

El costo de reconocer derechos fundamentales en el Estado social. Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional y los grupos sexo diversos

Jorge Octaviano CASTRO URDANETA *

... todo lo que no tiene un modelo ejemplar está «desprovisto de sentido», es decir, carece de realidad. Los hombres tendrían, pues, la tendencia a hacerse arquetípicos y paradigmáticos. Esta tendencia puede parecer paradójica, en el sentido de que el hombre de las culturas tradicionales no se reconoce como real sino en la medida que deja de ser el mismo –para un observador moderno– y se contenta con imitar y repetir los actos de otro. En otros términos, no se reconoce como real, es decir, como «verdaderamente él mismo» sino en la medida en que deja precisamente de serlo...

ELIADE, Mircea: *El mito del eterno retorno*. Alianza Editorial. Madrid, 1972, pp. 39 y 40.

Sumario

Introducción 1. La intervención de la justicia constitucional en el reconocimiento de los derechos de LGBTTI 2. Los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional relacionados con los grupos de LGBTTI 3. La dimensión económica del reconocimiento de los derechos de LBGTTI. Consideraciones finales

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogado. Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho Administrativo.

Introducción

El reconocimiento de derechos a las minorías siempre ha generado en los sistemas jurídicos intensas discusiones, particularmente cuando ello implica la redefinición de importantes instituciones normativas que responden a una particular concepción de estructuras y relaciones sociales. Ello es especialmente evidente, cuando para garantizar las exigencias de dichos grupos se afectan regímenes estatutarios vinculados con materias de orden público e interés general, como es el caso del Derecho de Familia, cuyo contenido permite, en principio, una ordenación coherente de la estructura formal o modelos de familia¹, por la naturaleza de sus relaciones e instituciones en una sociedad determinada.

Un caso a destacar sería la tutela jurisdiccional de las exigencias de grupos –sexodiversos– de lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgéneros e intersexuales –en adelante LGBTTI–², que, tal como ha señalado DOMÍNGUEZ GUILLÉN, tienen en algunos ámbitos múltiples consecuencias y dificultades prácticas relevantes en su concreción, ya que instituciones familiares tradicionales se verían directa o indirectamente afectadas³ por el reco-

¹ Para algunos autores, «si nos atenemos solamente a la estructura formal, los modelos de familia en los ambientes populares son muy variados: matrimonio civil, civil y eclesiástico, concubinato, madre e hijos, padre e hijos. Si, en cambio, más allá de lo formal se busca (...) el modelo estructural, real y funcionante, sino exclusivo, por lo menos preponderante: madres e hijos. Las excepciones, y las hay, son tan pocas que permiten hablar de un modelo único como forma cultural de familia popular», MORENO OLMEDO, Alejandro: *Antropología cultural del pueblo venezolano*. Tomo I. Fundación de Empresas Polar. Caracas, 2016, p. 63. Existe entonces, a pesar de su variedad, una composición familiar generalizada o generalizable que permite la posibilidad de una regulación tradicional uniforme en ese diverso entramado de relaciones en el seno de la sociedad.

² Un estudio amplio sobre definiciones técnicas en el tema y diversos aspectos de la situación de los LGBTTI en Venezuela, puede encontrarse en el trabajo de FERNÁNDEZ CABRERA, Sacha Rohán: *El cambio de género en el ordenamiento jurídico venezolano*. UCV. Tesis doctoral. Caracas, 2013, <http://saber.ucv.ve/handle/123456789/14682>.

³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana». En *Cuestiones Jurídicas*. Vol. VII, N° 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2013, p. 28.

nocimiento de algunos derechos como el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción, la maternidad subrogada, entre otros; más aún si se asume la posición de Miguel JUÁREZ, conforme a la cual la «familia sigue siendo una correa de transmisión de las ideologías de una generación a otra. Es el caldo donde proliferan los valores y se regenera el tejido social»⁴, lo que explica las disputas que se generan sobre esos temas en el seno de toda sociedad, en el cual cada sector pretende garantizar lo que considera un mínimo necesario para construir o hilvanar ese entramado social.

