



PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Número 14, Volumen 7
Enero-junio
2020

www.primerainstancia.com.mx
ISSN 2683-2151

DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN
REVISTA PRIMERA INSTANCIA

EDITOR y DIRECTOR GENERAL

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas. México.

DIRECTOR HONORARIO

Dr. Hugo Carrasco Soulé

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

COEDITOR GENERAL

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

COMITÉ EDITORIAL

Ana Carolina Greco Paes

Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.

Juan Marcelino González Garcete

Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Pamela Juliana Aguirre Castro

Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito y Universidad de Especialidades Espíritu Santo; Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador.

Pablo Darío Villalba Bernié

Decano de la Universidad Católica de Encarnación, Paraguay.

René Moreno Alfonso

Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 14, volumen 7, enero a junio de 2020, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión vía red de cómputo desde el 2013, resultado de investigaciones científicas originales e inéditas, difunde resultados de estudios empíricos y teóricos preferentemente del área jurídica, con la periodicidad semestral (enero-junio / julio-diciembre).

Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52961) 6142659, página web: <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primera-instancia/>

Correo primerainstancia@Outlook.com.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano, titular de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151.

Las opiniones de los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Editorial

La humanidad está en riesgo, por la pandemia provocada por un nuevo virus SARS – COV-2, que ha provocado, al día de hoy 4,687,320 personas contaminadas y 313, 973 personas fallecidas, de acuerdo con los datos de la *University Jonh Hopkins*.¹

La población mundial es de 7700 millones de personas,² lo que representa, en forma global: el 0.0608% de contagios y el 0.00407% muertes de toda la humanidad.

No todos los países han resentido en forma similar la enfermedad COVID-19, siendo el más afectado, hasta ahora Estados Unidos con 4,478,241 contagiados y 89,207 fallecimientos,³ país que destina el mayor porcentaje (14.7%)⁴ del PIB a la salud, pero que no da asistencia gratuita como regla.

Este fenómeno, que sorprendió a todos, ha evidenciado las carencias de las instituciones encargadas de proteger la salud, las desigualdades sociales, el uso mezquino de noticias falsas, que los políticos y los medios de comunicación aprovechan egoístamente cualquier acontecimiento para pretender manipular a la sociedad, la falta de solidaridad como sociedad, la ausencia de pericia para dirigir con políticas paliativas ante este grave peligro, en el que hay que ponderar entre proteger la vida de las personas o la economía, muchos son los retos que los operadores del derecho, tendrán que desarrollar, para atender lo más eficaz, ante los dilemas en que nos encontramos, que en mucho, los propios seres humanos, somos causantes de ello.

En este número se presentan artículos de destacados juristas con temas de gran importancia para comprender los fenómenos jurídicos actuales: RELATIVIDAD DE LA SENTENCIA DE AMPARO VS LA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN CONVENCIONAL de Alfonso Jaime Martínez Lazcano; GÉNERO Y DERECHOS: EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO PARA LA POBLACIÓN TRANS, POR LA VÍA ADMINISTRATIVA de Rocío de la Rosa Méndez y Yolanda Castañeda Altamirano; OMBUDSPERSON MUNICIPAL. UNA NECESIDAD EN EL ESTADO MEXICANO de Eliceo Muñoz Mena; DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS INMEDIATO. ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE MISIONES REPÚBLICA ARGENTINA de Pablo Federico Padula; ARGUMENTANDO LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VEZ DE INCURRIR EN DICHO MENOSCABO de Jorge Isaac Torres Manrique; DAÑO MORAL Y SU TUTELA JUDICIAL EFECTIVA de Merly Martínez Hernández; PROTECCIÓN AMBIENTAL EN RELACIÓN AL DERECHO A

¹ COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU), (véase en: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, consultado el 17/05/2020, 14:25 hora de la Ciudad México)

² ONU, Paz, dignidad e igualdad en un planeta sano, (véase en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/population/index.html>, consultado el 17/05/2020)

³ COVIT-19, *Ídem*.

⁴ El Banco Mundial proporciona datos para Estados Unidos desde 2000 a 2017. El valor medio para Estados Unidos durante ese período fue de 15.42 % del PIB con un mínimo de 12.5 % del PIB en 2000 y un máximo de 17.2 % del PIB en 2016. (*Global Economy, Estados Unidos: Gasto en salud como % del PIB*, véase en: https://es.theglobaleconomy.com/USA/Health_spending_as_percent_of_GDP/, consultado el 17/05/2020).

LA SALUD: EXAMEN DEL DERRAME DE CRUDO EN COLOMBIA de Jaime Cubides-Cárdenas y Andrea Paternina Feria y POSIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN VENEZUELA de Sacha Rohán Fernández Cabrera.

Estamos inmersos en una revolución jurídica, esencialmente por la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno de los países latinoamericanos adheridos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que requiere de muchas voces y reflexiones para comprender los nuevos parámetros de protección a los derechos humanos.

Esperando que *Primera Instancia* venga a contribuir y a impulsar la nueva cultura jurídica de protección de los derechos humanos.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Editor y Director General

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 17 de mayo de 2020.

ÍNDICE

RELATIVIDAD DE LA SENTENCIA DE AMPARO VS LA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN CONVENCIONAL.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....11

GÉNERO Y DERECHOS: EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO PARA LA POBLACIÓN TRANS, POR LA VÍA ADMINISTRATIVA

Rocío de la Rosa Méndez y Yolanda Castañeda Altamirano.....36

OMBUDSPERSON MUNICIPAL. UNA NECESIDAD EN EL ESTADO MEXICANO

Eliceo Muñoz Mena.....59

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS INMEDIATO. ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE MISIONES REPÚBLICA ARGENTINA

Pablo Federico Padula.....111

ARGUMENTANDO LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VEZ DE INCURRIR EN DICHO MENOSCABO

Jorge Isaac Torres Manrique.....134

DAÑO MORAL Y SU TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Merly Martínez Hernández.....158

**PROTECCIÓN AMBIENTAL EN RELACIÓN AL DERECHO A LA SALUD:
EXAMEN DEL DERRAME DE CRUDO EN COLOMBIA**

Jaime Cubides-Cárdenas y Andrea Paternina Feria.....218

POSIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN VENEZUELA

Sacha Rohán Fernández Cabrera.....246



POSIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN VENEZUELA¹

Sacha Rohán FERNÁNDEZ CABRERA *

“La discriminación, el entendimiento incompleto y fragmentario, siempre se encuentran en el punto de partida del conocimiento humano”.

(Masanobu Fukuoka)

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derecho de familia.* III. *Matrimonio.* IV. *Viabilidad del matrimonio del mismo sexo.* V. *Las uniones estables de hecho.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

Resumen: El propósito de este trabajo, es estudiar la posibilidad legal de establecer o celebrar uniones matrimoniales o cualquier otro tipo de unión estable de hecho de parejas del mismo sexo de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano, para dar una solución coherente y adecuada a este tipo de situaciones, a los fines de regularizar su situación de convivencia en común, teniendo en cuenta los efectos e impacto en el derecho y en la sociedad, para que se adapte a las nuevas realidades jurídicas mundiales, buscando la protección de los derechos humanos. De igual manera, se observará algunos aspectos del derecho comparado y las soluciones que le han dado a estas situaciones.

¹ Trabajo recibido el 11 de octubre de 2019 y aprobado el 5 de marzo de 2020.

* De la Universidad Central de Venezuela: Abogado, Especializaciones en Derecho Procesal y Derecho Internacional Económico y de la Integración, Doctor en Ciencias Mención Derecho, profesor de Derecho Civil III (Obligaciones), derecho Administrativo e Introducción al derecho. Del Instituto Venezolano de Derecho Procesal, Miembro y Bibliotecario Suplente. Del Tribunal Supremo de Justicia, Abogado Auxiliar II. Se han realizado publicaciones en diferentes revistas y se ha sido ponente en diferentes foros y congresos. Contacto: sfernandez_edu@yahoo.com

Palabras clave: Matrimonio igualitario, derechos humanos, derecho de familia, uniones estables de hecho, derechos de la persona.

Abstract: The purpose of this work is to study establish how the current legislation in the Venezuelan legal system can allow the celebration of marital unions or any other type of de facto stable union of same-sex couples, to provide a coherent and adequate solution to this type of situations, in order to regularize their situation of coexistence in common, taking into account the effects and impact on law and society, so that it adapts to the new world legal realities, seeking the protection of human rights. Similarly, some aspects of comparative law and the solutions they have given to these situations will be observed.

Keywords: Equal marriage, human rights, family law, stable de facto unions, rights of the person.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos hemos planteado realizar un análisis del tema de los matrimonios y uniones de personas del mismo sexo y su impacto en el ámbito jurídico del derecho venezolano, su posibilidad, viabilidad, derechos que puedan adquirir, manera de regularse, entre otros aspectos.

La idea de esta investigación es tratar de dar una orientación y fundamentos jurídicos a los operadores jurídicos y estudiosos del derecho, junto con una posible solución que sea viable para estos y en especial a los jueces y autoridades administrativas, al momento de sentenciar o tomar alguna decisión, sin tener que improvisar o actuar de manera violatoria de algún derecho humano, sino que por el contrario protegiendo a los mismos.

De esta manera, observaremos que los conceptos de familia y matrimonio no son únicos, estables e inamovibles, sino que por el contrario son variantes y dinámicos, notando como los derechos humanos juegan un papel importante sobre este tema, sobre todo para dar una protección a los derechos de todas las personas, para lo cual se hará referencia a algo del derecho comparado, su jurisprudencia y las soluciones que ellos dan en estos casos, culminando con las conclusiones que respecto al tema se ha llegado.

II. DERECHO DE FAMILIA

Se ha entendido al derecho de familia en su sentido amplio como el “conjunto de principios jurídicos y de normas legales, cuyo objeto exclusivo o principal o indirecto o simplemente accesorio, es determinar la condición de las personas y presidir, dirigir y reglamentar la organización, la vida y la disolución de la familia”,² y en sentido restringido como al “conjunto de principios jurídicos y de normas legales concernientes a los estados familiares y a las relaciones personales y patrimoniales que derivan de ellos” o como al “conjunto de reglas jurídicas tanto de índole personal como de orden patrimonial relativas al matrimonio y al parentesco (particularmente la filiación)”.³

De este modo, este derecho tiene por objeto y finalidad la organización y protección de la familia, bajo principios de preordenación y subordinación, que posee una influencia de reglas morales, éticas y religiosas e incluso biológicas que determinan las sanciones que se imponen en este derecho,⁴ siendo que generalmente son normas de orden público, lo cual hace que exista una amplia intervención estatal en la formación de las relaciones jurídicas familiares,⁵ y en donde privan las relaciones personales sobre las patrimoniales, por lo que se crean estados (status) para las personas.⁶ Esto es lo que nos permite observar que la creación de la familia no es del Estado sino anterior a este, siendo que el ordenamiento jurídico solamente pone orden a la realidad social de conformidad con los tiempos, por ello es que se ha dicho que “*Es difícil, por no decir imposible, establecer un concepto de familia válido para todas las épocas y en todos los lugares. Si bien la familia es un fenómeno natural y universal, no es una entidad inmutable; de hecho ha venido transformándose a través de los siglos, de las civilizaciones y de las costumbres de los pueblos*”.⁷

² LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de familia*, t. I, Segunda ed., Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela, 2009, p. 25.

³ LÓPEZ HERRERA, Francisco, *op. cit.*, p. 26.

⁴ El caso de las sanciones en el derecho de familia es peculiar, ya que bajo los principios que rigen el negocio jurídico, a pesar de encontrarnos ante normas de orden público, se encuentra con frecuencias disposiciones legales que a pesar de su carácter imperativo y prohibitivo, cuando son violadas no acarrea la nulidad absoluta, sino una sanción atenuada o ninguna sanción, tal como ocurre con los supuestos de hecho establecidos en los art.(s) 53, 57, 65 y 131.1 del Código Civil Venezolano (CCV).

