de Constitucionalidad

Existe a nivel mundial, dos grandes sistemas de control constitucional, entre ellos: el europeo o de Justicia Constitucional Concentrada, generalizado a partir de la constitución austríaca de 1920 y de la obra de Hans Kelsen, en el que un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para ello tiene la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, estableciendo al respecto, declaraciones generales erga omnes de plenos efectos derogatorios. El segundo sistema es el americano o de control difuso, el cual permite que sea el mismo órgano jurisdiccional ordinario (magistrados del Poder Judicial) el que desarrolle la función de control de la constitucionalidad inaplicando normas que contravienen la Constitución para el caso en concreto, manteniendo a la norma en cuestión en el ordenamiento jurídico. (Quiroga León, 1990)

Podemos observar que el primer sistema nos ofrece un control más efectivo a efectos que la norma cuestionada puede ser retirada del ordenamiento jurídico previa pronunciación del órgano colegiado respectivo, teniendo efectos generales. En cambio, el segundo sistema nos ofrece una forma de control distinta ya que cabe la posibilidad de inaplicarse una norma de inferior nivel alegándose su inconstitucionalidad para el caso en concreto, es decir, en la causa vista por el juez y sólo para ella, siendo los efectos vinculantes sólo para las partes. (Rioja Bermudez, 2013)

Es así que el ordenamiento jurídico peruano en materia de control constitucional nos ofrece un sistema dual o mixto debido a que ambas formas han sido recogidas. En materia de control concentrado tenemos al Tribunal Constitucional que es un órgano colegiado reconocido constitucionalmente, encargado de analizar la constitucionalidad de las diversas normas legales. Por otro lado, tenemos también al control difuso el cual es ejercido tanto por los órganos judiciales. (Rioja Bermudez, 2013)

### El control de convencionalidad

Desde el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010) ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos o las siguientes características:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. (p. 6)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual, les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. (p. 8).

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p. 8).

Uno de los aspectos controvertidos del control de convencionalidad es el parámetro con que debe realizarse el referido control. La Corte IDH ha señalado que no solo la Convención Americana, sino que también su propia jurisprudencia, es parte del parámetro. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. (p. 16)

Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. (p. 17).

### Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional

De los artículos VI y VII del Título Preliminar del CPConst., se concluye que los productos interpretativos que pueden descubrirse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son al menos tres.

El primero está referido al fallo y a los fundamentos en una sentencia de inconstitucionalidad (segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst.). Al tratarse de un examen general y abstracto de la constitucionalidad de un dispositivo legal, tanto el fallo como las razones suficientes de la sentencia tienen efectos también generales (erga omnes), y vinculan por ello a los poderes públicos y a los particulares. (Castillo Córdova, 2009, p. 39)

El segundo está referido a los precedentes vinculantes (artículo VII del Título Preliminar del CPConst.) que puede declarar el Supremo Intérprete de la Constitución en una sentencia constitucional, los cuales si bien se formulan respecto de las concretas circunstancias de un caso particular, una vez declarados precedentes vinculantes su referencia y obligatoriedad es general. Consecuentemente, si bien el juez al que vincula la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es a quien corresponde definir cuáles son las razones suficientes y cuáles las accidentales en una sentencia constitucional, una vez establecidos los precedentes vinculantes necesariamente deberá asumir estos como razones suficientes o ratio decidendi y, por ello, vinculantes de modo absoluto y no relativo como ocurre con las razones subsidiarias u obiter dicta. (Castillo Córdova, 2009, p. 40).

En este contexto, la pregunta a responder es cuál es el significado del tercer producto interpretativo que se recoge en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. Si se tiene en cuenta que las sentencias constitucionales en las que se manifiesta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional están conformadas por unos fundamentos jurídicos y un consecuente fallo, siendo vinculante el fallo ya sea con efectos generales (proceso de inconstitucionalidad) como con efectos inter partes (demás procesos constitucionales), entonces la interpretación manifestada por el Tribunal Constitucional deberá descubrirse en los fundamentos jurídicos, es decir, en las razones suficientes (ratio decidendi) y en las razones subsidiarias (obiter dicta). De este modo, al tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst., se le puede reconocer al menos las siguientes tres consecuencias. (Castillo Córdova, 2009, p. 40).

En primer lugar, confirma la vinculación de los jueces del Poder Judicial (y de los operadores jurídicos en general) a las razones suficientes o ratio decidendi que se expresen en una sentencia de inconstitucionalidad, lo cual se concluía anteriormente del segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. (Castillo Córdova, 2009, p. 41)

Efectivamente, y como se recordará, del texto de este precepto legal solo se podía concluir expresamente la vinculación al fallo en las sentencias de inconstitucionalidad, ya sea expulsando del ordenamiento jurídico las normas declaradas inconstitucionales, ya sea confirmando la constitucionalidad de las mismas. Como nada se afirma en este dispositivo respecto de la vinculación de las razones suficientes o ratio decidendi, se hizo necesario presentar argumentos en orden a concluir que la vinculación también alcanzaba a las mencionadas razones suficientes. Pues bien, estos razonamientos vienen confirmados por el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst., al disponer expresamente la vinculación de los jueces (de los operadores jurídicos en general) a las interpretaciones del Tribunal Constitucional contenidas en las sentencias constitucionales, en particular, para definir el alcance de la confirmación de constitucionalidad de un precepto legal. (Castillo Córdova, 2009, 41)

En segundo lugar, confirma también la vinculación a las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes en el resto de los procesos constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional puede decidir que determinadas razones suficientes se conviertan en precedentes vinculantes y, por ello, con efecto erga omnes. Esto no significaba, se decía entonces, que las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes perdiesen fuerza vinculante como ratio decidendi. Esto se ve confirmado ahora con la obligación de los jueces del Poder Judicial (de los operadores jurídicos en general) de sujetarse a las interpretaciones del Supremo Intérprete de la Constitución, dispuesta en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst., por la que se establece que la vinculación no solo es a los precedentes, sino también a las razones suficientes o ratio decidendi no declaradas como precedentes vinculantes. (Castillo Córdova, 2009, p. 41)

Y, en tercer lugar, el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst., está disponiendo no solo la vinculación de los jueces (de los operadores jurídicos en general) a las interpretaciones del Tribunal Constitucional contenidas en las razones suficientes o ratio decidendi, sino también a las contenidas en las razones subsidiarias u obiter dicta. En este dispositivo se establece una vinculación general a las interpretaciones del Tribunal Constitucional contenidas en sus sentencias y, por lo tanto, a las interpretaciones contenidas tanto en las razones suficientes como en las razones subsidiarias. En la medida en que el referido tribunal ha reconocido en las razones subsidiarias u obiter dicta solo una fuerza orientativa o persuasiva, la vinculación a las interpretaciones ahí contenidas no es absoluta como en el caso de las razones suficientes, hayan o no sido declaradas como precedentes vinculantes, sino más bien es una vinculación relativa, es decir, el juez del Poder Judicial (el operador jurídico en general) podrá desmarcarse del contenido del criterio hermenéutico recogido en un obiter dicta si es que ello es posible y presenta una justificación constitucional suficiente. (Castillo Córdova, 2009, p. 42)

## El Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales

El Estado constitucional se solidifica sobre unos pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas. Lo que está claro es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales trazan los paradigmas de un Estado creado bajo aristas de libertad, orden y justicia social. En este orden de ideas, el Estado constitucional trata de ser imparcial, jugando un papel mediador entre la moral y el derecho. Como lo dice Alexy, el Estado Constitucional trata de resolver la vieja relación de tensión entre el derecho y la moral. (Bechara Llanos, 2011, p. 64).

### La justificación de los derechos y el cambio de paradigma de reglas a principios

En la aplicación de los principios se debe tener en cuenta la diferencia de las reglas, entendiendo estas como normas jurídicas. La concepción de mandatos de posibilidades fácticas en la aplicación judicial del derecho. Es decir, en la medida real de concreción, atendiendo a características de resultado y cumplimiento, teniendo condiciones de determinación, diversidad de grados y, como ya se mencionó, posibilidades fácticas jurídicas de operatividad. (Bechara Llanos, 2011, p. 64).

En ese sentido, es esencial en la visión de principios el cambio de paradigma subsuntivo que el operador jurídico venía aplicando en el derecho, ya que la teoría del derecho moderno establece herramientas en el uso de la argumentación jurídica, y en el caso especial de los principios, la ponderación. La decisión que se adopta cuando se tiene al frente la aplicabilidad o no de los principios exige un examen diferente a la fundamentación de la forma “todo o nada” en la justificación de los derechos como reglas. (Bechara Llanos, 2011, p. 64).

En tal virtud, debemos ver los principios y sus colisiones como colisiones de valores. Pero, si comparamos los unos con los otros, nos encontraríamos en la imposibilidad de establecer un orden jerárquico de valores, enfrentándonos a un dilema al no poder determinar un orden de principios, pues la Constitución no nos dice de manera expresa qué principio que lleve inmerso un derecho fundamental debe anteceder al otro. La razón filosófica fundamental es que el orden jerárquico se construye como un sistema integrado de normas, reglas, valores, principios, directrices, precedentes. Y tratándose de derechos fundamentales no son excluyentes entre sí por sí solos, sino que el caso o la aplicabilidad concreta es la que determinará cuál debe prevalecer, y es por eso que justificamos la ponderación en la misión del Estado Constitucional. (Bechara Llanos, 2011, p. 64).

(Aguiló Regla, 2007), señala que en cuanto al cambio de paradigma del imperio de la ley al estado constitucional, es decir, del paradigma positivista (legalista) al paradigma postpositivista (constitucionalista), existen cambios sustanciales en la formas de entender la aplicación del derecho a través de las normas.

En cuanto al cambio del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas, el positivismo señala que, el modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas. Mientras que el postpositivismo explica que, Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). (Aguiló Regla, 2007, p. 669 - 670).

Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un «balance, ponderación o compromiso» entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios. (Aguiló Regla, 2007, p. 669 - 670).

### La colisión de principios

En su teoría de los derechos fundamentales Robert Alexy[[1]](#footnote-1) plantea que las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Ya que cuando dos principios entran en colisión, tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro, eso mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente. Es decir, a diferencia de las reglas que se aplican de la forma “todo o nada”, los principios constitucionales se pueden aplicar de manera diferencial a cada caso concreto, pues estos no pierden su validez jurídica al no ser aplicados cuando otro principio es empleado en la solución de la controversia. (Bechara Llanos, 2011, p. 66)

A la hora de sopesar los principios, debemos tener en cuenta que una posible solución sería la precedencia de un principio sobre otro, en el caso donde dos garantías están en controversia, porque la aplicación de una sometería a la vulneración de la otra, delicada condición que se entraría a estudiar con la aplicación del mecanismo que trae consigo el juicio de ponderación, denominado por Alexy: ley de ponderación. (Bechara Llanos, 2011, p. 66)

### La estructura de los principios en la ponderación

Al interpretar el derecho se utilizó el modelo subsuntivo, el cual se asemejaba al silogismo jurídico[[2]](#footnote-2). Según éste, si una norma se cumplía en la práctica se le aplicaba el supuesto de hecho o la condición fáctica. Todo este modelo se estructuró porque se tenía que el derecho o sistema jurídico sólo estaba integrado por normas; es decir, por normas previstas de una estructura condicional hipotética. En la teoría del derecho actual esta idea no es totalmente absoluta ya que, de conformidad con los aportes de Dworkin, en el pensamiento anglosajón y de Alexy en el germánico, se introducen los principios y la ponderación. (Bechara Llanos, 2011, p. 66).

Los derechos fundamentales al ser abstractos e indeterminados, constituyen el ejemplo más claro de principios en nuestro ordenamiento jurídico[[3]](#footnote-3). Es decir, pues, que su estructura no es como la de las normas tradicionales del ordenamiento jurídico, sino que dependen de las posibilidades fácticas de optimización en el caso concreto. La ponderación, según Carlos Bernal, es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que juegan en sentido contrario. Entonces, el proceso de ponderar significa asignarle un peso determinado a cada principio en el caso concreto, pues si no se realizara dicho procedimiento, ¿cómo se solucionarían las colisiones entre principios de derechos fundamentales consagrados positivamente en una constitución? Entraríamos en una indeterminación normativa o, en este caso, en una indeterminación de principios. (Bechara Llanos, 2011, p. 67).