En ese contexto de disensos sobre el reconocimiento o no de algunos de los derechos que exigen LGBTTI como minoría, lo primero que corresponde resolver al Estado es si la condición de ese grupo comporta necesariamente una tutela reforzada y cuál sería el grado –alcance– de la misma por parte del ordenamiento jurídico, ya que la existencia de una minoría por sí sola no la coloca en principio en una posición de desventaja especial frente al resto de la colectividad. Ciertamente, el hecho de que exista un grupo de personas que padecen cáncer no implica necesariamente que deban reconocerse derechos políticos de participación política pasiva especial con un porcentaje de representación en los órganos legislativos, tal como ocurre con la población indígena, pero sí requieren, por ejemplo, una protección específica en relación con el acceso al tratamiento para su enfermedad –*verbi gratia*, pacientes con mieloma múltiple–⁵.

Para el análisis contenido en el presente trabajo, damos por sentado que LGBTTI son una minoría objeto de discriminación que debe considerarse como un grupo desventajado, lo cual ha sido destacado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que ha expresado una profunda preocupación por los actos de violencia y discriminación que se cometen contra personas debido a su orientación sexual e identidad de género, los cuales constituyen violaciones de derechos humanos –*verbi gratia*, violencia homofóbica,

⁴ Citado en DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. TSJ. Caracas, 2008, p. 23.

⁵ Sobre el tema, véase a FISS, Owen: «Grupos y la cláusula de igual protección». En *Derecho y grupos desventajados*. Roberto GARGARELLA, comp. Gedisa. Barcelona, 1999, pp. 137-167.

asesinato, violación, detenciones arbitrarias y discriminación generalizada en su lugar de trabajo y al acceso a servicios básicos, como la vivienda, el sistema bancario o la asistencia sanitaria, entre otros— que generan la necesidad de crear, implementar y fortalecer medidas que permitan proteger eficazmente a las personas LGBTTI de tales actos de violencia y de discriminación⁶.

La existencia de esa condición de desventaja por motivos de violencia y discriminación, implica reflexionar sobre diversos temas, que van, entre otros, desde la forma o los medios para el reconocimiento de las exigencias de dichos grupos, hasta el grado o intensidad de la tutela debida, así como las implicaciones económicas del resguardo de los derechos fundamentales de las personas LGBTTI.

Las consideraciones que a continuación se exponen se circunscriben a tres cuestiones vinculadas con la tutela jurisdiccional de LGBTTI: en primer lugar, justificar la necesidad de la intervención de los tribunales constitucionales en estos temas de interés general mediante decisiones jurisdiccionales, con preferencia a otros medios de tutela como podrían ser el reconocimiento de derechos a través de actos de asambleas constituyentes o del poder legislativo, respecto de los cuales parte de la doctrina constitucional afirma su idoneidad por el diseño de sus procesos de participación y deliberación y la naturaleza u origen —legitimidad— de esas instancias.

Luego, se plantean dos elementos de interés: el primero respecto a la coherencia jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la regulación de estos temas, ya que su «protección» parcial y progresiva podría generar vacíos, e incluso antinomias, en los marcos regulatorios aplicables; para finalizar con algunas consideraciones en torno al impacto económico de los fallos en la materia, ya que todo reconocimiento de

⁶ En tal sentido, pueden consultarse documentos como la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, del 14-07-11, o los denominados «Principios de Yogyakarta».

derechos a minorías en el Estado social, genera un costo económico que en definitiva la sociedad deberá asumir⁷.

1. La intervención de la justicia constitucional en el reconocimiento de los derechos de LGBTTI

Para autores como DWORKIN, la concepción de un Estado que sostenga una tutela reforzada a los intereses de mayorías circunstanciales, que justifique mediante instancias y procedimientos formales de participación directa o indirecta –*verbi gratia*, asambleas constituyentes, parlamentos o referendos– la negación de los derechos fundamentales de las minorías no constituye una versión de la democracia, sino un verdadero sainete; y es ante esa posibilidad, que se justifica la necesidad de un control judicial de la constitucionalidad, en tanto este permitiría, en principio, una real garantía de los derechos consagrados en la Constitución, que posibilitaría «una sociedad más justa de lo que sería si los derechos constitucionales se hubieran dejado a la conciencia de las instituciones mayoritarias»⁸.