⁵ Esto toma importancia también al considerar que los derechos subjetivos reconocidos en el derecho de familia no están dirigidos a la satisfacción de intereses personales de su titular, sino hacia la protección de los intereses superiores de la familia, como el art. 137 del CCV.

⁶ Por ello, es que existe la imposibilidad de adicionar o crear modalidades nuevas, o diferentes tipos de negocios jurídicos familiares y se dan restricciones al ejercicio de la representación.

⁷ LÓPEZ HERRERA, Francisco, *op. cit.*, p. 33.

Por eso, es que se dice que no existe un concepto único de familia y se distinguen conceptos biológicos (unión de pareja y lazos de sangre), sociológicos (agrega que los individuos se unen por otros intereses) y jurídicos (concepto más amplio que agrega matrimonio, uniones de hecho, adopción, ascendentes, descendentes y colaterales).⁸ Por ello es que existe la tendencia legislativa mundial a no definir dicha institución.

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

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

Igualmente, se ha dicho que se debe “*salir de los esquemas que definen a la familia sólo a partir de las relaciones de pareja, para configurarlas desde una dimensión de responsabilidades compartidas en donde las figuras parentales, que pudieran no estar, redefinan su roles desde una perspectiva de responsabilidades compartidas*”.⁹

Se debe destacar que el Código Civil no establece un concepto de familia sino que regula los vínculos y relaciones jurídicas que se dan entre sus miembros; la Constitución lo hace de una manera muy escueta y genérica (art. 75); y la Ley Orgánica para la Protección

⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Manual de Derecho de Familia*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos, N° 20, Caracas, Venezuela, 2008, pp. 23-24.

⁹ NEVADO, José H. y PERDOMO, Juan Rafael (coords.), *Derecho de la infancia y la adolescencia “familia sustituta”*, en *Venezuela: Aproximación a una mirada social*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 24, Caracas, Venezuela, 2007, p. 256.

de Niños, Niñas y Adolescentes (art. 5),¹⁰ así como la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (art. 3), si poseen conceptos más elaborados.

No obstante, se debe tener presente lo ya mencionado respecto a que los cambios sociales y culturales influyen en este concepto que se ha venido abriendo a organizaciones familiares de distinta índole, en lo cual ha influenciado los avances científicos en el entendimiento de sus instituciones.¹¹

III. MATRIMONIO

La institución del matrimonio entendida como el “*sistema de vinculaciones jurídicas pre-establecidas en orden a una finalidad y públicamente conocidas, al que libremente prestan su adhesión las personas capaces para ello, obligándose a su cumplimiento respecto al copartícipe cuya libre elección les compete*”,¹² se ha vinculado usualmente a la unión estable para una vida en comunidad entre un hombre y una mujer según el ordenamiento jurídico (art. 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y 44 del CCV).

¹⁰ La Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) contiene un concepto amplio de familia que se refiere no sólo al padre y la madre, sino a otros integrantes, ya sea dentro de un matrimonio o de una unión estable de hecho como lo es el concubinato. Un ejemplo de esto es el art. 345 de la LOPNNA.

¹¹ Incluso Friedrich Engels, en su obra “*El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*” publicada por primera vez en 1884, indica que la familia en su origen no designaba el ideal de una agrupación que mezclara sentimentalismos y labores domésticas, siendo que entre los romanos ni siquiera se aplicaba a la pareja conyugal y a sus hijos, sino únicamente a los esclavos. De allí que el *Famulus* signifique “esclavo doméstico”, por lo que *familia* venía a ser el “conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre”, designando más adelante a un nuevo organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer, a los hijos y a cierto número de esclavos. Por ende, la monogamia fue la primera forma de familia que no se basaba en condiciones naturales, sino económicas, indicativa del triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva, mostrando a través de ella la preponderancia del hombre en la familia y su interés por procrear hijos que solo pudieran ser de él, con fines de delegarles herencia, consecuentemente no se trata de un acuerdo entre el hombre y la mujer, sino que, por el contrario, es una forma de esclavizamiento, de represión, de un sexo por el otro, pues se aplica como necesidad solo para la mujer, en lo que sería una de las primeras divisiones de trabajo, en relación con la procreación. Así, la familia moderna se funda en la esclavitud doméstica de la mujer, en donde el hombre es en la familia el burgués, la mujer el proletariado. En tal sentido Marx afirmaba que la familia moderna contiene en germen no solo la esclavitud, sino también la servidumbre, encerrando en miniatura todos los antagonismos que se desarrollan más adelante en la sociedad y en su Estado.

¹² GIMENEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el Derecho de la iglesia Católica*, Madrid, España, 1947, p. 115, citado por GARCÍA GARCÍA, Ricardo, El reciente derecho del transexual a contraer matrimonio, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, N° 3, UAM Ediciones, Madrid, España, 2000, p. 227.

Se refiere al *ius connubii*, como derecho a contraer o no matrimonio; el derecho de elección del cónyuge y el derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico.¹³

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

IV. VIABILIDAD DEL MATRIMONIO DEL MISMO SEXO

La historia de las parejas del mismo sexo, al igual que la homosexualidad en sí, se remonta a los inicios de la humanidad, siendo que los matrimonios entre personas del mismo sexo han existido en diversas culturas a lo largo del tiempo, de este modo en la antigua Roma, el primer emperador romano que se casó con un hombre fue Nerón, ocurriendo que para el siglo I existía la generalización de matrimonios entre hombres.¹⁴ También en esto se dio en la provincia china de Fujian durante la dinastía Ming (1368 y 1644) y la dinastía Qing (1644-1912), hasta el siglo XIX, ya que ante la occidentalización de su mundo, conllevó a su desaparición en los siglos XIX y principios del XX, volviendo a aparecer a finales del siglo XX.¹⁵

Pero recientemente, las primeras leyes en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo fueron aprobadas durante la primera década del siglo XXI, siendo que hasta febrero de 2019, 26 países reconocían o permitían legislativamente uniones de parejas del mismo sexo en todo su territorio o parte del mismo como Alemania,¹⁶ Argentina,¹⁷ Australia,¹⁸ Austria,¹⁹ Bélgica,²⁰ Brasil,²¹ Canadá,²² Colombia,²³ Costa Rica,²⁴ Chile,²⁵

¹³ MORENO BOTELLA, Gloria, *Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado*, Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 7, UAM Ediciones, Madrid, España, 2002, p. 192.

¹⁴ BOSWELL, John, *Same-sex unions in premodern Europe*, Vintage Books, New York, 1995, pp. 80-85. KUEFLER, Mathew, The Marriage Revolution in Late Antiquity: The Theodosian Code and Later Roman Marriage Law, *Journal of Family History* 32 (4), 2007, pp. 343-370.

¹⁵ NEILL, James, Homosexual marriages in Fujian, *The Origins and Role of Same-Sex Relations in Human Societies*, McFarland & Company, Jefferson y Londres, 2009, pp. 259-261.

¹⁶ La Cámara baja alemana aprobó este tipo de matrimonios el 30 de junio de 2017, entrando en vigor su aplicación el 1° de octubre de 2017.

¹⁷ En este país se aprobó este tipo de uniones el 15 de julio de 2010.

¹⁸ El 7 de diciembre de 2017, el Parlamento australiano aprobó el matrimonio del mismo sexo.

Dinamarca,²⁶ España,²⁷ Estados Unidos de Norte América,²⁸ Finlandia,²⁹ Francia,³⁰ Irlanda,³¹ Islandia,³² Luxemburgo,³³ Malta,³⁴ México,³⁵ Noruega,³⁶ Nueva Zelanda,³⁷

¹⁹ El Tribunal Constitucional de Austria aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo el 5 de diciembre de 2017, tiene validez desde el 1 de enero del 2019. En dicha sentencia se eliminó la frase “dos personas de diferente sexo” como requisitos para contraer matrimonio, por considerar que son motivos discriminatorios. No obstante, antes de permitirse el matrimonio, se debe señalar que desde 2010 gozaban de uniones legales.

²⁰ Entró en vigor el 30 de enero de 2003.

²¹ El 1 de enero de 2012, en el estado de Alagoas, el gobierno local emitió una orden que permite tramitar ante notario las peticiones de matrimonio a las parejas homosexuales, sin necesidad de una resolución judicial, siendo así el primero en reconocer el matrimonio igualitario y los más recientes Río de Janeiro, Rondonia, Santa Catarina y Paraíba en abril del 2013. El Supremo Tribunal Federal de Brasil se pronunció en mayo de 2011 a favor del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una unión estable con los mismos derechos que los de los matrimonios heterosexuales. A partir de ahí se habilitó el matrimonio en los estados de Sergipe, en Espírito Santo, en Bahía, Brasilia, en Piauí, en São Paulo y en Ceará (todos en 2012) y en el año 2013 se extendió a Paraná, Río de Janeiro, Rondonia, Mato Grosso del Sur, Santa Catarina y Paraíba. El 14 de mayo de 2013 el Supremo Tribunal Federal extendió el matrimonio igualitario a todos los estados del país.

²² Se hizo efectiva el 20 de julio de 2005.

²³ La Corte Constitucional Colombiana aprobó finalmente el 28 de abril de 2016, el matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el territorio de la República de Colombia.

²⁴ El 8 de agosto de 2018, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucionales los incisos del Código de Familia que prohibían el matrimonio entre personas del mismo sexo, amparándose en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y dio 18 meses a la Asamblea Legislativa para reformar la ley o los incisos serán derogados automáticamente. Eso acontecerá efectivamente el 26 de mayo de 2020. Dicha instancia judicial también declaró con lugar un recurso interpuesto contra la prohibición del reconocimiento de la unión civil, en este caso legalizando la figura *ipso facto*.

²⁵ El matrimonio igualitario en Chile no es legal, sin embargo, un proyecto de ley enviado al Congreso Nacional por la presidenta Michelle Bachelet en 2017, se encuentra bajo tramitación legislativa. En la actualidad, el único reconocimiento a parejas del mismo sexo que realiza dicho país es a través del Acuerdo de Unión Civil (AUC), figura legal que se extiende tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, se esperaba que la ley se debatiera en enero de 2019 pero se aplazó hasta marzo del mismo año.

²⁶ Los aprobó el 7 de junio de 2012.

²⁷ Entró en vigor el 3 de julio de 2005.

²⁸ A nivel federal Estados Unidos aprobó en 1996 la Ley de Defensa del Matrimonio. A nivel de los Estados el matrimonio entre personas del mismo sexo es reconocido por veinticuatro Estados y por el Distrito de Columbia. El 26 de junio de 2015 el Tribunal Supremo legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en todos los Estados y territorios ultraperiféricos de los EE.UU. (exceptuando la Samoa Americana).

²⁹ En febrero de 2017 se completó definitivamente la ratificación de la ley y esta entró en vigor el 1 de marzo de 2017.

³⁰ El viernes 17 de mayo de 2013, el Consejo Constitucional de Francia validó la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo.

³¹ El 23 de mayo de 2015 Irlanda se convirtió en el primer país del mundo en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante referéndum popular.

³² El 11 de junio de 2010.

³³ Fue legalizado por la Cámara de Diputados el 18 de junio de 2014 entró en vigor el 1 de enero de 2015.

³⁴ El 12 de julio de 2017 el Parlamento maltés aprobó la legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

³⁵ La primera entidad federativa en modificar su código civil para reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo fue el Distrito Federal, que en 2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró que la reforma fue constitucional, y añadió que todos los estados y entidades de gobierno deberían a partir de entonces reconocer la validez de las uniones del mismo sexo realizadas en el Distrito Federal, creando condiciones para que estas parejas pudieran acceder a los mismos derechos que los matrimonios heterosexuales (adopción, herencia, patrimonio, etc.).

Países Bajos,³⁸ Portugal,³⁹ Puerto Rico,⁴⁰ Reino Unido,⁴¹ Sudáfrica,⁴² Suecia,⁴³ Taiwán⁴⁴ y Uruguay,⁴⁵ además en la Corte Suprema de Costa Rica y de Taiwán, mediante sentencias, han dado un tiempo de gracia a sus respectivos parlamentos para aprobar una legislación sobre el tema o las sentencias dictadas suplirán la ausencia de dicha legislación.