Ronal Dworkin, citado por Bernal, determinó que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto. Ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. De esta manera, la ponderación se constituye en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional. En esto entra el papel fundamental de Tribunal Constitucional como aplicador y garante de los principios constitucionales, expresados en los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho. (Bechara Llanos, 2011, p. 67).

### Relación de precedencia condicionada

La determinación de la relación de precedencia[[4]](#footnote-4) condicionada consiste en que, teniendo en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede a otro. Es así como Alexy, en su teoría de los derechos fundamentales, explica que para llegar a una disolución de colisión de principios, el asunto decisivo es en qué condiciones el principio tiene precedencia y cuál debe ceder. Lo que importa es si los intereses de la persona en el caso concreto tienen manifiestamente un peso esencial mayor que el que aquellos intereses a cuya preservación debe servir la medida estatal. Si los intereses no se pueden cuantificar, ¿a qué hacen referencia esos pesos? El derecho a la vida y a la integridad física tiene en un caso concreto mayor peso que el principio opuesto (aplicación a la medida estatal de derecho penal); cuando el principio tiene condiciones de precedencia para así prevalecer ante el otro se aplicaría el de mayor pretensión e interés. (Bechara Llanos, 2011, p. 67).

Se producen condiciones bajo las cuales se aplica o no un derecho fundamental sopesado por otro; los principios que entran en colisión se inmergen en un balanceo, queda entonces en manos del fallador o juzgador la labor de ponderar los principios, que de una u otra forma entran en debate, tarea ardua, ya que, están en juego normas de carácter superior, consagradas en la constitución política de un determinado territorio. (Bechara Llanos, 2011, p. 67).

### El enunciado de preferencia en la aplicación de la ponderación

Si bien la teoría de los principios construye un tipo de formalismo constitucional y de la consolidación de los derechos fundamentales como verdaderos mandatos de optimización, hace necesario encontrar un punto en donde el entendimiento de la Constitución, como un sistema de principios morales positivizados en una carta de derechos, y la interpretación del Tribunal Constitucional sea la más coherente y dinámica en el caso concreto, porque a la hora de darle una solución, las premisas juegan con sus pesos determinados en un mecanismo procedimental objetivo, que no busca quitarle protagonismo a la discrecionalidad del juez. (Bechara Llanos, 2011, p. 68).

Si se infiere que la ponderación no es un procedimiento racional las objeciones contra ellas serían inapropiadas, pues como lo advierte Alexy, la ponderación no busca un decisionismo judicial, y es la formulación del enunciado de preferencia la que busca darle una solución a las colisiones a través de una relación condicionada de precedencia. Para que el postulado de la racionalidad de la ponderación arroje resultados positivos, el enunciado de preferencia deber ser condicionado; es decir, se debe establecer un carácter de fundamentación entre valores o principios contrapuestos. (Bechara Llanos, 2011, p .68).

### Fundamentación condicionada a las normas de derecho fundamental

En la construcción de un argumento válido en la justificación racional del objeto ponderado, nace la necesidad de consolidar razones de tal peso que permitan una interpretación amplia en el marco de la fundamentación de conceptos que busquen la disolución de un conflicto entre principios. Esta interpretación va a mirar cómo se satisface, y el mayor grado de afectación de un principio, en la mayor importancia del otro que se sopesa. (Bechara Llanos, 2011, p. 68).

Se debe tener en cuenta a la hora de ponderar derechos fundamentales, la especial consideración en la importancia de los principios. Claro está, el objeto de quien realiza el ejercicio de razonabilidad es determinar el alcance que el principio, consagrado en la carta política puede tomar en un caso concreto. Dándosele un uso a este y optimizando el derecho de colisión. Y es la ley de ponderación la que, a través de su método, nos va a permitir encontrar un resultado objetivo a la causa que se pretende dar solución. (Bechara Llanos, 2011, p. 68).

### Norma y disposición de derecho fundamental

A la hora de entrar a establecer cuándo una norma es o no de derecho fundamental, debemos preguntar inicialmente qué es una norma de derecho fundamental y con qué relación se pretende establecer tal concepto. Se tienen en cuenta todo el orden jurídico o una determinada Constitución. Alexy, plantea una definición de norma y disposición de derecho fundamental, para explicar la relación entre la Constitución y el estudio de las normas fundamentales: las normas de derecho fundamental son aquellas que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, y las disposiciones iusfundamentales son exclusivamente los enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental. Esta respuesta presenta dos problemas. El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la ley fundamental expresan normas de derecho fundamental, dicha respuesta presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la ley fundamental, en aquellos que expresan normas de derecho fundamental, en aquellos que expresan normas de derecho fundamental, ya que estos no lo hacen.

El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si las normas de derecho fundamental de la ley fundamental, realmente pertenecen aquellas que son presentadas directamente por enunciados de la ley fundamental, es decir, si estas se indican de manera expresa como derechos fundamentales. (Bechara Llanos, 2011, p. 68).

Sobre esta definición se puede extraer su condición de precepto en la disposición de derecho fundamental son aquellas que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, conjugan el concepto de normas y disposición fundamental. El enunciado debe contener siempre la norma, mientras que la norma de carácter fundamental se refiere a esa especial condición dentro de la carta de derechos, que indica no sólo ser una norma constitucional, sino especial en su condición por el concepto de fundamentalidad, y sobre la exclusiva situación de los enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental. (Bechara Llanos, 2011, p. 69).

Sobre los dos problemas que se plantearon en torno al concepto mismo de derecho fundamental, en el primero al no ser todos los enunciados que provengan de la ley fundamental, disposiciones de derecho fundamental, estos deben atender a su desarrollo a criterios de fundamentalidad, para identificar cuáles normas son o no de derecho fundamental, como los criterios materiales, axiológico y formal. Sobre el segundo problema de la definición de norma de derecho fundamental, agrega la relación directa de si las normas de derecho fundamental, de la Constitución, sólo son aquellas que se expresan directamente a través de los enunciados de la propia ley fundamental. Al respecto Alexy sigue un concepto sobre las normas que expresan derechos fundamentales, en relación con el contenido y reconocimiento de los enunciados a través de una Constitución, así según ella, los derechos fundamentales son solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por tanto, se reconocen como tales en la Constitución. (Bechara Llanos, 2011, p. 69).

En el criterio formal de carácter estricto, se puede dar una visión de norma de derecho fundamental, así como lo plantea nuestra constitución, de acuerdo a este criterio todos los enunciados del capítulo I, que establece los derechos fundamentales, son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de lo que ellos estatuyan. Esto comprende que de manera formal serán derechos fundamentales, aquellos que se identifiquen como tales en el capítulo titulado derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, refiriéndose al catálogo de derechos con categoría de fundamental, se pueden encontrar derechos que no pertenezcan a este capítulo pero que son verdaderos derechos fundamentales. (Bechara Llanos, 2011, p. 69).

La dificultad para diferenciar normas de derecho fundamental, solo se podrá superar, establece Alexy, si se indica un criterio que permita distinguir de entre todo el catálogo de candidatos a la adscripción, a aquellas normas que sean de derecho fundamental y las que no, pudiendo recurrir a un criterio empírico, y por otra a uno normativo. A la cuestión sobre qué propiedades debe tener un derecho para ser considerado un derecho fundamental, se le pueden dar diversas respuestas según se acoja un concepto formal, material o procedimental. El concepto formal considera fundamentales a todos aquellos derechos catalogados así por la Constitución positiva de un ordenamiento jurídico. (Bechara Llanos, 2011, p. 70).

La doctrina acepta que todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del Poder Público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del Poder Público de realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la realidad. Ello significa que no solo se debe reconocer en los derechos fundamentales un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular (dimensión subjetiva), sino además reconocer la obligación del Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquellas (dimensión objetiva); y esta dimensión objetiva no habilita a cualquier tipo de intervención, sino a aquellas que son necesarias y adecuadas para la promoción y plena vigencia del derecho fundamental. De un lado, abstención estatal en cuanto se prohíbe su injerencia en la realización de determinadas facultades y, de otro lado, exigencia de esa intervención para favorecer el ejercicio pleno de esas facultades. (Castillo Córdova, 2002)

### La regla que determina la ponderación de principios como mecanismo para su aplicación

Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro, esta es la regla constitutiva para las ponderaciones. Esta regla expresa un mecanismo que puede aplicarse para la ponderación de principios de cualquier clase; denominada por Alexy, la ley de la ponderación. (Bechara Llanos, 2011, p. 70).

La ley de la ponderación plantea la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios, dependiendo del grado de importancia de la satisfacción del otro. La ley de la ponderación expresa en qué consiste esta relación, que se refiere a que cada principio por sí solo no puede determinar su peso, de una manera total o absoluta, sino que esta determinación hace que los pesos seas relativos. La ley de la ponderación lleva a la trascendencia del principio ponderado para su satisfacción, generando así un mandato. (Bechara Llanos, 2011, p. 70).

Cuando existen conflictos constitucionales, y a la hora de resolverlos no se mira su jerarquía y operancia, es en el marco de su aplicación cuando estamos en presencia de dos principios en colisión, teniendo ambos igual importancia dentro del sistema jurídico. La mejor decisión busca que con la ponderación se justifique el método para resolver dicho conflicto y se encuentre el método para resolver dicho conflicto y se encuentre la efectividad en la solución del caso concreto, buscando la máxima realización de los principios para que de manera racional se consigan los resultados ponderados. (Bechara Llanos, 2011, p. 70).

Si la pretensión de la ponderación es asignarle un peso propio a cada principio en colisión, para que sea la cantidad o valor la que determine cuál se aplica y precede al otro, en estos casos en la asignación de peso la relación de precedencia condicionada arroja el sustento argumentativo de los resultados que se ponderan para que sean estos principios y el mismo modelo quienes presentan la solución. (Bechara Llanos, 2011, p. 71).

### Los principios constitucionales y el Estado Constitucional de Derecho

El modelo de los principios constitucionales se encuentra estrechamente ligado al concepto mismo y a la idea del Estado constitucional. Esto se debe, principalmente, al modelo de reglas con el que se adjudicaba el derecho subsuntivo, del silogismo jurídico, el cual corresponde principalmente a la deducción. Esta concepción en los modelos de adjudicación e interpretación del derecho se debe principalmente al modelo del Estado de derecho, que en la idea del Estado constitucional toma una gran importancia en toda la ciencia jurídica la utilización de los principios constitucionales y con ellos la ponderación. (Bechara Llanos, 2011, p. 75).

Hoy, pensar el derecho sin principios y sin ponderación es no pensar en el derecho que se construye a través de la Constitución, no sólo como norma de normas, sino como el conjunto de normas que integran, fundamentan y orientan todo el sistema jurídico. (Bechara Llanos, 2011, p. 75).

Es evidente, además, que los derechos fundamentales en su sentido estructural, se expresan como normas de principios, ya que a la hora de un juicio concreto, estos no pueden ser vistos, ni interpretados como reglas, ya que estas obedecen a otra orientación y a un modelo distinto; los que gozan los principios. (Bechara Llanos, 2011, p. 76).

Principalmente se responde a esta inquietud, manifestando que las reglas obedecen a la dimensión de la validez dentro del ordenamiento jurídico, y estas responden a la forma “todo o nada”, es decir, se aplica una y la otra en conflicto se deja de aplicar, mientras que los principios que expresan derechos fundamentales en su contenido responden a la dimensión del peso, y éstos en los casos concretos tomarán su valor por las mismas circunstancias particulares de estudio. Con la diferencia de las reglas que estos por no ser aplicados en el caso concreto no dejan de pertenecer al ordenamiento jurídico, sino que el principio inaplicado toma un peso relativamente menor que el principio que si se aplicó. (Bechara Llanos, 2011, p. 76).

Finalmente, los derechos fundamentales actúan como los orientadores de todo el sistema jurídico a los que ellos pertenezcan, debido a que no sólo estos, por gozar de criterios especiales conferidos por mandato expreso de la Constitución Política, deben ser vistos así, sino por el carácter de la textura abierta de las normas de principios y en las últimas a los derechos fundamentales en sí mismos. Estos no pueden ser limitados en su propia interpretación, ya que los derechos deben adecuarse a las mismas necesidades que recogen sus destinatarios principales, los ciudadanos, el pueblo como tal. (Bechara Llanos, 2011, p. 76).

Hoy los derechos fundamentales se configuran como una forma superior de reclamación moral que se extiende a todos los poderes del Estado, y se esgrimen eficaces entre los mismos particulares. Pues los derechos fundamentales son la perfecta conciliación de las posturas universales de un derecho superior a los hombres, y aquel derecho que los mismos hombres producen, pero que se recogen en una norma principal a la que llamamos Constitución. (Bechara Llanos, 2011, p. 76).