⁷ Sobre el tema, autores como POSNER, Richard: *Análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México D. F., 2007, p. 59, han destacado: «el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento futuro de la gente que realiza actividades que pueden originar la clase de accidentes que está conociendo (...) El problema se convierte en la determinación de lo que sea justo y equitativo para una clase de actividades, y no puede resolverse sensatamente sin tener en consideración el efecto futuro de las reglas alternativas sobre la frecuencia de los accidentes y el costo de las precauciones. Después de todo la perspectiva ex ante no es ajena al proceso legal»; en general un objetivo central del análisis económico del Derecho, es analizar la interacción entre un sistema normativo y la conducta de los individuos, propio del realismo legal, que permite no solo una aproximación a los efectos totales o promedio, sino fundamentalmente a los efectos marginales, *vid.* KITCH, Edmund W.: «*The Intellectual Foundations of Law and Economics*». En: *Journal of Legal Education*. Vol. 33, N° 2. Association of American Law Schools. Washington D. C., 1983, pp. 184-196.

⁸ DWORKIN, Ronald: *Law's Empire*. Harvard University Press. Cambridge, 1986, p. 356; y *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Harvard University Press. Cambridge, 1996, p. 17.

Sin embargo, a la par del anterior aserto, desde LOCKE hasta WALDRON, parte de la doctrina ha señalado que la institución llamada a resolver los desacuerdos sobre los derechos fundamentales debería ser una asamblea representativa, ya que en ella se incorpora la influencia y conexión mutua, la virtud deliberativa y el sentido de libertad de los que la integran⁹, aunado a que la relevancia de los asuntos sobre los cuales existe un disenso en la sociedad serían resueltas por un organismo que por su dimensión y «diversidad pagan un tributo a la pluralidad esencial de la política»¹⁰, particularmente en aquellos casos en los cuales se discute el reconocimiento o no de derechos fundamentales, o la definición de sus alcance o contenido, en temas particularmente sensibles como el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia o reconocimiento del cambio de sexo, ya que los mismos entran en muchas ocasiones en conflicto con los arquetipos que definen a las personas y grupos que integran una sociedad determinada.

Sobre la base de esta última posición, cabe referir el voto disidente del juez SCALIA de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso que legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en esa nación, ya que expone un fuerte argumento en contra de la validez y legitimidad de las decisiones de los tribunales o salas constitucionales, y por qué para parte de la doctrina¹¹, las decisiones jurisdiccionales no deberían alcanzar estos temas. Para ello, señaló:

Today's decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact –and the furthest extension one can even imagine– of the Court's claimed power to create 'liberties' that the Constitution and its Amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration

⁹ LOCKE, John: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Austral. Trad. F. GIMÉNEZ GRACÍA. Madrid, 1960, párrafo 212.

¹⁰ WALDRON, Jeremy: *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons. Madrid, 2005, p. 369.

¹¹ *Ibid.*, pp. 29-169.

of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves (...) Until the courts put a stop to it, public debate over same-sex marriage displayed American democracy at its best. Individuals on both sides of the issue passionately, but respectfully, attempted to persuade their fellow citizens to accept their views. Americans considered the arguments and put the question to a vote. The electorates of 11 States, either directly or through their representatives, chose to expand the traditional definition of marriage. Many more decided not to. Win or lose, advocates for both sides continued pressing their cases, secure in the knowledge that an electoral loss can be negated by a later electoral win. That is exactly how our system of government is supposed to work (...) A system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy¹².