Pero además, existen otras instituciones no matrimoniales de carácter civil que son utilizados como alternativa, con denominaciones distintas, como parejas de hecho o uniones civiles, que se rigen según su naturaleza, requisitos y efectos *ad hoc*, según la realidad social, histórica, sociológica, jurídica y política de cada sociedad, aunque son consideradas por algunos de los movimientos LGBTTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, transexuales e intersexuales) de derechos humanos como discriminatorias.

Pero en realidad la actitud de la sociedad hacia las parejas del mismo sexo y las uniones formales de estas cambia según la época, las sociedades y los lugares, yendo desde la plena aceptación e integración hasta la persecución y el exterminio.

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

³⁶ Entró en vigor el 1 de enero de 2009.

³⁷ El 17 de abril de 2013.

³⁸ Fue el primer país del mundo en reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo en 2000, entrando en vigor el 1 de abril de 2001.

³⁹ Fue aprobado durante 2010.

⁴⁰ Adoptó medidas para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Después de ser aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos el 26 de junio del 2015, la ley entró en vigor el 17 julio del 2015.

⁴¹ Debe ser aprobado individualmente por cada territorio y hasta 2017 está aprobado en tres de los cuatro países constituyentes, Escocia, Inglaterra y Gales, las tres dependencias de la corona y ocho de los catorce territorios de ultramar.

⁴² En diciembre de 2005 una sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica permitió este tipo de uniones, siendo que la ley fue aprobada por la Asamblea Nacional de Sudáfrica el 30 de noviembre de 2006.

⁴³ Entró en vigor el 1 de mayo de 2009.

⁴⁴ El 24 de mayo del 2017 la Corte Suprema de Taiwán declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, dio un plazo máximo de dos años para enmendar la ley de matrimonio, cuya discusión ya está en el parlamento, lo que convertiría a este país en el primero de Asia en aprobar estas uniones. En noviembre de 2018 el 72% de la población rechazó en *referendum* modificar la ley a través del código civil, ello no obsta a que el matrimonio homosexual va a estar vigente una vez finalizado el plazo otorgado por la Corte Constitucional de dicho país.

⁴⁵ El 10 de abril de 2013.

Efectivamente, tanto la Constitución como el Código Civil venezolano⁴⁶ hacen alusión a una diversidad de sexo para contraer válidamente matrimonio, siendo que surge una problemática en relaciones de parejas del mismo sexo o cuando un hombre o una mujer, sin tomar en cuenta si existen problemas o no psíquicos o físicos de identidad sexual, como el caso de los transexuales y transgéneros, o si estos se someten a intervenciones quirúrgicas para modificar su sexo o género, gracias a los avances científicos,⁴⁷ cambiando el aspecto externo y pasando a ser contrario a lo señalado en la partida de nacimiento, produciéndose una “*ficción sexual*”, sucediendo que en el caso de los transexuales esa apariencia es contraria a su sexo cromosómico, a diferencia de lo que puede ocurrir con el hermafrodita o intersexual. Algunos indican que en el caso de los intersexuales, la validez o existencia del matrimonio dependerá de si la persona está en capacidad física de realizar cópula, ya que si puede se debe estimar válido y si no es así debe anularse.⁴⁸

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

⁴⁶ En Venezuela se produjo la secularización del matrimonio mediante el decreto de la Ley de Matrimonio Civil de 1 de enero de 1873, bajo la presidencia del general Antonio Guzmán Blanco, teniendo las siguientes características: 1) unidad entre un solo hombre y mujer, 2) perpetuidad, 3) consensualidad, 4) laicismo, 5) solemnidad, mediante un contrato ante la autoridad estatal competente y bajo ciertos formalismos. La anterior ley fue complementada mediante el decreto 1.804 de 1 de enero de 1873, el cual establecía los formularios para el matrimonio civil; así como el decreto 1.805 de 16 de enero de 1873, que indicaba que hasta el 18 de dicho mes se podía celebrar los matrimonios eclesiásticos ya acordados; también el decreto 1.812 de 31 de enero de 1873 extrañaba a los que violaran la Ley de Patronato Eclesiástico, la Ley de Matrimonio Civil, la Ley de Registro Civil; y el decreto 1.817 de 12 de febrero de 1873, que permitía que pueden contraer matrimonio civilmente los que lo hubieren contraído eclesiásticamente. Incluso se permitía el matrimonio de sacerdotes en razón que tal condición no era un impedimento matrimonial contenido en la ley. También la diferencia de sexo era esencial y si se casaban dos personas del mismo sexo se consideraba que era una simulación (art. 9). Posteriormente, se repiten casi igual los artículos de esta ley con relación al matrimonio en el Código Civil de 20 de febrero de 1873.

⁴⁷ Esto se logra a través de la supresión de los caracteres primarios y secundarios (morfología externa e interna) para lograr la presencia de órganos sexuales similares a los del sexo contrario, tratamiento hormonal y otros factores físicos concordantes con el nuevo sexo, así como la adquisición de aspectos psíquicos y emocionales propios del nuevo sexo adquirido.

⁴⁸ SOJO BIANCO, Raúl, *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*, Mobil-Libros, décimo cuarta edición, Caracas, Venezuela, 2007, p. 101.

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

Así, se presenta el problema del sexo como cualidad y como sexualidad,⁴⁹ para determinar si éste puede ser cambiante o no a raíz de la intervención jurídica, o si por el contrario este se conforma de componentes psicosomáticos en donde tiene relevancia el carácter físico-biológico de tal importancia que son mayor peso que los elementos psíquicos que lo complementan y lo atavían.

La legislación patria no ha dictado ninguna ley al respecto, debiendo la jurisprudencia y la doctrina dar respuesta a estas situaciones.

1. Posición que niega la posibilidad de matrimonio del mismo sexo

Algunos estiman que al no haber norma expresa no se puede permitir este tipo de matrimonios, así como tampoco el cambio legal de género o sexo para que los transexuales puedan contraer el matrimonio; sin que se pueda decir que es una laguna del derecho que se pueda completar con los principios generales del derecho, porque no es una laguna del derecho sino el rechazo del ordenamiento jurídico, ya que si fuera una laguna del derecho los principios generales del derecho permitirían este tipo de matrimonio o el cambio de género o sexo para que las transexuales pudiesen casarse.⁵⁰ De igual forma, se ha considerado que el sexo es una cualidad inmanente del ser humano que no es posible modificar mediante una operación quirúrgica más o menos complicada, sobre todo al considerar que la morfología interna no es posible modificarla y tampoco el componente cromosómico y genético, donde ni siquiera se llega a una apariencia exterior.⁵¹

Se señala que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio homosexual no es admitido, sin embargo, se considera que en los conflictos de género pueden plantearse

⁴⁹ En cuanto a lo que se refiere al comportamiento o conducta sexual del individuo.

⁵⁰ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil I*, vol. I, 14 edición, editorial Bosch, Barcelona, España, 1996, p. 242, citado por GARCÍA GARCÍA, Ricardo, *op. cit.*, p. 230.

⁵¹ Esta fue la posición de los votos salvados y concurrentes del Tribunal Supremo español en la sentencia de 2 de julio de 1987, mencionada por GARCÍA GARCÍA, Ricardo, *op. cit.*, p. 236.

inconvenientes, en especial entre los intersexuales y los transexuales; siendo que el primero pertenecerá al sexo asignado y en cuanto al segundo aunque no se produce un cambio en el sexo cromosómico y genético con lo que formalmente no cambia su sexo, y pareciera que no se cumpliría el requisito de diversidad sexual, se podría llegar a reconocérsele capacidad matrimonial.⁵²

El considerar la prohibición del matrimonio a personas del mismo sexo no implica la no regularización de su situación de convivencia estable para atribuirles derechos similares a las parejas heterosexuales pero sin el *nomen* del matrimonio, como ocurría en Alemania, Francia, Dinamarca, Suecia o Finlandia, entre otros, ya que el matrimonio no regula simplemente relaciones asistenciales, amicales o sexuales, sino que se basa en la idea de estabilidad social y recambio en la educación de las futuras generaciones, en donde la procreación es contemplada como su finalidad esencial, sobre todo porque se estima que la institución es clave para la organización de la vida en comunidad por lo que el legislador no puede cambiarlo a voluntad. Además, esta posición considera que el permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo podría posteriormente permitir otras conductas contrarias a la sociedad como el matrimonio entre hermanos, la poligamia o la poliandria.

El legislador se ve influido por la cultura de su tiempo, por lo que se protege jurídicamente lo que la sociedad del momento entiende como beneficioso, aunque para algunos implique su deshumnaización.⁵³

Se estima que una verdadera identidad sexual permite una donación⁵⁴ esponsal y la dualidad de sexos, siendo la heterosexualidad fundamental para una complementariedad conyugal y para la validez del consentimiento matrimonial, para lo cual se deben seguir los criterios canónicos para lo que consideran trastornos psicosexuales como el homosexualismo, el transexualismo y el travestismo.⁵⁵

⁵² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁵³ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, Derecho matrimonial en el marco de una antropología jurídica de la sexualidad humana, *Revista Tachirense de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, N° 18. Editorial Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Estado Táchira, enero-diciembre 2006, p. 117. Esta autora considera que se ha convertido al *ius connubii* en un derecho ilimitado, convirtiéndose la libertad en libertinaje, quedando la moral al fuero interno de cada quien. Considera citando a Rodríguez Luño que con habilidad dialéctica se hace pasar como defensa de “la libertad de actitudes y concepciones” que en realidad caen en el extremo opuesto de sacrificar violentamente la verdad sobre el altar de la libertad, por lo que no toda expresión jurídica y cultural del matrimonio demuestra la naturaleza humana.

⁵⁴ El hombre se da a la mujer y la mujer se da al hombre.

⁵⁵ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, *op. cit.*, p. 118.

Se considera que el amor conyugal se distingue de otro tipo de amor humano por su complementariedad sexual entre sexos distintos desde un punto de vista antropológico, lo cual incluye el atributo esponsalicio como capacidad de expresar amor. Estima que “*El hombre, por vocación divina, está investido de una dignidad ‘personal’: no es ‘algo’, sino ‘alguien’, capaz de conocerse poseerse, de darse libremente y entrar en comunión con otras personas*”.⁵⁶ Por ello, considera al hombre un sujeto y no un objeto, que no es capaz de perfeccionarse solo, no es autosuficiente por lo que requiere asociarse con otros y en el caso del matrimonio es alguien del sexo opuesto. Así entiende a la sexualidad como una determinación primaria de la persona en lo corporal, afectivo y psicológico, en donde posee una unidad interna dotada de una doble dimensión unitiva y procreativa, lo que así es que se evidencia el amor conyugal.⁵⁷

Estiman algunos autores que el proceso de maduración de la identidad personal y sexual de la persona en su interioridad subjetiva (lo que siente y se cree de sí mismo), es un proceso complejo en lo que interviene lo genético, lo hormonal, lo anatómico, lo familiar, lo social y lo simbólico-cultural. Por ello, en aras de la complementariedad sexual, es que el matrimonio se fundamenta en la heterosexualidad, por lo que las uniones que impliquen la imposibilidad de la dimensión unitiva y procreativa no pueden originar un verdadero amor conyugal. Por ello, toma en cuenta la ya derogada DSM III⁵⁸ de la Asociación Americana de Psiquiatría, en la que se consideraban trastornos psicosexuales a todo comportamiento sexual no normal, dentro de los cuales estaban los trastornos de identidad sexual, referidos a aquellas personas que desean un cambio de sexo porque no se encuentran a gusto con el que tienen (intersexualidad -hermafroditismo-, homosexualidad, transexualidad y travestismo), motivo por el cual esta condición podía afectar la validez del consentimiento matrimonial.⁵⁹

En cuanto a los intersexuales (falta de correspondencia entre el sexo cromosómico y el gonadal), se indica que desde el derecho romano se les considera pertenecientes a su sexo dominante, lo cual fue acogido también por el derecho canónico, añadiendo que estos

⁵⁶ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁷ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, *op. cit.*, pp. 120-122.