## La Promoción del Matrimonio

### La dignidad de la persona humana

El artículo 1 del Capítulo 1 Derechos fundamentales de la persona, del Título 1 De la persona y de la sociedad de la Constitución del Perú de 1993, señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social. En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también, establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

Pero la dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dínamo de los derechos fundamentales. Por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

En una perspectiva institucional no abstencionista sino promotora de la persona humana, lo que se busca ya no es limitar y controlar al Estado y a la sociedad, sino, por el contrario, que promuevan o creen las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

Así, la dignidad humana encuentra en la clásica teoría institucional un entronque ineludible, en tanto constituye una manifestación del valor de la persona humana y de su libre desarrollo social. (Landa Arroyo, 2011, p. 10)

La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico abierto, es decir que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos e instrumentales de interpretación. Esto quiere decir que la dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto. (Landa Arroyo, 2011, p. 11)

Lo que es una virtud para la dogmática, pero a su vez una dificultad para la jurisprudencia, por cuanto un mismo acto o decisión gubernamental puede ser considerado digno para unos ciudadanos e indigno para otros. Por ello, la cuestión de la interpretación constitucional de un caso sobre la violación o la afectación o no de la dignidad de la persona es constitutiva no sólo del concepto, sino también del ejercicio legítimo del mismo. (Landa Arroyo, 2011, p. 11)

Por ello, si bien en principio se puede partir de una idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona, en la cual, se materializan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado, resulta más comprensible encontrar un concepto de dignidad de la persona humana, cuando se le viola por la actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad y de los particulares que produce positiva u omisivamente daño a los valores innatos de la persona humana, codificados en la conciencia jurídica y social. (Landa Arroyo, 2011, p. 11)

Siguiendo las tesis de Dworkin, se podría señalar que la cláusula de la dignidad opera también como un principio de fusión de los derechos humanos positivos y los derechos humanos morales iusnaturales, por cuanto la enumeración de los derechos fundamentales del artículo 3, Capítulo I del Título I de la Constitución peruana de 1993, no excluye los demás que la Constitución garantiza, incorporados en los tratados internacionales de derechos humanos y demás artículos constitucionales, ni otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

La dignidad humana opera como una cláusula pétrea, es decir, aquella norma constitucional que expresa o tácitamente prohíbe su violación o incluso reforma constitucional, siendo también entendida como una cláusula constitucional intangible en tanto constituye el cimiento del edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene la legitimidad constitucional, lo cual plantea el problema no sólo de los límites materiales al ejercicio de los derechos de los particulares, sino también a la propia función constituyente. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

En efecto, la concepción y la defensa de la dignidad humana nos sumerge en un debate iusfilosófico, ético y político sobre la existencia de posibles ejercicios de derechos o de normas constitucionales – inconstitucionales. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

Más allá de cualquier duda sobre el concepto de la dignidad humana, el Estado tiene el derecho y el deber de garantizarla, incluso por grave que sea la afectación al orden jurídico y a la seguridad nacional. Por ello, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos sin sujeción al derecho o a la moral, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana. Por el contrario, todos están obligados a actuar en función de la dignidad de la persona humana y con mayor responsabilidad pública; las autoridades, en virtud de lo cual es relevante elaborar las funciones constitucionales que se deben cumplir a través de la dignidad. (Landa Arroyo, 2011, p. 13)

La dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto, razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos. Por tanto, la dignidad al operar no sólo como un derecho individual sino también como un derecho objetivo, sirve de límite a los derechos fundamentales; lo que se traduce en el deber general de respetar los derechos ajenos y propios. (Landa Arroyo, 2011, p. 14)

La dignidad, al gozar junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requiere de la actuación del Estado para la protección y desarrollo que configure su doble carácter. En un sistema de valores se basa por excelencia en la dignidad humana, la misma que puede ser entendida en una doble perspectiva: desde una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de la dignidad; y desde una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales que justifiquen limitar a la dignidad. En esa tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales se trata de ponderar a la dignidad humana con diversos bienes jurídicos, como el orden público, la seguridad nacional, la autonomía de la voluntad o la propiedad, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales. (Landa Arroyo, 2011, p. 14)

Si bien la Constitución no les otorgó un carácter constitutivo a los derechos sociales, sino tan sólo declarativo, en cambio sí supuso otorgarles validez y reconocimiento como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida que el Estado o incluso los terceros particulares, completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Ello supone, en términos institucionales, antes que plantear no sin conflictos la unidad del Derecho positivo y del Derecho natural, como señala Ermacora; postular la superación de los derechos positivo y natural, en función de la dignidad humana. (Landa Arroyo, 2011, p. 17)

### El modelo constitucional del matrimonio

Resolver esta cuestión pasa, necesariamente, por interpretar la disposición contenida en el artículo 4 de la Constitución con los tratados internacionales sobre derechos humanos[[5]](#footnote-5), conforme a los cuales, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello que no afecten el principio de no discriminación, y con plena igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidades. Siendo la diferencia de sexo una de las notas del concepto legal de matrimonio que incorporaba la legislación vigente al tiempo de ser elaborada y entrar en vigor de la Constitución[[6]](#footnote-6), así como del concepto normal o general de matrimonio[[7]](#footnote-7), llama la atención que el constituyente no se limitara a reconocer el derecho a contraer matrimonio, ni sacara del concepto legal y normal de matrimonio entonces vigente una de sus características, como es la relativa a la diversidad de sexo de los contrayentes. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 348).

Ahora bien, si la referencia al hombre y la mujer en los tratados internacionales sobre derechos humanos y el artículo 3 de la Constitución nos muestra toda su virtualidad: excluir el juego de la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 2.2, de forma que, en ningún caso, se vea forzado constitucionalmente el legislador a admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Lo cual es tanto como decir que, mientras no se suprima esa referencia al hombre y la mujer, el legislador (positivo) podrá limitarse a reconocer el derecho a contraer matrimonio entre personas de sexo diferente, sin que por el juego del principio de igualdad, ni de la prohibición de discriminaciones por razón de sexo, pueda el Tribunal Constitucional (legislador negativo) abrir la institución matrimonial a las personas del mismo sexo. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 349).

Dicho con otras palabras: esa referencia al hombre y la mujer, que se contiene en los tratados internacionales sobre derechos humanos y el artículo 3 de la Constitución, es lo que permite entender, en primer lugar, que el matrimonio solo está constitucionalmente garantizado para que puedan contraerlo dos personas de sexo diferente y, en segundo lugar, que, en ningún caso, está constitucionalmente garantizado que puedan contraerlo dos personas del mismo sexo, tampoco para el caso de que, atendiendo a la legislación sobre capacidad e impedimentos para contraer matrimonio y sobre filiación adoptiva o derivada de prácticas de fecundación asistida, resulte discriminatoria la diferencia de sexo que entraña mantener el matrimonio solo entre dos personas de sexo diferente. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 354).

De acuerdo con ello e interpretando el artículo 4 con los tratados internacionales sobre derechos humanos en la forma que se ha propuesto aquí, resulta que en ellos se reconoce el derecho a contraer matrimonio, pero con una doble incidencia respecto del principio de igualdad sin discriminación por razón de sexo, contenida en el artículo 2.2. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 355).

Por una parte, de la exigencia de "plena igualdad jurídica" se estaría siendo más estricto en la igualdad en la capacidad para contraer matrimonio y en los derechos y deberes de los cónyuges, lo que resultaría de acudir a la cláusula general de no discriminación por razón de sexo, ya que la plenitud de la igualdad jurídica puede ser interpretada en el sentido de que quedan prohibidas, sin más, cualquier diferencia de trato en este punto por razón de sexo, sin tener que analizar si están o no justificadas. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 355).

En cambio, por otra, con la referencia al hombre y la mujer se está dejando de lado lo que pudiera resultar de la prohibición de discriminaciones por razón de sexo del artículo 2.2, por cuanto se está diciendo que, en ningún caso, será inconstitucional mantener el matrimonio reservado a las uniones entre dos personas de sexo diferente, ni siquiera aunque resultara discriminatoria la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo, en función de la regulación que hiciera el legislador de la capacidad para contraer matrimonio, en relación con la legislación sobre filiación derivada de la fecundación asistida o de la adopción. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 356).

### La promoción del matrimonio

Como se ha expuesto, en el sistema constitucional la familia es una sola, sin considerar su origen legal o de hecho, y a diferencia de lo dispuesto por la Constitución de 1979 que sentaba el principio como de protección del matrimonio, por lo que, se sostenía que la familia que se protegía era la de base matrimonial, la Constitución actual postula, en el segundo párrafo del artículo 4, el principio de promoción del matrimonio. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 362).

Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Para lo primero, la forma prescrita para casarse debe consistir en un procedimiento sencillo y no costoso que justamente facilite su celebración; para lo segundo, el régimen de invalidez del matrimonio debe gobernarse por el principio favor matrimonio a fin de propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos si se contrajo de buena fe. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 362).

Este principio guarda relación con el de la forma del matrimonio, contenido también en el párrafo final del citado artículo 4, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciéndose esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la legislación. Ello no impide que en la ley se contemple diversas maneras de contraer matrimonio, por cuanto al final siempre se lo celebrará según la ley. Así, puede contemplarse una manera ordinaria de contraerlo frente a una extraordinaria que, sustentado en determinadas circunstancias excepcionales, justifique prescindir de algunos requisitos formales no esenciales. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 362).

### El Modelo Constitucional de la Familia

Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la Constitución carece de un modelo de familia, mostrándose abierta a distintos tipos de familia. Nada más contrario, a nuestro parecer, a lo que resulta del texto constitucional con más que suficiente evidencia. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 349).

Hay, desde luego, ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina el modelo de familia no queda totalmente fijado como es lógico, a nivel constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia yeso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 349).

La generación, como hecho determinante básico del modelo constitucional de familia, es uno de los elementos de dicho modelo.

La simple lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto; manifestándose, además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 350).

La noción constitucional de familia no alude pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 351).

Todo intento de "ensanchar" lo familiar a vínculos no relacionados con la generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan, principalmente para los progenitores (aunque puedan prolongarse esas obligaciones con diversa intensidad por los vínculos de parentesco), debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4, sin perjuicio de las extensiones analógicas a que luego aludiremos, que siempre habrán de mantener esta relación esencial al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 351).

La convivencia de parejas heterosexuales, vínculo fundante de la familia constitucionalmente protegida y prolongación o ampliación de los vínculos familiares: el matrimonio y la unión de hecho, es otro elemento de dicho modelo. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 355).

De otro lado, resulta evidente que el matrimonio constitucional solo es posible entre un hombre y una mujer cuanto menos en edad núbil. Así se concluye del contexto de las referencias explícitas de los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos que forman parte de nuestro derecho interno. De acuerdo con ello, la estructura relacional propiamente constitutiva del matrimonio está esencialmente vinculada a la posibilidad de generación. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 356).

La protección jurídica de la familia que ordena el artículo 4 comienza, pues, por la debida promoción jurídica del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje adecuadamente lo imperecedero e indeleble del nexo biológico, necesariamente, además, siempre personal, tratándose de seres humanos, que subsiste entre las personas por razón de la generación. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 357).

## El matrimonio

### Concepciones del Matrimonio

En el Derecho Romano el matrimonio era considerado como la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, comunidad de derecho divino y humano (Digesto XXIII, 2,1) o sino también como la unión del hombre y de la mujer que implica identidad de condición en la vida (Institutas de Justiniano I, 9,1). (Hinostroza Minguez, 1999, p. 43).

Las partidas (Ley Cuarta 2, 1) definen al matrimonio como el ayuntamiento de marido y mujer, hecho con la intención de vivir siempre en uno, y de no separarse, guardando lealtad cada uno de ellos al otro. (Hinostroza Minguez, 1999)

Para José Arias el matrimonio es la unión permanente, exclusiva y lícita (lo que implica afirmar que se han respetado las exigencias legales de forma y fondo) del hombre y la mujer. (ARIAS, 1952: 77). Citado por (Hinostroza Minguez, 1999, p. 43).

La familia como fenómeno natural, dice D´Aguanno, tiene su origen en la unión de los sexos, y como institución jurídica, en el matrimonio, que es la unión sancionada por la ley. (Cornejo Chávez, 1998, p. 51).