Las anteriores consideraciones pueden ser objeto de crítica en dos dimensiones inescindibles. En primer lugar desde el punto de vista conceptual, en la medida que parece partir de una noción errada de la democracia que identifica fundamentalmente este concepto a la participación política y a los procesos de disenso y consenso en la sociedad. Al respecto, cabe reiterar que en la actualidad para que un sistema sea democrático se exige como mínimo que la mayoría «se halle vinculada a aquellos poderes ‘de todos’ que forman la soberanía popular y en los que reside el valor democrático de todos los derechos fundamentales»¹³ o, como hemos señalado en otras ocasiones, la democracia trasciende el hecho de que las personas se gobiernen a sí mismas, ya que las decisiones de las mayorías solo serían «democráticas» si estas no anulan el estatus jurídico fundamental de parte de la sociedad, los miembros de la misma gozan de derechos y garantías que no pueden ser desconocidos y, por el contrario, imponen en muchos casos, una actitud positiva por parte del Estado para resguardarlos¹⁴.

¹² Corte Suprema de Estados Unidos, 576 U.S. (2015) del 26-06-15, *Obergefell et al. vs. Hodges*, director, Ohio Department of Health, *et al.*

¹³ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris, teoría del Derecho y la democracia. Teoría de la democracia*. Trotta. Boloña, 2011, p. 15.

¹⁴ CASTRO URDANETA, Jorge: «Gobernabilidad y sistema democrático participativo». En: *Revista de Derecho*. N° 35, tomo II. TSJ. Caracas, 2014, pp. 101 y 102; y «La arbitrariedad

No obstante, ese punto de vista conceptual adquiere real sentido si se toma en cuenta el elemento histórico o pragmático, en la medida que si se asume esa posición contenida en el voto disidente que reclama la necesidad de lograr un proceso de acuerdo que permita, en el marco constitucional norteamericano, que los distintos estados reconocieran la posibilidad del matrimonio igualitario, ello no solo desconocería el desarrollo jurisprudencial de esa misma Corte¹⁵ y de la mayoría de los tribunales constitucionales; tal como lo demostró esa misma instancia judicial, en el caso *Brown vs. Board of Education*, que en un contexto social que esencialmente apoyaba la doctrina separados pero iguales, se decantó por lograr la integración racial en los centros de educación, lo cual no se limitó a declarar, sino logró imponer con la fuerza pública¹⁶; pero, sobre todo, tal afirmación implicaría en muchos casos la institucionalización de injusticias y violaciones atroces a los derechos fundamentales de los grupos desventajados.

Ciertamente, pretender un proceso de acuerdos sobre asuntos sensibles para la sociedad que permita el ejercicio o protección de derechos fundamentales, niega una realidad en estos temas; someter a una mayoría absolutamente convencida de la necesidad de reproducir las formas de convivencia social vigentes –*verbi gratia*, segregación racial, discriminación por preferencias sexuales, entre otras– no abre paso al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de ese grupo excluido o sumido en la opacidad del sistema jurídico.

Basta pensar en ejemplos extremos: en la Alemania Nazi existía un pleno convencimiento de la «justicia de la solución final»; para un importante número de *hutus* y *tutsis* se justificaba el odio y la matanza que se llevó

en el ejercicio del Poder Público. Análisis a partir de un cuento sobre el poder y una sátira sobre su ejercicio». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 7-1. Caracas, 2016, pp. 63-86, www.rvlj.com.ve.

¹⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, 347 U.S. 483 (1954) 17-05-54, *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

¹⁶ LEWIS, Anthony: «*President sends troops to Little Rock, Federalizes Arkansas National Guard; Tells Nation He acted to avoid an Anarchy*», *The New York Times*, del 24-09-51, <http://www.nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0925.html>.

a cabo en Ruanda; o en la guerra de Bosnia, la masacre de Srebrenica no fue el resultado de una reflexión sobre los derechos de la minoría musulmana; todas esas atrocidades son consecuencia de una concepción de la sociedad y la certidumbre de aquellos que detentan el poder y lo apoyan en que tales actos atroces están al menos justificados.