⁵⁸ El DSM es el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales), que posee varias versiones según se han ido modificando, siendo que actualmente el vigente es el DSM V publicado el 18 de mayo de 2013.

⁵⁹ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, *op. cit.*, pp. 122-123.

matrimonios son válidos si la persona está capacitada para la cópula, ya que de no poder no existiría diversidad de sexo de los contrayentes que permita la consumación del matrimonio.⁶⁰

En relación a los transexuales consideraba que era una enfermedad de identidad sexual, en donde el sexo y el género estaban disociados, debido a causas psicológicas y no biológicas como los intersexuales, ante lo que el derogado DSM-III la señalaba que para ser una patología requería que esta haya sido continua por dos años mínimos y que no sea debida a otro trastorno mental o asociada a alguna anormalidad intersexual física o genética. Del mismo modo, el derecho matrimonial canónico considera nulo este tipo de matrimonios, no por la imposibilidad de copular, sino por los principios establecidos en el capítulo de la incapacidad para asumir las cargas conyugales, al no ser realmente la persona que aparenta.⁶¹

Se considera que una cosa es tolerar este tipo de situaciones y otra el legitimarlas, lo cual no implica discriminación ni violación al derecho de igualdad, por lo que no se le puede dar un título a alguien que no cumple con los requisitos para ello, y en el matrimonio es la diversidad sexual.

En el caso que una persona contrajera matrimonio con otra cuya partida de nacimiento la señalara como del sexo femenino y luego sufriera un cambio que llevara a hacer predominante el sexo opuesto, lo que puede conllevar a que para desarrollarse plenamente deba recurrir esta persona a cirugías que le permitieran hacer predominar fenotípicamente el sexo sentido como propio, pareciera que la acción que pudiera proponerse por el cónyuge afectado debería ser la acción de nulidad absoluta.

Podría alegarse que aún con la preeminencia de un sexo con la coexistencia de ambos sexos (en el caso de los intersexuales) se da un caso de indeterminación, con lo cual no se configuraría el supuesto necesario de validez el cual es que se posean sexos diferentes.

Por lo tanto, según nuestra legislación, este tipo de matrimonio entre personas del mismo sexo estaría viciado de nulidad absoluta por error en la persona, además de buscar proteger el orden público, pudiendo dicha nulidad sólo ser intentada por el cónyuge

⁶⁰ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, *op. cit.*, p. 123.

⁶¹ HENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, *op. cit.*, pp. 127-129.

afectado. Para los transexuales su matrimonio carecería de validez ya que con la operación genital cambian su sexo y quedan con impotencia total. Igualmente, estima que el ordenamiento jurídico en materia de familia se basa en el Derecho Canónico, que considera todo tipo de *impotentia couendi* (instrumental o funcional, absoluta o relativa), determina la incapacidad matrimonial (canon 1084, pr. 1); en cambio, la *impotentia generandi* nunca constituye impedimento para el matrimonio (canon 1084, pr. 3).

La legitimación activa para pedir la nulidad por impotencia, es únicamente del cónyuge afectado, aunque parece raro que se establezca esto cuando en otros casos se permite el casarse como se ve en los arts. 96 al 102 del CCV, sobre el matrimonio en caso de muerte, donde es obvio que lo más seguro es que no se pueda engendrar. Cabría preguntarse si ¿es esto discriminatorio y moralista?, pero ello no es objeto del presente trabajo. Ambas impotencias tienen nulidad de inexistencia del acto celebrado en estas circunstancias y no genera ningún efecto.

Toda persona tiene derecho a que sea respetada su identidad sexual. El sexo es un derecho de la personalidad, éste forma parte de la identidad global de la persona. Por eso es que la intervención quirúrgica que versa sobre la identidad sexual debe estar justificada y reglamentada. Sin embargo, respecto a lo anterior, Beatriz Junyent Bas indica que “*las operaciones quirúrgicas tendientes a ratificar o modificar el sexo (sea por malformaciones congénitas, estados intersexuales como pseudohermafroditismo o transexualidad) corresponde al derecho a la disposición del propio cuerpo. Consideramos que esta postura es discutible, ya que un ser humano con un sexo ambiguo, no podrá nunca desarrollar su personalidad y con ella, su verdadera identidad*”. No obstante, estimamos que la determinación de la personalidad y la identidad no puede estar sujeta sólo al sexo, por lo que el cambio de sexo no obstaculiza el desarrollo de su personalidad como dice Bas, aunque puede afectarlos.

En el caso de determinación o reasignación voluntaria de sexo, si ocurre el cambio después de casado no se puede hablar de nulidad del matrimonio ya que al contraer matrimonio no hubo problema de validez y no se puede dar una nulidad sobrevenida. Por esto lo procedente sería el divorcio que si contempla la posibilidad de alegar hechos sobrevenidos, debiéndose encuadrar dentro de una de las causales taxativas de divorcio,

donde aparentemente la más adecuada sería el de las injurias graves, la cual es voluntaria e injustificada, es decir, no requiere de justificación.

No obstante, se puede considerar que el libre desarrollo de la personalidad no supone la existencia de un derecho al cambio de sexo, ya que el sexo es uno de los derechos de la personalidad y por lo tanto es irrenunciable, por lo que sería un incapaz de prestar su consentimiento matrimonial de conformidad con los arts. 1.150 al 1.553 del CCV, y por lo tanto, susceptible de nulidad según el art. 118 del CCV.

El consentimiento es un requisito de fondo para que el matrimonio pueda celebrarse válidamente, debe efectuarse mediante una manifestación libre y consciente de la voluntad de unirse en matrimonio (art. 49 del CCV) y aceptarse mutuamente como pareja, efectuada de forma solemne ante un funcionario (art. 88 del CCV). Sin embargo, en cuanto al error en el consentimiento (art. 49 del CCV), por identidad de la persona, algunos dicen que se refiere sólo al aspecto físico y otros que se extiende a las cualidades morales y sociales (cualidades esenciales), o error en la identidad civil o social de la persona que configuran su personalidad.⁶² También está el error en la identidad física. Estos casos de vicio en el consentimiento, podrían alegarse por el cónyuge en aquellos supuestos en que la pareja desconozca la condición previa del transexual o intersexual que se ha reasignado el sexo quirúrgica y legalmente, para el momento de contraer el matrimonio, ya que de lo contrario en Venezuela no se podría casar por ser del mismo sexo.

El error en las cualidades civiles o sociales, existe cuando hay discrepancia sobre el conjunto de atributos o condiciones que determinan la posición del individuo dentro de la sociedad, siendo el problema determinar cuáles son los atributos o condiciones determinantes. Estimamos que en ese caso sería mucho más difícil alegar este tipo de error para solicitar la nulidad del matrimonio.

El error en las cualidades esenciales son sólo aquellas que determinan su estado civil y su condición social y que tienen tal peso en la común estimación o consideración para el otro esposo, que hacen que se deba tener como persona diversa la que no tenga la supuesta cualidad; así, el haber profesado un estado religioso, sido condenado por pena grave, o el pertenecer a una nacionalidad que admita la poligamia, o la falta de virginidad

⁶² SOJO BIANCO, Raúl, *op. cit.*, pp. 107-110.

de la esposa, etc.⁶³ Este supuesto creemos que no puede ser alegado para solicitar la nulidad del matrimonio, ya que su estado civil o condición social no varían, sino que cambia otros aspectos.

El dolo se da con toda maquinación o artificio que tiende a inducir a error a alguna persona sobre un hecho sustancial que, de haberse conocido, no se hubiera celebrado el negocio jurídico. Por ello, se da cuando bajo engaño o maquinación fraudulenta se induce a alguien a celebrar un matrimonio con una persona que adolece de defectos o vicios que, de haberlos conocido el contrayente, no hubiera celebrado el matrimonio. El alegar la existencia de dolo del transexual o del intersexual para inducir en el error a la pareja para que contraiga matrimonio, si sería susceptible de alegarse para solicitar la nulidad del matrimonio.

En definitiva, dentro de los supuestos de nulidades absolutas se encuentra que sean contrayentes del mismo sexo, que haya ausencia de consentimiento o que exista impotencia.

De igual manera e independientemente de todo lo que hemos ya comentado, también cabría durante la celebración del matrimonio, el alegar cualquiera de las causales de oposición al mismo establecidas en los arts. 72, 75, 76, 79, 84 y 130 del CCV.

Si por cualquiera de los motivos expresados anteriormente, se produce la nulidad del matrimonio, ello conlleva a que se produzcan todos los efectos establecidos en la ley (art. 127 del CCV entre otros).

La posesión de estado familiar se da en relación al estado de cónyuge y el de hijo, siendo que la misma independientemente de que una persona sea o no titular de determinado estado de familia, puede poseer tal estado, al comportarse como titular del mismo, mediante una situación de hecho, y de una actitud que adopta normalmente el titular del estado, teniendo la apariencia que en general corresponde a la realidad jurídica, pero que no necesariamente es así, lo cual puede prestarse a que se dé un fraude o usurpación de esa posesión. De allí que la posesión de estado consista en “*gozar del título y de los derechos inherentes al estado en cuestión y, al propio tiempo, soportar y cumplir los deberes relativos al mismo*”.⁶⁴ Esto es lo que ocurre en los arts. 114 y 115 del CCV sobre

⁶³ SOJO BIANCO, Raúl, *op. cit.*, p. 109 quien cita a De Ruggiero quien a su vez cita a Vinzi.

⁶⁴ LÓPEZ HERRERA, Francisco, *op. cit.*, p. 80.

los cónyuges; los arts. 198, 199, 210, 219, 220y 230 *eiusdem* sobre los hijos, y el art. 214 del CCV sobre elementos y requisitos de la posesión de estado. En este sentido, podría existir una posesión de estado de hecho y no de derecho entre aquellas parejas del mismo sexo o en las que una sea un transexual o intersexual que ha efectuado una reasignación de género, a los fines de configurar una pareja, a pesar de que no exista en Venezuela aún un reconocimiento legal, administrativo o judicial de su situación y relaciones jurídicas.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 190 de 28 de febrero de 2008, al interpretar el art. 77 de la CRBV señaló que *“La norma recoge, así, dos preceptos concretos: en primer lugar, dispone una protección reforzada de la institución matrimonial, en las condiciones que fueron establecidas: que sea entre un hombre y una mujer –lo que implica la existencia de una relación monogámica entre personas de diverso sexo-, y que esté fundada en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges y, en segundo lugar, equipara jurídicamente las uniones estables entre un hombre y una mujer al matrimonio, siempre que cumplan con los requisitos de Ley”*. En este fallo, la Sala Constitucional reiteró en varias partes que *“la Constitución protegió en forma reforzada fue el matrimonio entre personas de diferente sexo”* y que *“En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer –como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano-”*.

2. Posición que acepta la posibilidad de matrimonio

Otra posición sería la que sí considera que existen una laguna completable por los principios generales del derecho contenidos en la Constitución, el Código Civil y el resto del ordenamiento jurídico, ya que si bien la ley no lo permite expresamente tampoco lo prohíbe, por lo que, se presume que de forma tácita está permitido en el derecho, sobre todo si se vincula a los derechos humanos.⁶⁵ Así se tiene que observar lo establecido en los muchos tratados internacionales sobre los derechos de la persona y los derechos humanos, entre los que se encuentran: la Declaración Americana de los Derecho y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención

⁶⁵ Como lo serían el derecho al libre desarrollo de la personalidad junto con el respeto a la intimidad privada, a la propia imagen y a la integridad psicofísica, sobre todo para que no sufran el escarnio público cada vez que tengan que identificarse o presentar documentos oficiales.