Puede aceptarse como sensato y exacto el concepto que enuncia Valverde, cuando sostiene que, por el matrimonio el hombre y la mujer, asociados en una perdurable unidad de vida sancionada por a ley, se complementan recíprocamente, y cumpliendo los fines de la especie la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia. (Cornejo Chávez, 1998, p. 52).

Es también pertinente señalar la definición que establece el Código Civil, el cual, lo define como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, para hacer vida común. (Poder Ejecutivo, 1984, art. 234).

### El Matrimonio como Contrato e Institución

El matrimonio ha quedado al margen de diversas discrepancias entre actores de la doctrina peruana y comparada, así la naturaleza jurídica ha significado una nueva ocasión de discusión, generando una doctrina entendiendo al matrimonio como contrato o acto y, otra liándola con la esencia de Institución. (Cornejo Chávez, 1998)

Sin embargo, Héctor Cornejo establece parámetros entre una y otra, denominando a éstos, solución de la discrepancia, lo que David Quispe establece como teoría mixta de la naturaleza del matrimonio.

Siguiendo al primero, se considera que las dos concepciones no son incompatibles y que cada una de ellas contiene elementos de verdad, es decir, el matrimonio es al mismo tiempo un contrato y una institución, y sólo considerándolo así aparecen luminosamente explicadas todas sus características. Porque es un contrato se explica la importancia preponderante que se da al consentimiento inicial, ya que, el hecho medular en todo contrato es la existencia de una convención dirigida a crear obligaciones. Y, porque el matrimonio es una institución se explica que sea obra del Estado al mismo tiempo que sea la voluntad de los contrayentes; que la teoría de la invalidez del casamiento sea parte, siquiera parcialmente, de la de los contratos en general; que en casi la totalidad de las legislaciones no puedan las partes modificar los efectos personales del matrimonio ni en muchas de ellas ponerle fin a voluntad, y que se apliquen inmediatamente las leyes nuevas a los casamientos ya celebrados. (Cornejo Chávez, 1998, p. 52 – 53).

Se podría decir, en síntesis, de acuerdo con esta concepción, que mientras el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución. (Cornejo Chávez, 1998).

### Caracteres del Matrimonio

Es preciso establecer las características del matrimonio desde el punto de vista doctrinario, ya que nuestra normatividad no contempla explícitamente este tratamiento.

El matrimonio, establece (Hinostroza Minguez, 1999), se caracteriza por lo siguiente: es de orden público, es una unión exclusiva y permanente, representa una comunidad de vida.

##### Es de orden público:

La regla general es que la legislación matrimonial que se encuentra inmersa dentro del Derecho de Familia, no puede ser modificada ni mucho menos dejada sin efecto por los particulares; es decir, los contrayentes o los cónyuges no puede hacer sino observar las normas referidas al matrimonio, las cuales son de orden público, fundamentales para la organización social y de estricto cumplimiento.

##### Es una unión exclusiva:

De allí se deriva el deber de fidelidad por el que cada cónyuge le debe respeto y consideración al otro. No se admite que los casados puedan mantener relaciones afectivas de carácter sentimental con persona diferente a su cónyuge.

##### Es una unión permanente:

Tiene carácter de permanencia, de estabilidad.

##### Representa una comunidad de vida:

Por cuanto los cónyuges se unen para hacer vida en común para amarse, procrear sus hijos, educarlos, formarlos, asimismo, apoyarse, respetarse.

### Elementos del Matrimonio

Cuando se analiza el matrimonio, es necesario, además, de determinar su naturaleza jurídica, encontrar sus elementos de constitución, es decir, cuáles son aquellos componentes irreductibles de lo que partiría la formación, composición o constitución del matrimonio.

(Quipe Salsavilca, 2001), descompone la noción de matrimonio contenida en el artículo 234 del Código Civil en partículas esenciales y analiza cada una de ellas. (p. 287 - 290).

Anotemos pues, dicha noción:

Es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. (Poder Ejecutivo, 1984).

##### Calidad de Varón y Mujer

Además del artículo 234 del Código Civil, son normas vinculadas al tema de la heterosexualidad y monogamia la Constitución Peruano de 1993, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La noción monogámica en nuestra legislación es indiscutible, tanto, que hasta ha sido elevado como bien jurídico protegido penalmente. Sin embargo, el tema de la heterosexualidad no comparte la misma situación, empero, aunque nuestra Constitución haya omitido una definición expresa de matrimonio; existe sin embargo una referencia indirecta a la heterosexualidad en el artículo 5, la cual, se refiere a la unión de hecho y reconoce efectos de una sociedad de gananciales, establece allí que la unión de hecho tendrá que ser unión de varón y mujer libre de impedimento matrimonial, ¿si el matrimonio homosexual estuviese permitido cómo se explica que la unión de hecho tuviera que ser necesariamente heterosexual para tener efectos de sociedad de bienes?. Por consiguiente el enunciado del artículo 5 no sólo contiene un principio para la unión de hecho sino que convertiría en inconstitucional una ley que quisiera introducir el matrimonio homosexual. Por su parte el texto del artículo 234 ha tratado de volver manifiesto el contenido implícito del artículo 5 de la Constitución al definir al matrimonio como la unión de un varón y una mujer. El autor antes mencionado citando textualmente a Cornejo Chávez, señala:

Justificadamente renuente a una norma que frontalmente repugne o prohíba tal clase de unión, el nuevo Código peruano utiliza, sin embargo, el artículo bajo comentario una fórmula que, sin hacer directa referencia a la homosexualidad en este caso no deja margen a la menor duda en el sentido de que semejante unión no es ni puede pretender que se la admita como legal, permitida o siquiera tolerada. (p. 289, párrafo 1).

##### Solemnidad, ritualidad y publicidad

El matrimonio como acto, es en nuestra actual legislación un acto solemne y público materializado en el acto de casamiento. No es un acto ritual desde que el legislador ha optado por el Matrimonio Civil Obligatorio, ya que en antaño se realizaba un rito, el cual tenía como director al sacerdote.

##### Comunidad de vida

Se advierte que en nuestro Código Civil se contempla dos significados de la expresión vida común, uno como finalidad de matrimonio que nosotros hemos desarrollado bajo la expresión de comunidad de vida y, otro como deber al que nosotros nos hemos referido como cohabitación.

### Condiciones necesarias para contraer Matrimonio

(Cornejo Chávez, 1998), establece dos tipos de condiciones unas naturales de aptitud y otras de orden moral y social. En las primeras se encuentran la aptitud física y el libre consentimiento; en las segundas, se encuentran los impedimentos de vínculo, ya sea de consanguinidad, afinidad o civil, así como impedimento por crimen, rapto, o por incapacidad, y aquellos de naturaleza especial, como los que nacen de la tutela, curatela, viudez o divorcio.

En cuanto a la diferencia de sexo, que es una condición natural de aptitud para contraer matrimonio, anota (Cornejo Chávez, 1998):

La diferencia de sexo es obviamente la primera de las condiciones naturales de aptitud. Los códigos, dicen Planiol y Ripert, no mencionan esta condición por su evidencia. Por esta misma razón huelga todo comentario acerca de ella, excepto el de que, el simple defecto anatómico en la conformación de los órganos genitales no puede ser equiparado a la identidad de sexos. (p. 149).

No obstante lo obvio de este requisito, incipientes aberraciones registradas en medios decadentes, sobre todo los países industrializados, parecerían justificar la inclusión en los códigos, como lo hace el nuevo Código Civil Peruano, de una norma que define el matrimonio como la unión voluntaria celebrada entre un varón y una mujer legalmente aptos para casarse y formalizada con arreglo a la ley (artículo 234). (p. 149).

##### Trámite para el matrimonio

Para la celebración del matrimonio se necesita realizar diversos trámites a fin de la aprobación por parte del funcionario competente, en la doctrina coincide (Cornejo Chávez, 1998) y (Hinostroza Minguez, 1999) señalando que, ya que se ha admitido que el matrimonio interesa profundamente a la sociedad, se comprende que su celebración no puede quedar librada al arbitrio de los contrayentes, sino que la ley debe rodearla de las indispensables garantías mediante el establecimiento de un trámite obligatorio.

Para el desarrollo doctrinario de este tema, se prefiere a (Cornejo Chávez, 1998) que establece que, el trámite que por regla general estipula el Código Civil para la celebración del matrimonio comprende cuatro momentos: i) La declaración del proyecto matrimonial y la comprobación de la capacidad legal de los pretendientes; ii) La publicación del proyecto; iii) La declaración de capacidad, y iv) La ceremonia del casamiento.

Es importante señalar que en el primer momento para la comprobación de la capacidad legal de los contrayentes, es necesaria el ofrecimiento de documentos exigibles para todos los casos son:

1. La copia legalizada del DNI de los contrayentes.
2. La copia certificada de la partida de nacimiento expedida por el respectivo Registro del Estado Civil;
3. La prueba del domicilio actual expedida por la autoridad correspondiente;
4. El certificado médico prenupcial expedido en fecha no anterior a treinta días.

## El transexualismo

### Antecedentes

El término gender (género) surge en 1955 gracias a John Money, psicólogo y médico neozelandés emigrado a EE.UU., especializado en sexología e investigador de la identidad sexual. Para este autor, el término género define lo masculino y lo femenino desde lo cultural, más allá de las diferencias biológicas. Su definición del rol de género es fenomenológica: es lo que una persona dice o hace lo que revela su estatus como niña o niño, mujer u hombre, y eso incluye estereotipos de masculinidad y feminidad. (Álvarez, Cornú, & Blanca Musachi, 2018)

Posteriormente, Robert Stoller introduce la distinción sexo/género (sex/gender) buscando una palabra que pueda diagnosticar a aquellas personas que teniendo un cuerpo de hombre se sentían mujeres, introduciendo el concepto de “identidad de género”. En su libro Sexo y género, de 1968, presenta observaciones sobre casos de transexualismo, o sea, de sujetos que habiendo nacido con los caracteres anatómicos de un sexo manifiestan pertenecer al sexo contrario. De ahí la distinción entre sexo, ligado a criterios biológicos, y género, ligado a la convicción subjetiva de pertenencia. El género entonces puede o no coincidir con el sexo biológico, como lo demuestran estos casos. (Álvarez, Cornú, & Blanca Musachi, 2018)

La formalización del transexualismo como entidad propia, surge en 1950 con el Dr. Harry Benjamin[[8]](#footnote-8), quien establece la diferencia del transexual respecto del travesti y del homosexual. El transexual no obtiene una satisfacción erótica del hecho de travestirse y siempre se siente como alguien perteneciente al otro sexo. Rechaza sus órganos genitales sin encontrar placer en ellos, a diferencia del travesti y el homosexual. (Álvarez, Cornú, & Blanca Musachi, 2018)

Desde el psicoanálisis, la conceptualización del género, y en particular del transexualismo, puede ubicarse a partir de tres momentos: en la obra de Freud, en la primera enseñanza de Lacan y en su última enseñanza. En Freud, a partir de la lógica falo-castración[[9]](#footnote-9). En el primer Lacan, a partir del significante fálico y las identificaciones sexuales. En el último Lacan, a partir de la teoría de la sexuación[[10]](#footnote-10) y de los nudos. (Álvarez, Cornú, & Blanca Musachi, 2018)

El diagnóstico de la transexualidad debe basarse en datos médicos pluridisciplinares, criterios que se han plasmado en guías médicas, como el “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders”, en su quinta edición (DSM-5) [[11]](#footnote-11), elaborado por la Asociación Americana de Psiquiatría o el “International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems”, en su décima edición, que es la vigente (ICD-10 o CIE-10), elaborada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). (Tudela Cuenca, 2018)

El Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (en [inglés](https://es.wikipedia.org/wiki/Idioma_ingl%C3%A9s), Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, abreviado DSM), editado por la [Asociación Estadounidense de Psiquiatría](https://es.wikipedia.org/wiki/Asociaci%C3%B3n_Estadounidense_de_Psiquiatr%C3%ADa) (en inglés, American Psychiatric Association (APA), es un sistema de clasificación de los [trastornos mentales](https://es.wikipedia.org/wiki/Enfermedad_mental) que proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos e investigadores de las [ciencias de la salud](https://es.wikipedia.org/wiki/Ciencias_de_la_salud) puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos. La edición vigente es la quinta, conocida como DSM-5[[12]](#footnote-12), y se publicó el [18 de mayo](https://es.wikipedia.org/wiki/18_de_mayo) del [2013](https://es.wikipedia.org/wiki/2013). (Órgano Oficial de la Sociedad Chilena de Neurología, 2014)