En ese contexto, debemos comprender que no sería deseable ni pertinente que un eventual reconocimiento de los derechos de los grupos discriminados, sea necesariamente el resultado de un proceso de diálogo y acuerdo de los sectores de la sociedad, ya que esta discusión puede significar un terrible daño y sufrimiento para los sectores discriminados; basta imaginar lo que implicaría para la «comunidad afroamericana» sometida a medidas de segregación racial, que se asumiera la posición implícita en las palabras del juez SCALIA, los «afroamericanos» no podían y no debían esperar convencer a Alexander STEPHENS o a llegar a un acuerdo con el *Ku Klux Klan*, para liberarse del látigo o lograr incorporarse en escuelas segregadas; así como tampoco el pueblo judío o gitano debía esperar persuadir a HITLER de lo atroz de la solución final.

Es en la historicidad de las diversas manifestaciones de la opresión y discriminación social, que se justifica la intervención de los órganos judiciales y el control de la constitucionalidad de aquellas leyes o actuaciones que generan violaciones a los derechos fundamentales.

Pero también debe advertirse, que en una sociedad en la cual los derechos de grupos desventajados no son reconocidos, es probable que el ejercicio de la actividad jurisdiccional tampoco los reconozca, tal como ocurrió en Singapur cuando la Corte Suprema de ese país resolvió la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 377 A del Código Penal de Singapur, que establece que cualquier persona de sexo masculino que en público o privado, cometa o instigue a cometer, o procure o intente procurar, la comisión por parte de alguna persona de sexo masculino, de cualquier acto de ultraje contra la moral pública con otra persona de sexo masculino, se le impondrá una pena de prisión de hasta dos años. En su pretensión los demandantes sostuvieron que

dicho artículo era contrario al artículo 12 de la Constitución, que resguardaría bajo el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación fundada en la orientación sexual.

Para la Corte Suprema de Singapur, la delimitación de asuntos vinculados con la moralidad requiere evolucionar paulatinamente, advirtiendo que tales cambios deben resolverse en el marco de la legislatura y no del Poder Judicial —algo inconcebible para muchos tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional en Latinoamérica—. Con base en diversas consideraciones, se concluyó que el sustrato del artículo 377 A antes mencionado, consagra un conjunto de valores morales y sociales en ese Estado: «la homosexualidad masculina y no femenina es un delito en Singapur» y tal juicio de valor, señala la Corte, no puede ser calificado como arbitrario o discriminatorio en el contexto constitucional¹⁷.

Pero al margen del anterior ejemplo, lo que debe destacarse es que el ejercicio de la jurisdicción constitucional en la resolución de casos en los cuales la mayoría ha impuesto una discriminación contraria a los derechos fundamentales, resulta cardinal, y en muchos casos necesaria, por ser la única opción viable, ya que es posible que no existan en otras instancias de los órganos del Poder Público la capacidad para sobreponerse a la presión política y, sobre todo, al costo electoral que implican tales reconocimientos.

¹⁷ Corte Suprema de Singapur, sentencia [2013] SGHC 73, del 09-04-13, Lim Meng Suang and another vs. Attorney-General 120131 3 SLR 118, en la cual se señaló expresamente: «*the object of s 377A is clear. It criminalises male homosexual conduct as conduct that is not acceptable in our society. Its retention was endorsed by Parliament in 2007. Applying the 'reasonable classification' test, there is complete coincidence between the differentia underlying the classification prescribed by s 377A and the object of the provision. The differentia underlying the classification prescribed by s 377A therefore bears a rational relation to the object of the provision, and therefore satisfies both limbs of the 'reasonable classification' test set out at [46] above. Therefore s 377A is neither arbitrary nor discriminatory in the constitutional context. I also find that the purpose of s 377A is not a purpose which is so patently wrong as to render it an illegitimate purpose upon which to base a classification prescribed by law*», http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/high-court-judgments/15182-lim-meng-suang-and-another-v-attorney-general-2013-sghc-73%23Ftn_8_1.