Americana sobre Derechos Humanos (1948), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), entre otros. Venezuela tiene ratificados estos tratados, siendo que se puede dar una solución a este problema en base a los derechos humanos y en especial a la identidad sexual en relación al derecho de contraer matrimonio y formar una familia, sobre todo al tomar en cuenta lo establecido en el art. 23 de la CRBV.⁶⁶

De este modo, ante la heterosexualidad que caracteriza al matrimonio en Venezuela y a la mayoría de los sistemas matrimoniales en occidente, debemos observar al sexo y al género desde un punto de vista jurídico y cómo se determina, lo cual suele ocurrir con una observación visual de los órganos genitales al nacer viendo al sexo externo,⁶⁷ aunque ahora, cuando se puede modificar al género por un deseo o necesidad de la persona, creemos que se debe tomar también en cuenta el factor cromosómico, el sexo interno o gonadal,⁶⁸ y el desarrollo hormonal o sexo fenotípico,⁶⁹ siendo que todos estos elementos mencionados previamente son aspectos interrelacionados de tipo biológicos, que junto con los elementos educacionales o sociales son los que hacen que definamos nuestro género y sexo y el comportamiento de nuestro papel social, que es lo que debería determinar nuestro género y sexo jurídicamente.

Cuando se habla en el art.77 de la CRBV que “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer (...)*”, se podría decir que no se dice expresamente que sólo el hombre y mujer deben contraer matrimonio entre sí, sino que ese tipo de matrimonio es el protegido o preferente, mas no el único, y por lo tanto, se podría dar el matrimonio entre personas de un mismo sexo. Pero también, se puede entender, como que este artículo hace la precisión “hombre” y “mujer”, mientras que los demás artículos constitucionales, hablan de “todos” o “toda persona” sin hacer referencia al sexo, con lo cual se demostraría una intención de marcar que la diferencia entre sexos es esencial en el caso del matrimonio, aunado al hecho

⁶⁶ También, en derecho comparado, se podría observar lo establecido en el Código Civil español, en relación con el art. 32 de la Constitución Española (C.E.), la Ley y el Reglamento del Registro Civil, y desde el respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, a la propia imagen y a la integridad psicofísica (10.1, 18.1 y 15 de la C.E. respectivamente), junto con el derecho internacional aplicable a España como el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

⁶⁷ La existencia de una vagina o de un pene, determina que se sea una mujer o un hombre.

⁶⁸ Ovario en las mujeres y testículos en los hombres.

⁶⁹ Características propias de cada ser humano como el vello y la voz en los hombres o las mamas de las mujeres.

de que en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, enfatizó que debía ser entre un hombre y una mujer y no de personas del mismo sexo. Sin embargo, se puede observar que no hay una prohibición expresa de la Constitución de este tipo de uniones por lo que el legislador podría -aunque no le es exigible- crear una nueva figura jurídica que lo permita, ya que el derecho al libre desenvolvimiento o desarrollo de la personalidad, es una garantía que sólo obliga al legislador a remover o quitar los obstáculos que pueda conseguir y no le obliga a crear nuevas figuras jurídicas. Se debe tomar en cuenta el derecho a la igualdad, para determinar la viabilidad del matrimonio entre estas personas, o de establecer otro tipo de normativa jurídica que los pueda regular.⁷⁰

Si consideramos al matrimonio como una protección jurídica al compromiso que asume la pareja de crear una comunidad de vida y ayuda mutua, la tendencia sexual no debería ser utilizada como un criterio para discriminar y considerar si la asunción de un compromiso de convivencia y afecto por estas personas merece ser protegida o no.

Montesquieu en “El espíritu de las leyes” señalaba que “*las leyes se encuentran siempre con las pasiones y los prejuicios del legislador. A veces pasaron a su través impregnándose tan sólo de dichos prejuicios, y otras veces, sin embargo, los recogieron y los incorporaron a ellas*”,⁷¹ por lo que lo ideal es que el legislador no se sumerja en estos prejuicios o deje de estarlo, para que de esta manera tengamos una sociedad más justa en donde se superen los miedos a todo aquello que se considera diferente y ser más tolerantes en el reconocimiento efectivo de derechos.

En el caso del hermafroditismo o intersexualismo, nuestro ordenamiento jurídico no señala nada, por lo que se debe emplear la lógica jurídica para su solución. Así si un hombre o mujer hermafrodita contrae matrimonio con alguien del sexo contrario, no quedaría duda de que el matrimonio fue entre un hombre y una mujer, cumpliéndose el requisito de ley; pero ese hombre o mujer tienen una condición física intrínseca basada en su doble sexualidad, siendo que podría declararse nulo dicho matrimonio si el otro contrayente aduce que ha existido un error en cuanto a la identidad del otro contrayente, lo cual afectaría de nulidad al matrimonio por falta de consentimiento libre y espontáneo (art.

⁷⁰ Sobre este aspecto se puede ver lo establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 190 del 28 de febrero de 2008.

⁷¹ DE SECONDAT, Charles Louis señor de Brède y Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Editorial Claridad, S.A. Biblioteca de Grandes Obras Famosas, volumen 3, Buenos Aires, Argentina, 1971, p. 190.

118 del CCV), aunque tal vez más que error sobre la identidad de la persona se debería hablar de error en una cualidad esencial, como sería “la normalidad del sexo”,⁷² por lo que habría error sobre la identidad. También se podría declarar la nulidad del matrimonio ante la impotencia congénita o *ius generandi* (arts. 47 y 119 del CCV),⁷³ en caso de existir.⁷⁴

Pareciera que se ha de dar mucha importancia al aspecto morfológico, al rol desempeñado en la sociedad y a las caracterologías psicológicas y emocionales, siendo que en el caso de los transgéneros, tras las intervenciones quirúrgicas no se puede notar que haya pasado la persona de un sexo a otro, por lo cual se puede reconocer una ficción que permita reconocer jurídicamente a la persona el poder cambiar de género o sexo, siendo que con esa suposición se permita legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica, de la justicia y la utilidad social, para así partiendo de esta hipótesis establecer principios y fundamentos teóricos que expliquen estos hechos o fenómenos que existen en la realidad actual, por lo que la ficción permite establecer derechos que de otro modo carecerían de base racional o jurídica para apoyarse.⁷⁵ No obstante, estos criterios para determinar el género y el sexo pueden ser variados por el legislador cuando regule esta situación, como que use el criterio cromosómico con el cual a pesar de la operación el transexual no podría modificar jurídicamente su género o sexo; o por el contrario, se podría dar el criterio que sobre la base del derecho al libre desarrollo de la personalidad y los demás derechos constitucionales mencionados, así como en la prevalencia que la medicina le confiere al género o sexo psicológico sobre el cromosómico, para dar la procedencia al cambio de género o sexo dando plenos derechos del nuevo género o sexo adquirido o derechos parciales.

⁷² Término utilizado y el cual no se comparte, ya que no se considera que se pueda hablar de sexo normal sino generalizado.

⁷³ Esta es la tendencia de otras legislaciones como lo señala MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Sexualidad y Derecho (elementos de sexología jurídica)*, Editorial Hispano-Europea, Colección De Iure et Vita, Barcelona-España, 1976, p. 36, siendo que además de la calificación de impotentes si esta no se acepta se establece que son incapaces para contraer matrimonio, o también se fundamentan señalando que existe una decepción dolosa, aduciendo que no es usual que se acepte casarse con una persona con esta condición cuando se conoce la misma.

⁷⁴ Recordemos que existe la *impotencia coeundio* imposibilidad de cópula que puede ser: instrumental, cuando existe un defecto grave o ausencia de los genitales; y la funcional, cuando existiendo éstos, hay imposibilidad de realizar el acto sexual. Así se distingue de la *impotencia generandi*, en la que aún pudiéndose efectuar la cópula, existe incapacidad de procrear o engendrar.

⁷⁵ Debe considerarse como ficción, ya que la persona operada transexualmente no pasa a ser del otro sexo, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser su sexo anterior por la operación de extirpación y supresión de sus caracteres primarios y secundarios y presentar los órganos sexuales similares al del sexo adquirido, con caracterologías psíquicas y emocionales propias del nuevo sexo.

Esta consideración del género o sexo difiere del concepto civil y religioso en relación al matrimonio como institución creada para la procreación, siendo relativamente importante en el primero⁷⁶ y esencial en el segundo.⁷⁷

Si se le reconoce el cambio y modificación de su registro civil del transexual o intersexual que ha cambiado su género o sexo, se puede suponer la equiparación absoluta con el género o sexo adoptado en cuanto a aptitud y capacidad de obrar plena y total o por el contrario se le puede establecer una limitación en cuanto a la celebración de actos o de negocios jurídicos como el matrimonio. La norma constitucional que establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, así como el Código Civil, no establecen limitación expresa alguna con respecto a los transexuales para que pueda contraer matrimonio, por lo que en tal sentido se debería permitir el mismo, sobre todo al considerar que sería ilógico el pensar que si se llegase a permitir los matrimonios con otra persona de su mismo sexo cromosómico, no se permita en el caso de los transexuales cuando ya se han dado todas las demás modificaciones externas y hormonales. Mucho menos pareciera constitucional bajo esas circunstancias prohibirle el matrimonio con cualquier persona indistintamente del sexo que posea en razón de su sexo aparente y el cromosómico, porque ello iría en detrimento de su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y crearía una limitación a su capacidad que no se encuentra legalmente contemplada y que simplemente nacería de la jurisprudencia, estableciendo una pena que no está legalmente establecida. En cuanto a la procreación, no se puede limitar a la institución del matrimonio únicamente a tal fin, ya que sería como decir que no pueden contraer matrimonio las parejas heterosexuales que no puedan tener hijos, siendo que la sociedad actual es mucho más tolerante ante este tipo de circunstancias que en épocas anteriores. El ordenamiento jurídico venezolano, así como la mayoría de los países occidentales y occidentalizados, tienden a no limitar o discriminar los derechos sino todo lo contrario, por lo que situaciones como la transexualidad o la intersexualidad ha de suponer necesariamente una admisión plena de capacidad de obrar como la del género o sexo adquirido y en lo que se ha convertido, incluso en cuanto a los efectos de poder contraer matrimonio, ya que ello no

⁷⁶ Arts. 47 y 119 del CCV.

⁷⁷ Derecho canónico canon 1084, pr. 1 y canon 1084, pr. 3, así como en la Biblia, el Talmud, el Corán y la Torhá.

quebrantaría normas de orden público ni de *ius cogens*, y en el caso del homosexualismo, permitir el libre desarrollo de la personalidad y reconocerles el *ius connubii*.

En el caso del transexual, no se cercena el orden público porque este no responde a la protección de ningún interés social suficientemente relevante para impedir una plena integración del mismo, la cual se dará con la modificación del registro civil en la que no se publique su condición de tal, lo cual también se puede decir en relación a las parejas del mismo sexo en cuanto a la protección de su derecho a la personalidad e integración social.

En el caso de los transexuales la heterosexualidad no se rompe ya que el propio derecho es el que señala que debe ser tenido el interesado como propio del sexo o género contrario, y a tal efecto se permite la rectificación del asiento registral, del nombre, y se facilita una nueva documentación acreditativa de nuevo género o sexo y no a través de una ficción de la creación de un tercer sexo.

La procreación no es civilmente un fin esencial del matrimonio, por lo tanto su imposibilidad no puede impedir la celebración del matrimonio de los transexuales. La procreación no es civilmente un fin esencial del matrimonio,⁷⁸ por lo tanto su imposibilidad no puede impedir la celebración del matrimonio de los transexuales.

Ahora también hay mayor amplitud de la conciencia y tolerancia social hacia este tipo de circunstancias, lo cual se debe interpretar a la luz de los tiempos presentes, lo que demuestra el desarrollo de la sociedad por encima del derecho.