El DSM se elaboró a partir de datos empíricos y con una metodología descriptiva, con el objetivo de mejorar la comunicación entre clínicos de variadas orientaciones, y de clínicos en general con investigadores diversos. Por esto, no tiene la pretensión de explicar las diversas patologías, ni de proponer líneas de [tratamiento farmacológico](https://es.wikipedia.org/wiki/Farmacolog%C3%ADa) o [psicoterapéutico](https://es.wikipedia.org/wiki/Psicoterapia), como tampoco de adscribirse a una teoría o corriente específica dentro de la [psicología](https://es.wikipedia.org/wiki/Psicolog%C3%ADa) o de la [psiquiatría](https://es.wikipedia.org/wiki/Psiquiatr%C3%ADa). (Órgano Oficial de la Sociedad Chilena de Neurología, 2014)

La Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) es publicada por la [Organización Mundial de la Salud](https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_Mundial_de_la_Salud) (OMS). Se ocupa a nivel internacional para fines estadísticos relacionados con [morbilidad](https://es.wikipedia.org/wiki/Morbilidad) y [mortalidad](https://es.wikipedia.org/wiki/Mortalidad), los sistemas de reintegro y soportes de decisión automática en medicina. Este sistema está diseñado para promover la comparación internacional de la recolección, procesamiento, clasificación y presentación de estas estadísticas. La CIE es la clasificación central de la WHO Family of International Classifications (WHO-FIC) (en [español](https://es.wikipedia.org/wiki/Idioma_espa%C3%B1ol) la Familia de Clasificaciones Internacionales de la OMS). (World Health Organization, 2018)

La lista CIE-10 tiene su origen en la lista de causas de muerte, cuya primera edición la realizó el Instituto Internacional de Estadística en [1893](https://es.wikipedia.org/wiki/1893). La OMS se hizo cargo de la misma en [1948](https://es.wikipedia.org/wiki/1948), en la sexta edición, la primera en incluir también causas de [morbilidad](https://es.wikipedia.org/wiki/Morbilidad). A la fecha, la lista en vigor es la décima, y la OMS sigue trabajando en ella. (World Health Organization, 2018)

La CIE-10 se desarrolló en [1992](https://es.wikipedia.org/wiki/1992) y su propósito fue rastrear estadísticas de mortalidad. La OMS publica actualizaciones menores anuales y actualizaciones mayores cada tres años. El 18 de junio de 2018, la Organización Mundial de la Salud publicó la nueva edición de su manual de enfermedades. Esta edición ([CIE-11](https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=CIE-11&action=edit&redlink=1)) se debatirá en los próximos años y entrará en vigor en 2022 para sustituir a la vigente desde 1990. (World Health Organization, 2018)

### Concepciones

El Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (en [inglés](https://es.wikipedia.org/wiki/Idioma_ingl%C3%A9s), Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, abreviado DSM), editado por la [Asociación Estadounidense de Psiquiatría](https://es.wikipedia.org/wiki/Asociaci%C3%B3n_Estadounidense_de_Psiquiatr%C3%ADa) (en inglés, American Psychiatric Association (APA), en su quinta edición (DSM-5), define al transexualismo como:

Una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y el que se le asigna, de una duración mínima de seis meses, manifestada por un mínimo de dos características. (Asociación Americana de Psiquiatría , 2014)

La “International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems” (ICD) o la lista de la Clasificación Internacional de enfermedades, en su décima edición (CIE-10), clasifica al transexualismo como como un Trastorno de identidad de género y establece la siguiente definición:

Consiste en 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 con el sexo preferido. (Editorial Médica Panamericana, 2000)

### Características

El Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5), establece características en caso de niños y adultos.

(Asociación Americana de Psiquiatría , 2014), en caso de niños establece las siguientes características:

1. Un poderoso deseo de ser del otro sexo o una insistencia de que él o ella es del sexo opuesto (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna).
2. En los chicos (sexo asignado), una fuerte preferencia por el travestismo o por simular el atuendo femenino; en las chicas (sexo asignado) una fuerte preferencia por vestir solamente ropas típicamente masculinas y una fuerte resistencia a vestir ropas típicamente femeninas.
3. Preferencias marcadas y persistentes por el papel del otro sexo o fantasías referentes a pertenecer al otro sexo.
4. Una marcada preferencia por los juguetes, juegos o actividades habitualmente utilizados o practicados por el sexo opuesto.
5. Una marcada preferencia por compañeros de juego del sexo opuesto.
6. En los chicos (sexo asignado), un fuerte rechazo a los juguetes, juegos y actividades típicamente masculinos, así como una marcada evitación de los juegos bruscos; en las chicas (sexo asignado), un fuerte rechazo a los juguetes, juegos y actividades típicamente femeninos.
7. Un marcado disgusto con la propia anatomía sexual.
8. Un fuerte deseo por poseer los caracteres sexuales tanto primarios como secundarios, correspondientes al sexo que se siente.

(Asociación Americana de Psiquiatría , 2014), establece en caso de adultos, las siguientes características:

* 1. Una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y sus caracteres sexuales primarios o secundarios (o en los adolescentes jóvenes, los caracteres sexuales secundarios previstos).
	2. Un fuerte deseo por desprenderse de los caracteres sexuales propios primarios o secundarios, a causa de una marcada incongruencia con el sexo que se siente o se expresa (o en adolescentes jóvenes, un deseo de impedir el desarrollo que los caracteres sexuales secundarios previstos).
	3. Un fuerte deseo por poseer los caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios, correspondientes al sexo opuesto.
	4. Un fuerte deseo de ser del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna).
	5. Un fuerte deseo de ser tratado como del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna).
	6. Una fuerte convicción de que uno tiene los sentimientos y reacciones típicos del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna).

En la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE - 10), se establece tres características que presenta el transexualismo.

Así, (Editorial Médica Panamericana, 2000), señala las siguientes características:

* + 1. Deseo de vivir y ser aceptado como un miembro de género opuesto, por lo general acompañado por el deseo de modificar mediante métodos hormonales o quirúrgicos .el propio cuerpo para hacerlo lo más congruente posible con el género preferido.
		2. La identidad transexual ha estado presente de forma persistente durante al menos dos años.
		3. No se trata de un síntoma de otro trastorno mental, tal como una esquizofrenia, ni está asociado a anomalías cromosómicas.

**CAPÍTULO III**

**DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

# CAPÍTULO III

# DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

1.
2.
3.

## La inseguridad jurídica para la celebración del matrimonio

Por seguridad jurídica, se entenderá aquí tanto la aptitud para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable, como la de controlar y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar. (Sagües P., 1996, p. 218).

(Sagües P., 1996), señala que, la idea de seguridad jurídica se inserta dentro del concepto genérico de seguridad en el mundo jurídico, que comprende muchas variables:

a) Seguridad del Estado, comprensiva de la seguridad exterior (relacionada con la integridad del Estado y con el respeto de sus derechos. A este subtipo de seguridad se la llamó la suprema seguridad de la Nación; y la seguridad interior, vinculada a la noción de orden público, o de tranquilidad social y respeto a los poderes del Estado. (p. 218).

b) Seguridad de las personas, que incluye un sistema de protección a los bienes y cuerpos de los habitantes, seguridad pública, pero además el respeto a todos sus derechos y una tutela efectiva para el caso de amenazas, riesgos o lesiones hacia ellos. En sentido estricto, es aquí donde se aloja mejor la expresión seguridad jurídica, según el significado usual actual de ella. (p. 218).

Desarrolla tres niveles de seguridad jurídica[[13]](#footnote-13) estableciendo en el tercer nivel que, en este tramo el concepto de seguridad jurídica es mucho más exigente: pretende augurar tanto el quién, el cómo y el qué del comportamiento de los sujetos jurídicos, como también una dosis mínima de razonabilidad, legitimidad o justicia en esas conductas. (Sagües P., 1996, p. 219).

Aquí situados, para que haya seguridad jurídica debe haber obviamente orden, pero un orden con justicia incipiente. Aunque la simbiosis plena entre justicia y seguridad, solamente puede darse a nivel divino, el tercer nivel de seguridad jurídica aspira, de todos modos, a trabajar por una seguridad jurídica entendida como el resultado de que se realizan actos de justicia. (Sagües P., 1996, p. 219).

Así entendida la seguridad jurídica, ella no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos. Actualmente, cuando se utiliza la expresión seguridad jurídica, se la emplea, comúnmente, en la tercera versión o nivel. (Sagües P., 1996, p. 219).

Ahora bien, aterrizando en el marco normativo que regula el matrimonio a nivel legal, se debe tener en cuenta que el artículo 234 del Código Civil[[14]](#footnote-14), contiene los presupuestos o elementos esenciales que se deben tener en cuenta para, la celebración del matrimonio: así se tiene: i) la decisión de cada contrayente, fundada en su voluntad; ii) la diferencia de sexo, en cuanto se refiere a la unión entre un varón y una mujer; y, iii) los requisitos formales para la celebración del matrimonio, así como la copia del Documento Nacional de Identidad y la partida de nacimiento de cada cónyuge, entre otros, que también, se encuentran regulados en el mismo Código.

Si la seguridad jurídica, se entiende, como ya se mencionó, como ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, que brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos; los llamados a mantener el orden y la seguridad jurídica, además del legislador, son los jueces, y más aún, aquel que tiene atribuciones especialísimas (así las denomino yo), como el Tribunal Constitucional que, tiene como facultad, interpretar la Constitución, y la virtud de vincularla a los poderes públicos y privados, y en general, erga omnes.

Por ello, bien establece (Sagües P., 1996), cuando señala: “Puede constatarse así que el rol del juez constitucional es harto importante y definitorio para que en un Estado concreto haya o no seguridad jurídica”. (p. 226).

Construyendo el dogma jurídico, que se encuentra en el ordenamiento jurídico vigente, en cuanto a la regulación del matrimonio, (en este caso partiremos de lo particular a lo general), el Código Civil[[15]](#footnote-15) señala que el matrimonio es la unión por un varón y una mujer, obviamente tendrá que entenderse, con el sexo original de cada persona, es decir, el biológico que es inmutable, desde el punto de vista natural; lo cual, no coincidentemente es corroborado o es concordante con nuestra Carta Fundamental[[16]](#footnote-16), la que establece que el matrimonio es un instituto natural, y debe ser promovido como tal, por la sociedad y el Estado.

Asimismo, principios como el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[[17]](#footnote-17) y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución[[18]](#footnote-18), señalan que, toda norma relativa a derechos fundamentales, deben ser interpretados conforme a los Tratados y Convenciones de los que el Perú es parte obligada.

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, reconoce en el inciso 3, a la familia como instituto natural y fundamental que el Estado y la comunidad deben proteger[[19]](#footnote-19). También reconoce a la familia como tal, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 23, inciso 1[[20]](#footnote-20), el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 10, inciso 1[[21]](#footnote-21), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 17, inciso 1[[22]](#footnote-22).

Las mismas normas, mencionadas en la párrafo precedente, consagran también, el derecho a casarse y fundar una familia[[23]](#footnote-23), lo cual, nos lleva a concluir que, si la familia es un instituto natural, quienes la fundan deben constituir elementos con caracteres originales o naturales, por ello, no se infiere, sino que se verifica, el sentido que tiene el artículo 4 de la Constitución, al establecer que, el matrimonio es un instituto natural.

No casualmente, el Estado se llama así mismo, a promover el matrimonio como instituto natural, ya que, no es necesario realizar un análisis muy exhaustivo de la norma y la doctrina (además de haberlo hecho), para entender que el matrimonio como instituto natural, se refiere a la unión entre dos personas, varón y mujer; que de forma natural, por no decir, biológica o primigenia, tengan esta condición.

Ya se ha desarrollado en el marco teórico de esta investigación que, no podríamos denominar o sancionar de discriminación a un supuesto que contraviene el orden normativo constitucional, además de natural. Por ello establece Alex Plácido, que no es inconstitucional a la luz del artículo 2, inciso 2, la discriminación de personas de sexo diferente, cuando éstos no reúnan los requisitos para su celebración, ni si quiera a las uniones de personas del mismo sexo en función de la regulación que hiciera el legislador de la capacidad para contraer matrimonio. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 377).