Ahora bien, más allá de las consideraciones políticas y sociales, desde el punto de vista jurídico el reconocimiento de los derechos de los grupos de LGBTTI, necesariamente termina por replantear significativamente ámbitos del Derecho, como sería el caso de Derecho Civil, tal como la profesora DOMÍNGUEZ GUILLÉN advierte al señalar:

... el asunto no sería tan simple en materia filiatoria, porque esta última supone un vínculo familiar entre personas, lo que propicia el debate de la afectación de derechos de terceros ajenos a la relación homosexual. En efecto, las reglas filiatorias, inspiradas como es natural en la unión de progenitores de distinto sexo –padre y madre–, resultarían trastocadas, entre las que se incluyen la presunción de paternidad y el establecimiento de la maternidad –pudiéndose plantear la posibilidad de que ‘incluso biológicamente haya dos madres, si una aporta el óvulo y otra es la gestante’–. La patria potestad correría el riesgo de quedar reducida a la pretensión de un ejercicio con dos padres o dos madres, pero con la necesaria intervención de un tercer progenitor –que en algunos casos será el biológico–, porque subsistiría el derecho del menor a ser criado por un padre y una madre, lo que se proyecta en el atributo de la responsabilidad de crianza. Siendo lo anterior apenas ejemplos de situaciones que escaparían del sentido de una ley que concibió inicialmente a la familia con base natural entre un hombre y una mujer. En fin, las consideraciones o consecuencias serían múltiples y tal vez las dificultades prácticas superarían las interpretaciones jurídicas porque las instituciones familiares tradicionales se verían sustancialmente afectadas¹⁸.

Así, el reconocimiento de derechos a los grupos de LGBTTI no solo implica en muchos casos la negación o reformulación de instituciones que su forma actual –vale decir, matrimonio entre un hombre y una mujer– son consideradas como cardinales por grupos sociales mayoritarios y electoralmente relevantes –como el caso de la comunidad evangélica o católica en Venezuela– sino que, además, comporta una redefinición de importantes partes del sistema jurídico, ya que regulaciones parciales, como, por ejemplo, la admisión

¹⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Breves consideraciones...»), pp. 27 y 28.

del cambio de sexo, terminan incidiendo sobre instituciones, tales como el matrimonio, la adopción o la posibilidad de aceptar la maternidad subrogada –*verbi gratia* así, en una pareja que adopte, uno de sus integrantes podría lograr el reconocimiento del cambio de sexo, con lo cual de hecho existiría un matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo–, lo que genera la necesidad de un cambio o reinterpretación del ordenamiento jurídico vigente.

2. Los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional relacionados con los grupos de LGBTTI

Si bien es posible justificar la intervención de la jurisdicción constitucional, en los términos expuestos en el anterior aparte, cabría cuestionarse cómo ha sido esa intervención y si el desarrollo jurisprudencial respecto al reconocimiento de los derechos de LGBTTI, resulta coherente o ha generado o generaría mayores lagunas o antinomias en el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, cabe destacar que la Sala Constitucional ha optado, en ese sentido, por una particular forma de abordar el tema; por una parte, mediante sentencia N° 1682/2005, fijó su criterio en relación con la interpretación del artículo 77 de la Constitución y estableció que, de ser probada la unión concubinaría, era extensible no solo la comunidad concubinaría, sino además algunos efectos del matrimonio, como la obligación de alimentos o la vocación hereditaria, para lo cual apuntó en repetidas ocasiones a la necesidad de una unión estable de hecho entre un hombre y una mujer¹⁹.

De igual forma, la Sala Constitucional, en el fallo N° 190/2008, consideró la improcedencia de la comunidad concubinaría entre personas del mismo sexo, ya que, a su juicio, «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», aclarando, además, que no se prohíbe la unión de hecho entre personas del mismo sexo, pero estas

¹⁹ TSJ/SC, sent. N° 1682, del 15-07-05.

no cuentan con la protección reforzada de las uniones entre hombre y mujer, «sin que ello sea óbice para la existencia de una comunidad ordinaria pues nada obsta para que dos personas al margen del sexo –y de su estado civil– realicen un aporte de bienes y esfuerzos al logro de un fin común, pues lo contrario ciertamente rozaría el límite del enriquecimiento sin causa»²⁰.