Al estimar lo contrario, se encuentra la desvirtuación del contenido esencial del matrimonio, ya que con tal prohibición⁷⁹ se estaría vulnerando el derecho que tienen las parejas del mismo sexo, así como el transexual o el intersexual como personas, de contraer matrimonio, dejándole en un vacío y lesionando su derecho al desarrollo de su personalidad, además de producirse una discriminación por razón de sexo, género y orientación sexual, sobre todo al observar que el estado civil de las personas no puede ser impuesto por el Estado, aunque pueda establecer sus requisitos, con lo que se le condenaría a permanecer en una soltería perpetua, sobre todo porque las limitaciones que se

⁷⁸ Por ello el ordenamiento jurídico permite el matrimonio de un octogenario, en artículo de muerte y de los impotentes. Incluso en el derecho canónico se ha flexibilizado, porque la causal de impotencia para la anulación del matrimonio establecida en el Código de 1917 en su Canon 1013, ha sido modificada con el *Codex* de 1983 en el Canon 1055, aunque aún persiste la gran importancia de generación de prole, el impedimento de impotencia, la disolución por inconsumación, el error dolosamente causado para el supuesto de ocultación fraudulenta de la esterilidad, la simulación parcial ante la exclusión de la prole, entre otros.

⁷⁹ De no poder contraer nupcias ni con un hombre, ni con una mujer.

introduzcan por ley no pueden restringir o reducir el derecho de manera tal que se atente contra su contenido esencial.⁸⁰

En relación a los transexuales, el carácter de la inscripción en el registro civil sería constitutiva, motivo por el cual se permitiría el cambio de género o de sexo, con lo cual no parecería lógico el coartar sus efectos en materia nupcial. Además, el derecho al matrimonio, no puede ser interpretado de manera restrictiva, y las causales de nulidad si deben ser interpretadas de forma restrictiva.

Igualmente, la autorización de este tipo de matrimonios no trae inseguridades jurídicas, sino todo lo contrario, ya que tendría un contenido valorativo y de justicia expresados a través del derecho y las libertades que la conciencia humana considera que han de estar protegidos y realizados a la altura del tiempo en que se vive, son exigencias éticas, distinto sería que el otro contrayente no tuviera conocimiento de tal circunstancia, caso en el cual si sería procedente la nulidad por error en las cualidades personales y que puede afectar de manera fundamental la manifestación del consentimiento.

De hecho en el derecho comparado, en Francia una vez que se procede a la rectificación del estado civil, adquiere todas las consecuencias singulares en el plano matrimonial y del divorcio, en donde se le considerará perteneciente al género o sexo adquirido y que se menciona en la documentación modificada.⁸¹

Otra opción sería la de reconocer uniones de hecho, a las cuales se le otorgan ciertos efectos jurídicos similares a los que posee el vínculo matrimonial, pero perfectamente separables, punto que se trata más adelante.⁸²

En el caso de las personas que se cambian de sexo teniendo ya un vínculo matrimonial previo, un razonamiento adverso daría la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio, generando problemas de seguridad jurídica, tal como se mencionó anteriormente.

⁸⁰ Sin embargo, en el caso *Cossey* contra Reino Unido del TEDDHH de 27 de septiembre de 1990, se dijo que la imposibilidad del transexual para contraer matrimonio no procede de un obstáculo legal sino de su propia renuncia. Esto significaría que se priva a sí mismo, por su propia voluntad del *ius nubendi*.

⁸¹ TEYSSIE, Bernard, *Droit civil. Les personnes*, Lexis Nexis S.A., Litec. 9na edición, París, Francia, 2005, p. 184. Como respaldo jurisprudencial se mencionan la sentencia TGI Caen del 28 de mayo de 2001, la del tribunal de Toulouse del 30 de abril de 1997 y la decisión de la CEDH del 11 de julio de 2002.

⁸² No obstante, con la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.682/15.07.2005, se establecen muchas similitudes entre el concubinato y el matrimonio, dejando pocas diferencias, no obstante eso no se tratará en este trabajo al no ser objeto del mismo.

Si no se da una solución jurídica y si no se les considera hombres y tampoco mujeres, eso les generaría inseguridad jurídica lo cual sería contrario a los derechos establecidos en los arts. 19, 20, 22, 23, 46, 55, 60 75 y 77 de la CRBV.

Se puede pensar si en verdad estamos ante una ficción legal de género o sexo o es una realidad de cambio de género o sexo, para lo cual se debe tomar en cuenta la dignidad de la persona humana y que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. El valor de la vida humana y su dimensión moral esta elevada por la Constitución como un valor jurídico fundamental, sin perjuicio de los derechos inherentes y que se encuentra íntimamente vinculados al derecho del desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral, a la libertad de ideas y de creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; todo sobre lo cual se desprende que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona. Por ello, esa autodeterminación se realiza de forma intelectual y sentimental (qué siento, qué quiero), y siempre es una elección que debe ser respetada por la sociedad, por lo que el sexo se debe determinar jurídicamente por un criterio psicológico complementado con algunos elementos morfológicos.

El *ius connubii*, se encuentra reconocido en diferentes tratados internacionales como un derecho humano como en el art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y Sociales, el art. 12 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (1950), entre otros; por lo que el Estado no puede regularla y limitarla de tal manera en que la haga impracticable o impida el ejercicio libre y voluntaria autonomía de la persona.

Además de todo lo ya dicho, entre el homosexualismo, la transexualidad y el matrimonio pueden darse distintas situaciones, como: 1) que el transexual o el homosexual esté casado antes de la reasignación de sexo o; 2) que el homosexual sin vínculo previo o el transexual una vez que se haya producido la reasignación de sexo desee casarse con una persona de sexo registral contrario (sexo psicológico, anatómico y legal distinto, pero de sexo biológico idéntico).

En el primer caso (si el transexual está casado con un no transexual) el matrimonio podría ser disuelto por: a) sentencia de nulidad a instancia del cónyuge no transexual (arts. 118 y 119 del CCV); b) por petición de divorcio (art. 185 del CCV).

También en el primer caso (si el transexual está casado con un transexual), debe exigirse el no estar casado para la reasignación sexual, para lo que habría que dar los siguientes pasos: a) disolver el matrimonio; b) realizar la rectificación registral del sexo por ambas partes; y c) volver a contraer matrimonio.

En el segundo caso, si se crease una ley especial o de establecerse algún tipo de regulación administrativa o judicial, habría de reconocerse el derecho de *lege ferenda* de todo transexual a contraer matrimonio con una persona de sexo psicológico, anatómico y legal distinto, pero de sexo biológico idéntico. Esto basado en el argumento de que el derecho a contraer matrimonio de toda persona con otra de sexo (registral) opuesto es un derecho inviolable que pertenece a su ámbito de dignidad y libre desarrollo de la personalidad y que se apoya en las disposiciones jurídicas previamente mencionadas.⁸³

El requisito de que los contrayentes pertenezcan a un sexo registral distinto parece ser indiscutible en el momento actual de la regulación jurídica, que como hemos visto es algo discutible.⁸⁴

En la actualidad la cuestión del matrimonio del transexual en algunos casos del derecho comparado, si nos referimos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), nos encontramos con que la Comisión TEDH y el Pleno del TEDH se posicionan de forma diferente sobre el derecho del transexual a contraer matrimonio no existiendo unanimidad sobre la denegación de este derecho del transexual.

Por otra parte, si tenemos en cuenta el art. 12 del Convenio de Roma hemos de señalar que en él se advierte expresamente que el *ius nubendi* del hombre y la mujer debe ser interpretado desde la ley nacional de cada país signatario, por lo que se puede mantener que el hecho de que no exista unanimidad en la interpretación realizada por el TEDH en dos casos⁸⁵ que le fueron presentados, por lo que puede hacer que su decisión no se haga extensiva a otros ordenamientos jurídicos, como podría ser el caso del español o el portugués.

⁸³ Igualmente se puede tomar en consideración el art. 32.1 de la Constitución Española; el art. 12 Convención Europea para la Protección de los DDHH y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; el art. 44 Código Civil Español.

⁸⁴ En contra de permitir el matrimonio estarían en Dinamarca la Ley de 1 de octubre de 1989, en Noruega la Ley de 1 de agosto de 1993, y la Resolución del Parlamento Europeo 28/1994 de 8 de febrero.

⁸⁵ El caso Rees contra el Reino Unido, la Comisión dijo que no hay vulneración, pero el Pleno también dijo que no; en el caso Cossey contra el Reino Unido, la Comisión dijo que si hay vulneración, pero el Pleno dijo que no.

Por otra parte, en 2016 se difundió la noticia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró por unanimidad que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es un derecho, siendo tal reportaje falso, lo que realmente ocurrió fue que en relación al caso *Chapin y Charpentier contra Francia*, se tuvo en cuenta el derecho francés conjuntamente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, llegándose a la conclusión de que no había habido violación del artículo 12, junto con el artículo 14 de la Convención y declaró que no ha habido transgresión del artículo 8 en relación con el artículo 14 de la Convención, por lo que la anulación del matrimonio de la pareja del mismo sexo fue legítima de acuerdo a la legislación francesa vigente en el momento del hecho.

A su vez, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha indicado que el matrimonio es un derecho que asiste a todas las personas con independencia de su orientación sexual,⁸⁶ por ello, es que diversas organizaciones protectoras de los derechos humanos buscan que este derecho sea reconocido, teniendo como fundamento la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, así como en los problemas de salud física y mental que puede acarrear a las parejas del mismo sexo la prohibición del acceso al matrimonio, lo cual permitiría la regularización de estas relaciones LGBTTI, para evitar de esta manera la homofobia o el heterosexismo que usualmente tiene un trasfondo religioso, lo cual es comparable a lo que antes se criticaba con los matrimonios interraciales.

Pero considerando los ordenamientos jurídicos en los que existe legislación específica sobre el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo y de los transexuales, así como las recomendaciones de los organismos europeos, en ninguno de los ordenamientos que han regulado cuáles han de ser los requisitos para que se produzca estas uniones o se produzca una rectificación registral de género o sexo, así como los efectos de dicha rectificación, no han limitado de ninguna manera la capacidad de obrar de las personas y del transexual en razón a su preferencia u orientación sexual o conforme a su nuevo género o sexo. Entienden que los efectos *ex nunc* de la sentencia en el caso de los transexuales que les reconoce su nuevo género o sexo así como la rectificación registral de

⁸⁶ CCPR/C/75/D/902/1999 y 10 IHRR 40 (2003).

éste, les capacita plenamente para realizar aquellos actos o negocios propios del nuevo género o sexo que el derecho les ha reconocido, lo que incluye el matrimonio.

También, en cuanto a la evolución doctrinal que se ha producido sobre el derecho de los transexuales o intersexuales que cambian de género o sexo, a contraer matrimonio una vez producida la rectificación registral de género o sexo, ha ido desde la negativa más rotunda a que el hecho de que el derecho accediera a la rectificación registral de género o sexo significara algo más que un simple cambio de nombre, con lo que se argumentaba en contra de que se permitiera al transexual contraer matrimonio, llegando hasta la actual línea doctrinal favorable al total reconocimiento de los derechos del transexual desde su nuevo género o sexo, incluido por supuesto, el derecho a contraer matrimonio, con lo cual la rectificación registral no se limita meramente a un cambio de nombre, sino que también otorga el derecho al matrimonio del transexual o intersexual como consecuencia de su pertenencia al nuevo género o sexo registral.

En definitiva, si se crea una regulación ya sea legislativa, administrativa o judicial sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, transexuales e intersexuales que efectúen una reasignación de género o sexo para que se puedan casar con personas del género o sexo diferente al nuevo adquirido o del mismo género y sexo que poseen, estos tendrán las obligaciones de los conyugues establecidas en el art. 137 del CCV.