Si esto es así, es claro que, el legislador ha regulado el matrimonio como la unión por un varón y una mujer, e inminentemente, esto es vinculante contra todos, de tal manera que, para no encontrarnos frente a supuestos que afecten negativamente a la seguridad jurídica, los operadores del Derecho, deben interpretar y aplicar dicha regulación normativa.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional[[24]](#footnote-24), en su arduo trabajo por ponderar y resolver el conflicto de principios y derechos fundamentales, no ha previsto (ya que, no se pronuncia sobre el matrimonio), las consecuencias que genera autorizar el cambio de sexo en Documentos Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de Personas Transexuales.

Al dotar a personas transexuales con esta facultad, desestabiliza la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico como elemento esencial del Estado, generando implicancia o repercusión en la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales, en cuanto, a la regulación del matrimonio, sus fines, funciones, naturaleza requisitos en la celebración.

Ya se ha analizado al matrimonio en cuanto a su definición, elementos, y naturaleza, en este subcapítulo se desarrolla la afectación negativa de la seguridad jurídica en la regulación del matrimonio en cuanto a sus requisitos para la celebración.

Para la celebración del matrimonio, se necesitan como requisitos dos documentos vinculados al tema en tratamiento, estos son: i) la copia La copia legalizada del DNI de los contrayentes. ii) La copia certificada de la partida de nacimiento expedida por el respectivo Registro del Estado Civil.[[25]](#footnote-25)

De manera que, haciéndose efectiva la modificación de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento de personas transexuales, la regulación legal y constitucional nacional, quedan en situación dudosa y defectuosa, quizá hasta ineficaz (no es el tratado del tema), lo cual, genera directamente la afectación al principio seguridad jurídica que tiene como finalidad prevenir y neutralizar los peligros de vulneración de principios y derechos fundamentales regulados en un ordenamiento jurídico, y que tiene como principal deber de proteger el Estado a través sus órganos de poder, así como el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

No queremos abarcar supuestos subjetivos, pero, no hay otra forma de poder prever los posibles peligros de vulneración de derechos, no pudiendo hacerlo solamente de forma abstracta, sin embargo, se tratará de establecer situaciones generales para darle carácter objetivo.

Si en determinado caso, una persona llega a mantener una promesa de matrimonio con otra que, tiene como identidad recesiva u oculta, la opuesta a aquella que muestra como identidad dominante o externa, se contemplan dos supuestos que afectan a la seguridad jurídica de los particulares: i) si la persona no conocía de la identidad recesiva, y el matrimonio se realiza o no, constituiría una afectación grave a su integridad psíquica, a su proyecto de vida, a su libre desarrollo, probablemente a algunos derechos más, que se consagran en la Carta Fundamental. ii) si la persona conocía de la identidad recesiva, y obviamente, el matrimonio se realiza, generaría primero, una situación de colisión entre normas, normas, principios, derechos, ya que la unión civil entre personas homosexuales, no está permitida ni regulada normativamente en nuestro país, y, segundo, una fuerte confrontación político – social, entre los órganos públicos, fuerzas políticas y privados, por determinar si esta conducta puede ser permitida o no dentro de nuestra sociedad, es más, ya se ha venido desencadenando diversas protestas por parte de ciertos sectores de la nación (sociedad) en contra de la ley que la permita.

Por tanto, queda demostrada la inseguridad jurídica que deviene de imprevisión de consecuencias por parte del Tribunal Constitucional, al autorizar el cambio se sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de personas transexuales[[26]](#footnote-26).

## La permisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo

Para introducirnos en el tema, se debe señalar que nuestra Constitución consagra y reconoce al matrimonio como un Instituto natural y fundamental para la sociedad y el Estado y, por supuesto, se encuentra en plena concordancia con los tratados o convenios de alcance internacional.

Es sumamente fácil inferir la naturaleza del matrimonio, para establecer por qué representa un instituto natural y fundamental. De acuerdo a las definiciones de documentos jurídicos internacionales y vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico, es natural, porque es parte esencial del ciclo biológico, que las personas, realizan a lo largo de su existencia para desarrollarse plenamente. Asimismo, es natural porque se constituye de elementos irreductibles e inmutables, como la participación de un varón y una mujer, para construir una comunidad de vida, y realizarse como personas, por medio de la procreación y la convivencia.

De la misma forma podemos atribuirle el carácter fundamental, por su insuperable importancia como elemento base en la composición de la familia, la cual, representa la unidad fundamental base para conformación de la sociedad.

En nuestro sistema jurídico no se halla regulado el matrimonio civil entre personas del mismo sexo; a pesar de lo que expresan los documentos internacionales de los que el Perú es parte, haciendo alusión a varón y mujer, como elementos o partes esenciales para poder casarse y fundar una familia; nuestra carta fundamental no expresa ni por asomo esta relación, lo cual, establece (Plácido Vilcachagua, 2005), no quiere decir que deje a interpretación vaga e incierta la diferencia de sexo de los contrayentes, sino por el contrario, la Constitución consagra el modelo constitucional de matrimonio y su promoción, que permite el equilibrio o compatibilidad normativa con la ley que contempla la definición, finalidades, derechos y deberes del matrimonio.

Una de las características que se evidencia en la definición del matrimonio, es la unión de personas, con cualidades sino esenciales, inherentes al orden natural que suponen una vinculación dentro de los parámetros de la moral que alimenta la norma civil. De la definición del artículo 234 del Código Civil, además de cualidad, se evidencia uno de los presupuestos o requisitos de fondo o sustanciales para contraer matrimonio, tanto que, el requisito opuesto, podría generar causal de separación de cuerpos, divorcio o hasta la invalidez del matrimonio.

Se refiere, pues, a la diferencia de sexo[[27]](#footnote-27), que es la condición inherente al ser humano, alimentado por el interés o atracción que una persona genera en otra, y viceversa. Por ello, la confianza de ambas personas permite la celebración del matrimonio, no pensemos, pues, en ciertas artimañas o argucias que, pueda emplear cualquiera de los contrayentes para ocultar el sexo original de su persona, para alcanzar fines que a posteriori, terminen causando perjuicio a la otra.

En ese sentido, sobre lo mencionado en el párrafo anterior, aun cuando dos personas se pudiesen de acuerdo, para la celebración del matrimonio, una de ellas utilizando el sexo biológico y la otra el sexo aparente, es decir, el sexo legal, que alguna vez fue el opuesto a aquél, sería una conducta inconstitucional e ilícita, por cuanto la norma no concibe como legítima la unión entre dos personas del mismo sexo. Aun cuando las normas se puedan ajustar a la medida de intereses personales.

Es curioso, lo que podemos encontrar en la sentencia[[28]](#footnote-28) del Tribunal Constitucional, donde se habrían establecido las diversas consecuencias problemáticas que desencadenarían el reconocimiento y permisión del cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de personas transexuales:

[…] En la admisión por vía jurisprudencial del matrimonio homosexual (dado que-de acuerdo al fundamento 34 de la sentencia de la mayoría- el transexual que desea casarse con una persona de sexo opuesto al sexo con el que aquel se identifica no deja de ser de su sexo biológico, por lo que en puridad estaría pretendiendo casarse con alguien de su mismo sexo), admisión que - afirma la mayoría- corresponde discutirse en sede parlamentaria. (Tribunal Constitucional, 2013, fundamento 34).

Obviamente, este criterio ha sido derogado, junto a toda la doctrina jurisprudencial creada en la mencionada sentencia[[29]](#footnote-29), para ser reemplazada por el nuevo criterio del Tribunal Constitucional[[30]](#footnote-30), que supone la autorización del cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de personas transexuales.

Pero, la cuestión que se le podría plantear al colegiado, o en general, la observación que se realice a la sentencia que supone la autorización es, dónde el problema mencionado y los no mencionados, hallaron solución o justificación, para deslindarlos como posibles contingencias normativas o sociales, o mayor aun, como posibles afectaciones negativas a diversos principios o derechos fundamentales.

Atendiendo a la regulación del matrimonio en cuanto a los requisitos formales, lo cual, se ha desarrollado en el subcapítulo precedente, la modificación del sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de una persona, deja abierta la posibilidad, no ha burlar la norma civil, sino a cumplir con los presupuestos para su celebración establecidas en ella, es decir; la conducta prohibida antes de la emisión de la sentencia del Tribunal[[31]](#footnote-31), ahora está permitida, o por lo menos, no prohibida y no delimitada, ya que, el Tribunal Constitucional, en el afán de conceder y reconocer algunos derechos, no previó consecuencias jurídicas en cuanto a la regulación del matrimonio y sus efectos.

**Cuadro N° 1.** Esquema del matrimonio de persona transexual.

Esta consecuencia problemática que, permitiría el matrimonio entre personas del mismo sexo, es uno de los efectos en la regulación del matrimonio que no se previeron en sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de personas transexuales.

De ninguna manera, aunque no estaríamos lejos de la realidad, no se puede dar a luz forzadamente, normas en forma de sentencias vinculantes erga omnes, que permitan conductas no reguladas ni en la Constitución ni en alguna norma jurídica de inferior jerarquía. Es un problema que diversos investigadores están tratando de resolver o por lo menos, de describir; partiendo del análisis de la facultad que goza el Tribunal Constitucional, para emitir interpretaciones de carácter vinculante que permitan o habiliten situaciones que, no se presentarían si no se daría ninguna disposición interpretativa por parte de este órgano constitucional. ¿Acaso se necesitaría limitar las atribuciones del órgano máximo intérprete de la Constitución?

Por ello, se ve evidenciado que, a pesar que en la regulación del Código Civil, y lo establecido por la Constitución, orientada a la no permisión y previsión del matrimonio entre personas del mismo sexo, habría una puerta abierta para la existencia y validez de este acto, el cual, habría sido generado por el proceder del Tribunal Constitucional en la sentencia[[32]](#footnote-32) que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales.

## La contraposición a uno de los fines del Estado y de la Sociedad: La Promoción del Matrimonio como Instituto Natural y Fundamental

Se quiere dejar sentado, lo que ya es evidente, en cuanto al modelo de Estado en el que gravita todo nuestro ordenamiento jurídico, es decir, el Estado Constitucional de Derecho, el cual, supone la sujeción y obediencia irrestricta a nuestra ley fundamental, la Constitución. Asimismo, se debe precisar lo que supone este modelo de Estado, al conciliar con el nuevo paradigma iusfilosófico, el postpositivismo; para concluir en la imposibilidad de percibir el derecho y su aplicación, sin la injerencia o influencia de principios que provean de sentido lógico – salve la redundancia – a las reglas que regulen las conductas o actos jurídicos en la sociedad.

Las bases teóricas sobre la determinación de principios y derechos fundamentales, y su identificación, nos permiten establecer de manera más comprensible, la importancia que representa la promoción del matrimonio para los poderes públicos, la sociedad y los particulares, es decir, su alcance erga omnes.

Al contrastar la promoción del matrimonio con las características[[33]](#footnote-33) establecidas para determinar un principio de derecho fundamental, sin duda alguna, se puede afirmar que nos encontramos frente a uno de estos tantos.

Es por ello que, bien menciona César Landa, que, la Constitución no le otorgó un carácter constitutivo, sino tan sólo declarativo, es decir, que no la estableció como un derecho, sino como un principio que dotará a las normas más específicas y de menor jerarquía, el sentido y la forma de aplicación que necesitan para su eficacia.

La promoción del matrimonio, supone, entonces, no el derecho a casarse explícitamente, sino que lo hace intrínsecamente, y además, provee de bases a la norma legal, para establecer los requisitos y formalidades para su constitución.

Como derecho fundamental, la promoción del matrimonio, se identifica con el doble carácter del que gozan todos los derechos que cuentan con esta condición de fundamentales[[34]](#footnote-34), uno objetivo que, se encuentra referido a la obligación que tienen los poderes públicos y la comunidad, de garantizar y proteger el derecho, y otro subjetivo, que se refiere a la facultad que tiene cada persona para poder ejercerlo, de la misma forma que, podrá defenderlo activando los órganos responsables de su tutela.