En España, así como en Canadá no se exige la falta de existencia de vínculo matrimonial previo, en razón de que en dichas naciones se permiten las uniones matrimoniales del mismo sexo, así como en Finlandia en donde se establece que un transexual y su cónyuge se convierten en pareja de hecho homosexual, si esta presta su consentimiento. No obstante, en otros países europeos que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, consideran que el cambio legal de género o sexo no es suficiente para poder contraer matrimonio, como lo serían los casos de la Ley sueca de 1972, la alemana *Transsexuellengesetz* “*nicht verheiratet ist*”, el Código Civil holandés y Austria. Sin embargo, algunos países como Holanda y Gran Bretaña han buscado darle solución a esta situación a través de otras figuras jurídicas que permiten uniones de parejas, igualmente en Holanda mientras estén casados, pueden iniciar el tratamiento de reasignación de género o sexo. En Italia, se discute si con la rectificación registral se provoca automáticamente la disolución del matrimonio, o si por el contrario, el

transexualismo es una causa que permite demandar el divorcio, a diferencia de los tribunales franceses que han entendido que se produce la caducidad de pleno derecho del matrimonio.⁸⁷

Si en el caso del transexual existe un matrimonio anterior, la solución dada varía según el ordenamiento jurídico, en algunos se exige la no existencia de un matrimonio previo o acarrea la nulidad del mismo, para poder acceder al cambio de género, sexo y de nombre, como la *Trassexuellengesetz* de Alemania y el Código Civil Turco en su art. 29.

La Ley 3/2002 española reconoce el *ius connubide* los transexuales y una equiparación plena al nuevo género o sexo adquirido, lo cual también ha sido decidido así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos casos, ambos de 11 de julio de 2002, en: 1) Goodwin e 2) I, los dos contra el Reino Unido, indicando que la función reproductiva del matrimonio no es la esencia de la institución y el ejercicio de dicho derecho no debe comportar limitaciones que impidan de manera notoria su acceso a un grupo, por lo que los criterios de determinación del sexo no deben tener únicamente en consideración la biología, sobre todo ante la evolución de la ciencia.⁸⁸

V. LAS UNIONES ESTABLES DE HECHO

El concubinato es la relación o unión de hecho mediante la cual dos personas que no tengan ningún impedimento para contraer matrimonio, realizan vida en común en forma permanente, sin estar casados, con las apariencias de una unión legítima y con los mismos fines primarios y secundarios atribuidos al matrimonio (art. 767 CCV). En esta se da una convivencia no matrimonial permanente y hay la formación de un patrimonio. Hay un compromiso de vivir juntos sin contraer matrimonio de manera pública y notoria,⁸⁹ y sin el *affectio maritalis*, ya que son vínculos que se establecen entre parejas, sin que exista para su concreción el acogimiento de fórmulas legales de ningún tipo, pero en el cual prevalece la convivencia de índole marital.

⁸⁷ Sentencia de la Corte de Casación de 11 de septiembre de 1992. Incluso la Ley de Identidad de Género japonesa, establece entre otros requisitos, no tener hijos y no tener órganos reproductivos de su género anterior en funcionamiento. BUSTOS MORENO, Yolanda B., *La Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España, 2008, pp. 171-173.

⁸⁸ Antes de esta sentencia el criterio del TEDH era distinto entre los años 1986 a 1999, lo cual se puede observar en los casos de Rees contra Reino Unido de 17 de octubre de 1986 y Cossey contra Reino Unido de 27 de septiembre de 1990.

⁸⁹ Convivencia *more uxorio*.

Sobre este tipo de uniones se efectúan consideraciones jurídicas en cuanto a su regulación, sobre todo al tomar en cuenta que el art. 77 de la CRBV que les reconoce un rango constitucional.⁹⁰ Para algunos se les debe reconocer sólo los efectos jurídicos que estén de acuerdo con la naturaleza de este tipo de uniones, para otros que se debe equiparar al matrimonio. En nuestra opinión, se trata de un acercamiento a la institución del matrimonio en ciertos aspectos como el patrimonial, pero sin llegar a una equiparación completa o total.⁹¹

Las uniones de hecho pueden ser: a) concubinarias, b) extra-matrimoniales (cuando una de las dos está casado), y c) otras, relativas a las personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio (como los establecidos en el art. 384 CP, y los arts. 46 y 62 del CCV). Se dice que hasta ahora las únicas previstas en nuestro ordenamiento jurídico son las concubinarias (art. 767 del CCV).

Para que se considere que existe una unión estable de hecho se requiere que: 1) sea estable, 2) sea entre un hombre y una mujer y 3) cumpla con los requisitos establecidos en la ley; por su parte la ley establece en el art. 767 del CCV que debe ser: 1) permanente, 2) entre un hombre y una mujer (singularidad y heterosexualidad) y 3) que ninguno esté casado y libre de impedimentos para contraer matrimonio. Además, en los requisitos se puede agregar que debe ser: 1) una convivencia *more uxorio*; 2) ausencia de formalidades para su formación, y 3) deben darse todos los requisitos anteriores a la unión de la pareja de manera simultánea.

La sentencia de la Sala Constitucional de Venezuela (SC) N° 1.682/15.07.2005, estableció que debe ser una unión de dos (2) años mínimo siguiendo a la Ley del Seguro

⁹⁰ Otros cuerpos normativos también reconocen este tipo de relaciones como el art. 767 del CCV, el arts. 16 y 18 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios; los arts. 7, 33, 37 y 42 de la Ley del Seguro Social; los arts. 108, 149 y 568 de la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT); los arts. 3, 7 y 10 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad; el art. 69 de la Ley que Regula el Subsistema de Pensiones; los arts. 146 y 168 del Código Orgánico Tributario; los arts. 18.c, 19.c, 141.6 de la Ley de la Actividad Aseguradora; el art. 138 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares; los arts. 1, 2 literal b.1 y b.4, 3 literal e.2, y, 5 literales b y f, de las Normas Técnicas Sobre Requisitos y Documentación para el Otorgamiento de Préstamos Hipotecarios Para Adquisición de Vivienda Principal; y el art. 33 numeral 10 literal a, de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

⁹¹ Estimamos que de efectuarse una equivalencia total perdería sentido la institución del matrimonio y los fines propios que posee, así como en las obligaciones que genera la unión matrimonial y en algunos derechos.

Social Obligatorio.⁹² Igualmente indicó que los efectos jurídicos de las uniones de hecho, para que estos se den, requieren que haya sido reconocida por una sentencia definitivamente firme de un tribunal, produciendo:

1) Efectos personales: A) de tipo convivencial: a) de cohabitación la cual no es obligatoria, b) de fidelidad que tampoco es obligatoria, c) de asistencia el cual si es una obligación exigible, d) de socorro o protección que es una obligación no demandable, y e) de domicilio que es el que escojan de común acuerdo aunque se pueden separar sin necesidad de orden judicial, B) en relación a los hijos o de filiación no matrimonial, por el sólo hecho de la existencia de la relación de hecho los hijos no tienen respecto a sus padres legalmente reconocida su filiación, por lo que deberán ser reconocidos por sus progenitores, no opera la presunción de paternidad, pero una vez hecho tal reconocimiento los efectos jurídicos paterno filiales son plenos (art. 234 del CCV).

2) Los efectos patrimoniales: A) régimen de bienes, en donde existe una presunción de comunidad concubinaría en el que todo les pertenece por mitad: a) acuerdos o pactos entre convivientes, sería el caso de las capitulaciones matrimoniales las cuales no son posibles porque requiere de un documento contractual (el matrimonio) que crea el vínculo, siendo que estas uniones requieren de un transcurso prolongado de tiempo, por lo que se ha dicho que tampoco se acepta ningún otro tipo de pactos o acuerdos, b) comunidad de bienes, de conformidad con los arts. 141 y 767 del CCV es de por mitad y las acreencias de los terceros pueden ser satisfechas de los bienes comunes, c) el régimen patrimonial será el que regía a los bienes propios antes de la unión de hecho y los que se producen durante dicha unión que se administrarán y dispondrán individualmente, no hay nada que lo regule por lo que sólo cabrá una demanda por daños y perjuicios que se puedan ocasionar, al igual que ocurriría con la disolución de la unión, d) la vocación hereditaria, se ha adaptado el art. 823 del CCV según lo dispuesto por el art. 77 de la CRBV, por medio de lo establecido en la sentencia de la SC N° 1682/15.07.2005, en la que se le hace extensible dicho artículo a las uniones de hecho siempre y cuando estén viviendo juntos.⁹³

⁹² “Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia”.

⁹³ Los requisitos serían que: 1) la unión de hecho debe ser estable y permanente, 2) no debe haber impedimentos para contraer matrimonio, 3) que no estén separados de cuerpos y 4) que el deceso de uno de

En este punto y en relación con el tema de los homosexuales, transexuales y los intersexuales que se someten a una reasignación de género y obtener el cambio legal respectivo, al observar que se exige para el concubinato lo mismo que para el matrimonio, en cuanto a que sea una relación o unión entre un hombre y una mujer, hemos de dar por reproducido el análisis efectuado en el punto anterior, en cuanto a la procedencia o no de reconocer este tipo de uniones y la necesidad de la existencia de algún tipo de regulación al respecto.

Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 190 de 28 de febrero de 2008, señaló que *“En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer –como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano- la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido ‘En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer -como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano-la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido núcleo esencial que da origen a la familia’- debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/05 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto.”*

Pero posteriormente dicho fallo señaló que *“La Sala quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona,*

ellos ocurra durante la existencia de la unión. Así el orden de suceder ab-intestato será de conformidad con lo establecido en los Art.(s) 822, 824 y 825 del CCV.

*como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer-. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como –en el ejemplo que ya se mencionó–, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado –uniones de hecho “adulterinas”–, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio.” Concluyendo que “Así, salvo los límites que se expresaron que imponen el orden público y la prohibición de fraude a la ley, nada obsta para la admisión de la existencia, entre dos personas del mismo o de distinto sexo, de una comunidad ordinaria o una sociedad cuya causa sea el aporte común de bienes o esfuerzos, que está dirigida al logro de un fin, también común; como afirma la doctrina, ‘lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas y que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si alguien ha unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad’”.*⁹⁴

Por otra parte, consideramos que frente a aquella postura que indica que no puede darse ningún tipo de unión matrimonial o concubinaria para estas personas, ya que es exigible que se produzca dicha relación estrictamente entre un hombre y una mujer que tengan su respectiva carga fenotípica, gonadal, genética, etc., de cada sexo, estimamos que ello no es óbice para que se pueda establecer y otro tipo de unión estable de hecho distinta a

⁹⁴ (Vid. Al respecto, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999, *Revista de Derecho*, n° 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 230-231).

la concubinaria, en la que se le reconozcan ciertos derechos a estas personas, pero si además en el caso de los transexuales se les da el reconocimiento legal del nuevo sexo sí han de poder tener uniones concubinarias.

Lo anterior toma más sentido cuando observamos que la American Psychological Association, la American Psychiatric Association y la National Association of Social Workers, mediante un comunicado actuando como *amicus curiae*⁹⁵ presentado en el Tribunal Supremo de California indicó que:

“La homosexualidad no es ni un trastorno ni una enfermedad, sino una variante normal de la orientación sexual humana. La inmensa mayoría de gays y lesbianas viven vidas felices, sanas, bien adaptadas y productivas. Muchos gays y lesbianas mantienen relaciones permanentes con personas del mismo sexo. En términos psicológicos esenciales, estas relaciones son el equivalente de las relaciones heterosexuales. La institución del matrimonio permite a los individuos un rango de beneficios que tienen un impacto favorable en su bienestar físico y mental. Un gran número de niños están siendo criados actualmente por lesbianas y gays, tanto en parejas del mismo sexo como madres y padres solteros. La investigación empírica ha mostrado de manera consistente que los progenitores homosexuales no se diferencian de los heterosexuales en cuanto a habilidades parentales, y que sus hijos no muestran ningún déficit comparados con hijos criados por progenitores heterosexuales. Las políticas estatales que vetan el matrimonio entre personas del mismo sexo se basan exclusivamente en la orientación sexual. Como tales, son tanto una consecuencia del estigma históricamente asociado a la homosexualidad, como una manifestación estructural de ese estigma. De permitir casarse a las parejas del mismo sexo, el Tribunal Supremo terminaría con el estigma anti-gay impuesto por el estado de California a través de su veto al derecho a casarse de

⁹⁵ Esto significa amigo de la corte o amigo del tribunal, lo cual es una expresión latina utilizada para referirse a presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso.