Es intolerable la concepción subsidiaria, que profesa la actividad jurisdiccional, es decir, cuando el daño que se pueda causar a un determinado bien jurídico sea de naturaleza mediática, (cuando se suscite en tiempo presente o se haya suscitado). Los mecanismos idóneos para la solución de conflictos de intereses, sean jurídicos o de cualquier otra índole, no debieran ser sobrevinientes al problema, sino, mientras se pueda identificarlos y prevenir situaciones que pongan en riesgo el principio de la seguridad jurídica. No olvidemos, pues, que el décimo principio del Título Preliminar del Código Civil, obliga a la Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Fiscal de la Nación, a dar cuenta al Congreso de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Lo que se pretende establecer en el párrafo precedente, es por lo menos, idealmente, plantear la posibilidad de que no sólo se administre justicia, o se interprete la norma en determinados casos concretos, y cuando exista un verificado daño a un derecho, sino que se regule soluciones frente a contingencias normativas que no se perciben de forma concreta en la realidad, sino que de manera abstracta menoscaban principios y derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional tiene facultades constitucionales (valga la redundancia), dentro de las cuales, se encuentra la interpretación de la norma con mayor jerarquía, la Constitución. Teniendo en cuenta la suma responsabilidad e importancia que le ha conferido la Constitución, dentro de todo el aparato normativo, su actuación, debe ser de grado igualmente consciente y cuidadoso.

En cuanto a la sentencia[[35]](#footnote-35) emitida por dicho órgano constitucional, en la que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de personas transexuales, se realiza un análisis muy interesante, al momento de ponderar derechos fundamentales, como el derecho al pleno desarrollo de la persona, el derecho a la identidad sexual (fundamentada en el derecho a la libertad en general). Los derechos fundamentales vencedores son: la libertad sexual, del que surge la identidad sexual, sobre aquellos que no se mencionan en la Sentencia. Es como una ponderación tácita, donde solo se reconocen aquellos derechos “No reconocidos”, y no se mencionan aquellos que podrían ser afectados inminentemente; ya que, a veces hay que romper reglas por un bien mayor, sin embargo, esto siempre acarrea consecuencias.

Es importante señalar que el trabajo del Tribunal Constitucional, no es precisamente objeto de cuestión en este trabajo de investigación, sino más bien, sólo determinar de la forma más acertada, los efectos que esta resolución ha ocasionado en el ordenamiento jurídico, y en la aplicación del derecho dentro de la sociedad.

En ese sentido, se debe precisar que la colisión de principios de derechos fundamentales, sin duda, ha vuelto a formar parte de nuestra realidad jurídica, por ello, es que nuestro Tribunal – indubitablemente – ha tenido un arduo y delicado trabajo de interpretación y ponderación de principios y derechos fundamentales.

Sin embargo, el resultado del trabajo del Tribunal pareciera provechoso y fructífero sólo en parte, ya que, lo que sucede en este escenario, es lo que ya hemos anotado en cuando a la precedencia[[36]](#footnote-36) de un principio o derecho sobre otro, y el resultado en la preferencia de uno por otro, a fin de no vulnerar el derecho fundamental o principio con más peso.

Pero qué, si en el caso expuesto en la sentencia[[37]](#footnote-37), además de preferir un derecho o principio sobre el otro, se afectan otros que para el caso concreto habían estado al margen. ¿Es que la ley de la ponderación, que a nivel internacional, se aplica por el principio de convencionalidad se convierte en ineficaz? En efecto; y por cierto se debe concluir en que, ningún tipo de test ni filtro, podría prever la infinidad de consecuencias y efectos que causa la limitación o preferencia de un principio o derecho fundamental sobre otro o más.

Por lo tanto, ¿se podría afirmar que la labor del Tribunal Constitucional es ineficiente? En ninguna manera, a nuestro parecer, las consecuencias que puede causar el alcance de un principio o derecho fundamental o norma jurídica, vendrían a ser como aquellas protuberancias que brotan naturalmente de la atmósfera del sol, las cuales, no pueden ser manejadas ni contenidas por ninguna fuerza, de la misma manera, ocurre con el control de este tipo de principios, ya que su naturaleza es ser incontenibles.

A propósito de la sentencia[[38]](#footnote-38), se debe señalar que, la mencionada resolución tiene efectos vinculantes a todos los poderes públicos y privados, ya que habiendo derogado doctrina jurisprudencial[[39]](#footnote-39), se convertiría en la nueva doctrina redireccionada.

El resultado de la sentencia, es claro; el Tribunal constitucional reconoce una pretensión que en adelante sería efectivizada por todo aquel que se crea titular del derecho, estamos hablando del cambio de sexo en la Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento de una persona transexual – porque cualquier persona no lo haría – realizaría, teniendo en cuenta que, se le ha reconocido el derecho a la identidad sexual, el cual, se funda en el derecho a la identidad y a libertad, y además, en el derecho al libre desarrollo de la persona.

Estos derechos se encontraban en colisión en la doctrina jurisprudencial vinculante[[40]](#footnote-40), vigente, antes de emitirse la sentencia, la cual, establecía como patología a la transexualidad, y en efecto el derecho a la identidad sexual no toleraba esta condición con arreglo a derecho.

Con el fallo del Tribunal, se reconoce el derecho a poder elegir el sexo con el cual una persona se sienta identificada, facultad que, es posible con el derecho a la identidad y libertad sexual, y además, se descarta a la transexualidad como enfermedad sexual, contenida en la lista establecida por Organización Mundial de la Salud (OMS) de enfermedades de este tipo.

No olvidemos que el Tribunal Constitucional cita en su sentencia, a diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que, se evidencia de que ha cumplido con el control de convencionalidad[[41]](#footnote-41).

Volviendo al tratado, la promoción del matrimonio como fin y principio del Estado y de la sociedad, debe efectuarse y cumplirse, pero, teniendo en cuenta, qué es lo que se está promocionando, y, atendiendo, además, al modelo constitucional de matrimonio, se concluye que se promocionará lo que se tenga, es decir, lo que está normado, y no solo en normas de nivel y alcance interno nacional[[42]](#footnote-42), sino, internacional[[43]](#footnote-43).

Atendiendo al modelo constitucional de matrimonio, y de lo que ha mencionado en los subcapítulo precedentes, el principio de promoción del matrimonio como fin, guarda relación con el de la forma del matrimonio, contenido también, en el párrafo final del citado artículo 4, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil. (Plácido Vilcachagua, 2005)

Tendiendo definida esta cuestión, nos queda establecer, la importancia de la promoción del matrimonio, en las atribuciones y deberes de los órganos y miembros de la sociedad, llamados a su cumplimiento y difusión, los cuales deberán tener en cuenta el modelo regulado en nuestra legislación.

La dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dínamo de los derechos fundamentales. Siendo así, el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental, establece: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Es en relación a este artículo, que en párrafos anteriores se ha mencionado que la promoción del matrimonio es un fin del Estado y de la sociedad, y, esto será así, en tanto, la persona y la defensa de todos sus derechos que desencadene el respeto de su dignidad sean el fin supremo del Estado y de la sociedad, es por ello que, la protección y reconocimiento del lugar donde la persona se desarrolla y encuentra plenitud en los diversos ámbitos y etapas de sus vida, es decir, la protección de la familia, será el fin supremo de la sociedad y el Estado, y, por ende, también, lo será la promoción del instituto, base de la fundación de una familia (no de todas en el Perú), el matrimonio.

Dejando saneado ello, y aterrizando en la principal labor de este subcapítulo; se debe señalar que, el resultado de la sentencia del Tribunal Constitucional, que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y en la partida de nacimiento en personas transexuales, es el origen de diversos efectos en nuestro ordenamiento jurídico.

El modelo de matrimonio que el Estado y la sociedad tienen el deber de promocionar y, además, mantener y defender como su fin supremo, no puede ser afectado negativamente, por ninguna norma jurídica, aun cuando tuviese rango constitucional, en todo caso, tendría que devenir en inconstitucionalidad.

Ya se ha demostrado en los subcapítulos precedentes, que los efectos de la Sentencia que autoriza el cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad de personas transexuales, son negativos, en la regulación del matrimonio, y por ende, la creación de supuestos que afectan a la seguridad jurídica en la celebración del matrimonio y la permisión a conductas no permitidas en el ordenamiento jurídico.

Si esto es así, con ello, surge claramente la contraposición a uno de los fines del Estado y de la sociedad; de un lado el deber de promoción del matrimonio, teniendo en cuenta su modelo constitucional, y de otro, la permisión de una conducta que no concuerda o es incompatible, al principio constitucional, como fin supremo del Estado y de la sociedad, pero que se encuentra indirectamente reconocido en una sentencia[[44]](#footnote-44) que, tiene carácter vinculante u obligatorio para todos los poderes del Estado y también para la sociedad.

# CONCLUSIONES

1. La autorización del cambio de sexo en el Documento Nacional de Identidad y Partida de Nacimiento de personas transexuales, dada por el Tribunal Constitucional en el sentencia N° 04060 – 2015 – PA., constituye un efecto negativo en la regulación del matrimonio, en consecuencia afecta la seguridad jurídica, debido a que, esta acción, a favor de los transexuales, supone un estado incierto o dudoso respecto del sexo de la persona con la que se quiera contraer matrimonio, desnaturalizando dicha institución.
2. La congruencia entre el sexo que exteriorizan las personas transexuales y, el sexo consignado en el Documento Nacional de Identidad y en la Partida de Nacimiento de éstos, permitiría la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. En tanto, estos documentos constituyan requisitos formales para ésta, no existirá aparentemente, impedimento legal alguno.
3. La permisibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, representa la contraposición a la promoción del matrimonio como fin del Estado y de la sociedad, en virtud a que, este acto, no es compatible con el modelo constitucional de matrimonio desarrollado en la Constitución.

# RECOMENDACIONES

1. Sugerir a los Órganos Públicos, encargados de administrar justicia, como el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, y el Fiscal de Nación, cumplan con dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación; en tanto, es una obligación que establece el artículo X de Título Preliminar del Código Civil.

A la sociedad, ejerza su derecho contenido en el artículo 203, inciso 5 de nuestra Constitución, e interponga acción de inconstitucionalidad en contra de normas en forma de Sentencias, que desnaturalicen instituciones que son pilares de ésta, como el matrimonio y, generen supuestos que afecten la seguridad jurídica.

1. Recomendar al Estado y a la Sociedad, acaten el principio constitucional de promover el matrimonio contenido en la Constitución, en tanto, es uno de sus deberes primordiales, garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos, como el derecho a casarse y fundar una familia, asimismo, es su fin supremo, la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, y por ende de todos los derechos que supone esta virtud, como aquellos que surgen de la protección de la familia y la Promoción de Matrimonio como institutos naturales y fundamentales.

# LISTA DE REFERENCIAS

Águila Grados, G. (19 de Enero de 2016). El Precedente Constitucional. *Expreso*.

Aguiló Regla, J. (2007). POSITIVISMO Y POSTPOSITIVSMO. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN POCAS PALABRAS. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho ISSN: 0214-8676*, 665 - 675.

Álvarez, P., Cornú, P., & Blanca Musachi. (4 de Mayo de 2018). *http://www.lacan21.com*. Obtenido de http://www.lacan21.com: http://www.lacan21.com/sitio/2018/05/04/transexualismo-y-travestismo-desde-la-perspectiva-del-psicoanalisis/

Asamblea General de la ONU. (1966). *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.* New York.

Asamblea General de ONU. (1966). *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

Asociación Americana de Psiquiatría . (2014). *Guía de consulta del DSM - 5 .* Estados Unidos : Arlington, VA 22209-3901/ ISBN 978-0-89042-551-0.

Bechara Llanos, A. (2011). ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN ROBERT ALEXY. *SABER, CIENCIA Y Libertad ISSN: 1794-7154*, 63 - 76.

Calderón Arismendi, Y. J., Flores Arque, G., & Rodríguez Chávez, M. A. (Agosto de 2017). *repositorio.utp.edu.pe.* Obtenido de repositorio.utp.edu.pe: http://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/UTP/770/6/Yovanna%20Calderon\_Gladys%20Flores\_Mariela%20Rodriguez\_Trabajo%20de%20Suficiencia%20Profesional\_T%C3%ADtulo%20Profesional\_2017.pdf

Castillo Córdova, L. (2002). *Acerca de la Garantía del Contenido Esencial y de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales.* Piura: Repositorio PIRHUA.

Castillo Córdova, L. (2009). *Estudios y Jurisprudencia del Código Procesal Cosntitucional Artículo por Artículo.* Lima: Gaceta Jurídica S.A. .

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú.* Lima: Gaceta Jurídica.

Congreso de la República. (2004). *Código Procesal Constitucional.* Lima.

Constitucional, T. (21 de Octubre de 2016). *Cambio de Sexo en el DNI y en la Partida de Nacimiento.* Arequipa.

Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano.* Lima: Gaceta Jurídica .

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Control de Convencionalidad: Cuadernillo de Jurisprudencia N° 07.* San José de Costa Rica: CIDH.

Editorial Médica Panamericana. (2000). *Guía de la Clasificación CIE-10.* Madrid: EDITORIAL MÉDICA PANAMERICANA - ISBN: 84-7903-492-0.

Ferrajoli, L. (2010). *Derecho y Dolor: La crisis del paradigma constitucional, en “El Canon Neoconstitucional”.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

García Toma, V. (2015). La Constitución y el Sistema Jurídico Nacional. *THĒMIS-Revista de Derecho 67.*, 23-37.

Hinostroza Minguez, A. (1999). *Derecho de Familia.* Lima: San Marcos.

III Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* París.

Landa Arroyo, C. (2006). *Constitución y fuentes del derecho.* Lima: Palestra Editores.

Landa Arroyo, C. (2011). Dignidad de la Persona Humana. *Ius et Veritas 21/ Revistas PUCP*, 10 - 25.

Landa Arroyo, C. (2013). La Constitucionalización del Derecho Peruano. *Derecho PUCP* , 13-36.

Órgano Oficial de la Sociedad Chilena de Neurología. (2014). *Revista Chilena de Neuro - Psiquiatría.* Santiago de Chile: ISSN 0717 - 9227 Versión Electrónica.

Plácido V., A. (1997). *Ensayos sobre el Derecho de Familia.* Lima: RODAS.

Plácido Vilcachagua, A. F. (2005). La Constitución Comentada. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Poder Ejecutivo. (1984). *Código Civil.* Lima: Jurista Editores.

Quipe Salsavilca, D. (2001). *La Noción de Matrimonio.* Lima: Cultural Cuzco S.A.

Quiroga León, A. (1990). *Sobre la Jurisdicción Constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

RAE. (20 de Septiembre de 2018). *dle.rae.es*. Obtenido de dle.rae.es: http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=silogismo

Rioja Bermudez, A. (22 de Marzo de 2013). *http://blog.pucp.edu.pe*. Obtenido de http://blog.pucp.edu.pe: http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/03/22/control-de-constitucionalidad-en-peru/

Ruiz Ruiz, R. (2012). La Distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad ISSN: 1692 - 3936*, 145 - 165.

Sagües P., N. (1996). Jurisdicción Cosntitucional y Seguridad Jurídica. *Fundación Konrad Adenauer*, 217 - 232.

Tribunal Constitucional. (2013). STC N° 0139 - 2013 - PA. 51.

Tudela Cuenca, J. (2018). *La transexualidad y su clasificación diagnóstica: cambios en su definición .* Valencia: Universidad Católica de Valencia.

World Health Organization. (18 de Junio de 2018). *http://www.who.int*. Obtenido de http://www.who.int: http://www.who.int/classifications/icd/en/#

# ANEXOS

1. Al respecto Robert Alexy habla sobre la colisión de principios en su teoría de los derechos fundamentales, en la ponderación de bienes jurídicos, estos como principios de derechos fundamentales. (Bechara Llanos, 2011). [↑](#footnote-ref-1)
2. El silogismo jurídico se entiende como una forma de razonamiento deductivo, una deducción lógica que consta de dos preposiciones, premisas y antecedentes y una tercera como conclusión derivada. (RAE, 2018) [↑](#footnote-ref-2)
3. Es posible establecer tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud de campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma. (Ruiz Ruiz, 2012, p. 147). [↑](#footnote-ref-3)
4. Circunstancia de preceder a una cosa o persona en el tiempo o en el espacio o de tener más importancia que otra persona o cosa. [↑](#footnote-ref-4)
5. Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [↑](#footnote-ref-5)
6. El artículo 234 del Código Civil de 1984 señala que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, para hacer vida común". [↑](#footnote-ref-6)
7. La primera acepción de "matrimonio", según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es la "unión de hombre y mujer concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales" [↑](#footnote-ref-7)
8. El término Transexualismo fue introducido discretamente por Magnus Hirschfeld en 1923 quien habló primero de "transexualidad psíquica" y quien dio la primera lectura científica sobre el Transexualismo en 1930 a la Asociación para el Desarrollo de la Psicoterapia. Hirschfeld consideraba el Transexualismo una forma de intersexualidad. Más tarde, Cauldwell hablaba de "psicopatia transexualis" en los años cuarenta. Pero, fue el Doctor Harry Benjamin, un endocrinólogo pionero en la investigación de esta condición, quien introdujo el término Transexualismo abiertamente en la comunidad médica en los años cincuenta. Harry Benjamin, al igual que Hirschfeld, ya desde el principio defendía una explicación biológica de la condición, a pesar de que por entonces eso era todavía imposible de hallar. En aquel momento, era urgente diferenciar ésta condición del travestismo y la homosexualidad, y el término Transexualismo pareció lógicamente el más adecuado por aquella época, dada la todavía oscuridad científica en torno a esta condición, y se empezó a hablar de transexuales por primera vez. Sin embargo, Hirschfeld hablaba del Transexualismo como un "tercer sexo" mientras que Harry Benjamin no. Harry Benjamin consideraba que ésta condición necesitaba ser tratada y corregida de acuerdo con la identidad de género predominante. (Álvarez, Cornú, & Blanca Musachi, 2018) [↑](#footnote-ref-8)
9. Los dos complejos, Edipo y castración, tienen un concepto que los articula: el falo. La diferencia sexual no se orienta por el primado genital, sino por el primado del falo que remite a la castración: unos tienen y otros no. El falo será el operador lógico de la estructura dejando por fuera la lógica del “desarrollo”. (Álvarez, Cornú, & Blanca Musachi, 2018) [↑](#footnote-ref-9)
10. La sexuación es el conjunto de fases biológicas y psicológicas que contribuyen a la caracterización de la sexualidad de los individuos de una especie, tanto su sexo genético, biológico y fisiológico como su sexo psicológico o identidad sexual y su "sexo objeto" u orientación sexual. (Álvarez, Cornú, & Blanca Musachi, 2018) [↑](#footnote-ref-10)
11. La elaboración de un manual diagnóstico está a cargo de un grupo de personas, quienes tienen la tarea de analizar e interpretar del mejor modo posible los resultados de la investigación disponibles. Esto requiere que los participantes tengan una visión neutral, balanceada y objetiva, en el proceso de revisión y de interpretación de la información. Se ha señalado que el proceso de revisión crítica efectuada por el grupo que elaboró el DSM-5 no fue lo suficientemente sistemático, amplio y bien documentado. No se habría solicitado suficientes críticas y opiniones de personas ajenas al proceso de elaboración del manual, las que deberían haber sido incorporadas a los documentos de trabajo. (Órgano Oficial de la Sociedad Chilena de Neurología, 2014) [↑](#footnote-ref-11)
12. Poco antes del lanzamiento del DSM-5 Thomas Insel, actual director del mayor instituto de investigación a nivel mundial -el National Institute of Mental Health (NIMH)-, declaró que la principal debilidad del DSM-5 es su falta de validez. A diferencia de la isquemia cardíaca, el linfoma o el SIDA, los diagnósticos del DSM están basados en consensos acerca de la agrupación de síntomas clínicos, sin ninguna medición objetiva de laboratorio. En el resto de la medicina eso equivaldría a crear sistemas diagnósticos basados en la naturaleza del dolor de pecho o en las características de la fiebre. Los diagnósticos basados en síntomas, que una vez fueron comunes en otras áreas de la medicina, han sido reemplazados en el último medio siglo en la medida en que ha quedado en claro que sólo excepcionalmente los síntomas orientan la mejor elección del tratamiento. (Órgano Oficial de la Sociedad Chilena de Neurología, 2014)

Por este motivo el NIMH reorientará la investigación, dejando de lado las categorías del DSM.

La razón es que la investigación no tendrá éxito si se continúan empleando las categorías del DSM como el “gold standard”. El sistema diagnóstico debe basarse en los datos emergentes de la investigación, no en las categorías actuales basadas en síntomas. La situación actual sería como decidir que el electrocardiograma no es útil porque muchos pacientes con dolor al pecho no tienen cambios en ese examen. Esto es lo que habría ocurrido durante décadas, cuando se han rechazado biomarcadores debido a que no detectan categorías del DSM. Por lo tanto es necesario recolectar datos genéticos, cognitivos, fisiológicos, de neuroimágenes -y no sólo los síntomas-, para ver cómo se agrupan y cómo se relacionan a la respuesta a tratamientos. (Órgano Oficial de la Sociedad Chilena de Neurología, 2014, p. 61). [↑](#footnote-ref-12)
13. El primer nivel, en todo caso, se hará lo que el déspota decida. Ninguna ley es oponible a su voluntad, que por lo demás es la fuente del derecho; ni los jueces, desde luego, fallarán contra él. […] En el segundo nivel, sintetizando, se requiere que las decisiones estatales sean adoptadas según el esquema constitucional de asignación de competencias, por los órganos respectivos, y de acuerdo a las directrices de contenido que también trae la Constitución. […]. (Sagües P., 1996, p. 218 - 219). [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 234 del Código Civil: Es la Unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella, y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículo 234. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 4: El Estado protege a la familia y promueve el matrimonio. Reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad y el Estado. […] [↑](#footnote-ref-16)
17. El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. [↑](#footnote-ref-17)
18. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. [↑](#footnote-ref-18)
19. “La familia es el elemento natural y fundmental de la sociedad y tiene a la protección de la sociedad y del Estado”. (III Asamblea General de la ONU, 1948). [↑](#footnote-ref-19)
20. “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.” (Asamblea General de la ONU, 1966). [↑](#footnote-ref-20)
21. “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”. (Asamblea General de ONU, 1966). [↑](#footnote-ref-21)
22. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” [↑](#footnote-ref-22)
23. Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 16, inciso 1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia […].” (III Asamblea General de la ONU, 1948). Pacto de los Derechos Civiles y Políticos en su Artículo artículo 2: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.” (Asamblea General de la ONU, 1966). La Convención Americana de Derechos Humanos en su Artíuclo 2, inciso 2: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, […]” (Asamblea General de ONU, 1966). [↑](#footnote-ref-23)
24. STC N° 06040 – 2015 – PA. [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículo 48 del Código Civil de 1984. [↑](#footnote-ref-25)
26. La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio [cfr. lnternational Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-1 O), F64.0]. (Citado por el Tribunal Constitucional, STC 0139 – 2013 – PA., fundamento 13) [↑](#footnote-ref-26)
27. La diferencia de sexo, es una condición natural de aptitud para contraer matrimonio (Cornejo Chávez, 1998). [↑](#footnote-ref-27)
28. STC N° 0139 – 2013 – PA. [↑](#footnote-ref-28)
29. STC N° 0139 – 2013 – PA. [↑](#footnote-ref-29)
30. STC N° 04060 – 2015 – PA. [↑](#footnote-ref-30)
31. STC N° 04060 – 2015 – PA. [↑](#footnote-ref-31)
32. STC N° 04060 – 2015 – PA. [↑](#footnote-ref-32)
33. Es posible establecer tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. (Ruiz Ruiz, 2012) [↑](#footnote-ref-33)
34. Ello significa que no solo se debe reconocer en los derechos fundamentales un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular (dimensión subjetiva), sino además reconocer la obligación del Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquellas (dimensión objetiva). (Castillo Córdova, 2002) [↑](#footnote-ref-34)
35. STC N° 04060 – 2015 – PA. la cual, autoriza el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento de personas transexuales. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ya que cuando dos principios entran en colisión, tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro, eso mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente. Es decir, a diferencia de las reglas que se aplican de la forma “todo o nada”, los principios constitucionales se pueden aplicar de manera diferencial a cada caso concreto, pues estos no pierden su validez jurídica al no ser aplicados cuando otro principio es empleado en la solución de la controversia. [↑](#footnote-ref-36)
37. STC N° 04060- 2015 – PA. [↑](#footnote-ref-37)
38. STC N° 04060 – 2015 – PA. [↑](#footnote-ref-38)
39. El tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. está disponiendo no solo la vinculación de los jueces (de los operadores jurídicos en general) a las interpretaciones del Tribunal Constitucional contenidas en las razones suficientes o ratio decidendi, sino también a las contenidas en las razones subsidiarias u obiter dicta. [↑](#footnote-ref-39)
40. STC N° 0139 – 2013 - PA [↑](#footnote-ref-40)
41. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010) [↑](#footnote-ref-41)
42. El artículo 234 del Código Civil de 1984 señala que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, para hacer vida común". [↑](#footnote-ref-42)
43. Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [↑](#footnote-ref-43)
44. STC N° 04060 – 2015 – PA. [↑](#footnote-ref-44)