*estas parejas. Adicionalmente, permitir que se casaran les daría acceso al apoyo social que facilita y refuerza los matrimonios heterosexuales, con todos los beneficios psicológicos y físicos asociados con dicho apoyo. Además, si sus progenitores pueden casarse, los hijos de las parejas del mismo sexo se beneficiarán no solo de la estabilidad legal y otros beneficios familiares que proporciona el matrimonio, sino también de la eliminación de la estigmatización patrocinada por el estado de sus familias. No hay base científica para distinguir entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo con respecto a sus derechos legales, obligaciones, beneficios, y deberes otorgados por el matrimonio civil”.*⁹⁶

Igualmente, por su parte la Canadian Psychological Association en el 2006 consideró que de varios estudios efectuados incluso por los opositores al matrimonio de parejas del mismo sexo, indican que el bienestar financiero, físico y psicológico de los padres se ve reforzada por el matrimonio y que los niños se benefician de ser criados por dos padres dentro una unión legalmente reconocida, tal como se había afirmado en el 2003 por la Canadian Psychological Association (CPA), siendo que los factores de estrés de estas parejas que son padres y sus hijos son probablemente el resultado de la forma en que la sociedad los trata y no de deficiencias en su aptitud como padres, siendo que los niños se benefician del bienestar que se produce cuando se reconoce la relación de sus padres y del apoyo de las instituciones de la sociedad.⁹⁷

Del mismo modo, la American Anthropological Association, señaló en el 2005 que durante investigaciones antropológicas de más de un siglo sobre los hogares, las relaciones de parentesco, y las familias, en todas las culturas y en todas las épocas, no acreditan la idea de que la civilización o los órdenes sociales viables dependen del matrimonio como una institución exclusivamente heterosexual, sino que por el contrario, se concluye que una

⁹⁶ Case No. S147999 in the Supreme Court of the State of California, In re Marriage Cases Judicial Council Coordination Proceeding No. 4365, Application for leave to file brief amici curiae in support of the parties challenging the marriage exclusion, and brief amici curiae of the American Psychological Association, California Psychological Association, American Psychiatric Association, National Association of Social Workers, and National Association of Social Workers, California Chapter in support of the parties challenging the marriage exclusion.

⁹⁷ (Véase en: http://www.cpa.ca/cpasite/userfiles/Documents/Practice_Page/Marriage_SameSex_Couples_PositionStatement.pdf, consultado el 01/04/ 2017).

amplia gama de tipos de familia, incluyendo a las familias construidas entre parejas del mismo sexo, puede contribuir a las sociedades estables y humanas.⁹⁸

Por último, mencionamos de manera general un aspecto que preocupa en cuanto a permitir matrimonios entre personas del mismo sexo y que es la filiación, al respecto, la American Academy of Pediatrics, en un análisis publicado en la revista *Pediatrics* de 2006, indicó que hay numerosas pruebas e investigaciones durante 25 años, que demuestran que los niños criados por padres del mismo sexo evolucionan tan bien como aquellos criados por padres heterosexuales y que no existe una relación entre la orientación sexual de los padres y cualquier medida de adaptación emocional, psicosocial y conductual del niño, demostrando que no hay riesgo para los niños criados en una familia con uno o más padres homosexuales, debido a que lo importante es la existencia de adultos conscientes y con disposición hacia la crianza, considerando que los derechos, beneficios y protecciones del matrimonio civil pueden fortalecer aún más a estas familias.⁹⁹

VI. CONCLUSIONES

Es muy difícil establecer un concepto de familia válido para todas las épocas y en todos los lugares, al ser un fenómeno natural y universal, no inmutable; que se ha transformado a través de los siglos, de las civilizaciones, de las costumbres de los pueblos, los cambios sociales y culturales que influyen en este concepto que se ha venido abriendo a organizaciones familiares de distinta índole, en lo cual ha influenciado los avances científicos en el entendimiento de sus instituciones.

Hasta ahora, no existe el matrimonio de orientación sexual diversa en Venezuela, fundamentado en el doble objetivo biológico y social. Actualmente según la doctrina nacional mayoritaria y la jurisprudencia de los tribunales (incluyendo la Sala Constitucional), el derecho al matrimonio es privativo de las parejas heterosexuales. Sin embargo, existe la necesidad de ofrecer un estatuto legal y beneficios sociales a aquellas parejas de hecho, heterosexuales o de orientación sexual diversa, que lo deseen, pero mientras ello no ocurra el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia en

⁹⁸ (Véase en: <http://web.archive.org/web/http://www.aaanet.org/stmts/marriage.htm>, consultado el 01/04/2017).

⁹⁹ (Véase en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/1/349>, consultado el 01/04/2017).

Venezuela están desfasados y desactualizados con respecto a esta nueva realidad social y los avances científicos que los desborda.

Tanto la Constitución como el Código Civil hacen alusión a una diversidad de sexo para contraer válidamente matrimonio, estableciéndolo como un requisito de fondo y un impedimento dirimente absoluto y no convalidable, existiendo un problema cuando un hombre o una mujer, se somete a intervenciones quirúrgicas para modificar su sexo, gracias a los avances científicos. Sin embargo el Código Civil y la legislación venezolana no especifica que debe entenderse por hombre y mujer, por lo que se determinará buscando la información en otros ámbitos como lo biológico, médico-forense, psicológico y otras ciencias.

El considerar la prohibición del matrimonio a personas del mismo sexo no implica la no regularización de su situación de convivencia estable para atribuirles derechos similares a las parejas heterosexuales, ya que el matrimonio no regula simplemente relaciones asistenciales, amicales o sexuales, sino que se basa en la idea de estabilidad social y recambio en la educación de las futuras generaciones, donde el legislador influido por la cultura de su tiempo, debe proteger jurídicamente lo que la sociedad del momento entiende como beneficioso.

En caso de que un transexual o un intersexual que hubiese procedido a la reasignación quirúrgica de género o sexo sin obtener la respectiva adecuación legal, se casare, el cónyuge afectado podría ejercer la acción de nulidad absoluta del matrimonio, en razón del vicio en el consentimiento, por impotencia, y la falta de diversidad de sexo. Estos vicios podrían también ser alegados en caso de obtener el transexual y el intersexual la correspondiente adecuación jurídica si el cónyuge desconoce la situación previa de su pareja, ya que no contraería nupcias en libertad de conciencia y voluntad.

En el caso de reasignación de género o sexo física y legal, si ocurre el cambio después de casado no se puede hablar de nulidad del matrimonio ya que al contraer matrimonio no hubo problema de validez y no se puede dar una nulidad sobrevenida, lo procedente es el divorcio por la causal de injurias graves.

No existe una prohibición expresa de la Constitución de este tipo de uniones del mismo género o sexo, por lo que el legislador podría -aunque no le es exigible- crear una nueva figura jurídica que lo permita, ya que el derecho al libre desenvolvimiento o

desarrollo de la personalidad, y el derecho a la igualdad, son garantías que obligan al legislador a remover o quitar los obstáculos que pueda conseguir y no le obliga a crear nuevas figuras jurídicas, mediante una normativa jurídica que los pueda regular, por lo que el legislador no puede tener prejuicios, para tener una sociedad más justa en donde se superen los miedos a todo aquello que se considera diferente y ha de ser más tolerante en el reconocimiento efectivo de derechos.

Ante la situación particular que se da en estos grupos, se les debe reconocer jurídicamente el poder contraer matrimonio y en el caso de los transexuales e intersexuales poder cambiar de género o sexo, para legitimar las consecuencias en orden a la verdad científica, de la justicia y la utilidad social, sobre todo cuando el ordenamiento jurídico venezolano, tiende a no limitar o discriminar los derechos sino todo lo contrario, por lo que situaciones como la transexualidad o la intersexualidad ha de suponer necesariamente una admisión plena de capacidad de obrar como la del sexo adquirido y en lo que se ha convertido, incluso en cuanto a los efectos de poder contraer matrimonio, ya que ello no quebrantaría normas de orden público ni de *ius cogens*, sino que por el contrario se estaría vulnerando el derecho al desarrollo de su personalidad, además de producirse una discriminación por razón de sexo donde el estado civil de las personas no puede ser impuesto por el Estado, aunque pueda establecer sus requisitos.

Así en el caso de los transexuales e intersexuales, al reconocerse legalmente su nueva condición, la heterosexualidad no se rompe ya que el propio derecho es el que señala que debe ser tenido el interesado como propio del sexo contrario.

En cuanto al concubinato se repite lo mismo que ya se dijo para el matrimonio. Por otra parte, se puede establecer otro tipo de unión estable de hecho que no sea precisamente la concubinaria, en la que se le reconozcan ciertos derechos a estas personas.

El transexual o intersexual que haya tenido prole antes de su reasignación de género y el respectivo cambio legal del mismo, no pierde el vínculo ni la filiación con respecto a estos, así como tampoco con relación a sus progenitores. Igualmente, una vez efectuada la reasignación de género o sexo, si tienen hijos a través de la utilización de cualquiera de los métodos de reproducción asistida podrían llegar a ser padres.

Finalmente, todo lo anterior evidencia la necesidad de la existencia de una regulación expresa que permita dar un orden más claro a todos estos aspectos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALBADALEJO, M., *Derecho Civil I*, vol. I, 14 edición, editorial Bosch, Barcelona, España, 1996.
- BOSWELL, John, *Same-sex unions in premodern Europe*, Vintage Books, New York, 1995.
- BUSTOS MORENO, Yolanda B., *La Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, España, 2008.
- DE SECONDAT, Charles Louis señor de Brède y Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Editorial Claridad, S.A. Biblioteca de Grandes Obras Famosas, volumen 3, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Manual de Derecho de Familia*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos, N° 20, Caracas, Venezuela, 2008.
- GIMENEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el Derecho de la iglesia Católica*, Madrid, España, 1947, p. 115, citado por GARCÍA GARCÍA, Ricardo, El reciente derecho del transexual a contraer matrimonio, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, N° 3, UAM Ediciones, Madrid, España, 2000.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de familia*, t. I, Segunda ed., Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela, 2009.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Sexualidad y Derecho (elementos de sexología jurídica)*, Editorial Hispano-Europea, Colección De Iure et Vita, Barcelona-España, 1976.
- NEILL, James, Homosexual marriages in Fujian, *The Origins and Role of Same-Sex Relations in Human Societies*, McFarland & Company, Jefferson y Londres, 2009.
- NEVADO, José H. y PERDOMO, Juan Rafael (coords.), Derecho de la infancia y la adolescencia “familia sustituta”, en Venezuela: *Aproximación a una mirada social*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 24, Caracas, Venezuela, 2007.
- SOJO BIANCO, Raúl, *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*, Mobil-Libros, décimo cuarta edición, Caracas, Venezuela, 2007.
- TEYSSIÉ, Bernard, *Droit civil. Les personnes*, Lexis Nexis S.A. Litec. 9na edición. París, Francia, 2005.

Hemerografía

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999, *Revista de Derecho*, n° 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 230-231

ENRÍQUEZ LARRAZABAL, Luisa Andreina, Derecho matrimonial en el marco de una antropología jurídica de la sexualidad humana, *Revista Tachirensis de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, N° 18, Editorial Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Estado Táchira, enero-diciembre 2006.

KUEFLER, Mathew, The Marriage Revolution in Late Antiquity: The Theodosian Code and Later Roman Marriage Law, *Journal of Family History* 32 (4), 2007.

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

Jurisprudencia

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia N° 1.682 del 15 julio de 2005, disponible en: <http://www.tsj.gob.ve>.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia N° 190 de 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://www.tsj.gob.ve>.

Páginas de internet

American Academy of Pediatrics, The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-being of Children, disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/1/349>.

American Anthropological Association, Advancing Knowledge, Solving Human Problems, disponible en: <http://web.archive.org/web/http://www.aaanet.org/stmts/marriage.htm>.

Canadian Psychological Association, disponible, Marriage SameSex Couples Position Statement, disponible en: http://www.cpa.ca/cpsite/userfiles/Documents/Practice_Page/Marriage_SameSex_Couples_PositionStatement.pdf.