Los anteriores fallos aparentaban una línea jurisprudencial en la materia en la cual se excluía una tutela positiva en relación con LBGTTI como grupos desventajados, particularmente en lo que se refiere al matrimonio y a las uniones estables de hecho; sin embargo, con el fallo N° 1187/2016, la Sala Constitucional reconoció la filiación del niño protegido en ese fallo, acordó la inscripción con los dos apellidos de ambas madres, en el Registro Civil, con tal condición, y la nacionalidad venezolana del mismo, así como el derecho a suceder del hijo en cuestión²¹.

Ciertamente, con dicha decisión la Sala generó un reconocimiento de las relaciones verticales de personas del mismo sexo –familia homoparental–, pero dejó sin regulación adecuada el antecedente necesario para el establecimiento de un vínculo filial, que no es otro que un reconocimiento horizontal de las relaciones de estos sectores de la sociedad –matrimonio o unión estable de hecho–, con lo cual el contenido de la mencionada sentencia N° 190/2008, que remitió al régimen general de la comunidad ordinaria para evitar las consecuencias de incluirlos en el régimen propio del matrimonio e instituciones familiares «dada la claridad del Texto Constitucional en la materia y la inexistencia de desigualdad», terminó por generar una discriminación, en la medida que existe un régimen estatutario diverso al de la familia, el matrimonio o las uniones estables de hecho, aplicable a las relaciones heterosexuales y, en cambio, se remite a los grupos de LBGTTI constituidos en verdaderas familias como consecuencia de la decisión 1187/2016, a un régimen jurídico ajeno a las instituciones familiares e impone formas de comunidad ordinaria o remisión a estructuras societarias civiles o mercantiles, para regular, por

²⁰ TSJ/SC, sent. N° 190, del 28-02-08.

²¹ TSJ/SC, sent. N° 1187, del 15-12-16.

ejemplo, sus patrimonios, cuando la propia Sala reconoció el establecimiento de una relación familiar.

Bajo la vigencia del criterio contenido en la sentencia N° 190/2008 no existía vínculo familiar alguno –derivado del matrimonio o de las uniones estables de hecho– en las relaciones entre personas del mismo sexo que permitiera la aplicación del Derecho de Familia; no obstante, con el reconocimiento de la familia homoparental, generó una inconsistencia en el ordenamiento jurídico y, podría afirmarse, que un déficit en la protección integral a esas familias. En ese sentido, bastaría plantearse, por ejemplo, que la coexistencia de criterios vinculantes genera situaciones absurdas, tales como que en materia de seguros para los trabajadores de una empresa, en los que se permite la inclusión de hijos y cónyuges en el seguro, en una familia homoparental, ello solo sería posible respecto del hijo y no de la pareja, ya que se trataría de una familia *ad hoc*, que solo existe a los fines de la filiación y no de la relación interpersonal de aquellos que la constituyen y sobre la base de la cual existe como estructura social.

Lo anterior parece que ha sido advertido por la Sala Constitucional, dado que desde la reconstitución de la referida Sala en 2015, dicho órgano jurisdiccional comenzó a prestar atención al conocimiento de acciones relativas al planteamiento de tales problemas por parte de grupos de LBGTTI, tal como ocurrió, por ejemplo, con la acción interpuesta por el ciudadano Tomás Adrián Hernández (Tamara Adrián) el 14 de mayo de 2004, que fue admitida una década después el 1 de marzo de 2016, como una acción innominada:

... vista la importancia de los derechos constitucionales cuya protección se pretende, vinculados al tema en particular que no posee ninguna legislación regulatoria al respecto, aunado a que la falta de disposición expresa no es óbice para el pleno ejercicio de los derechos humanos constitucionalizados, es por lo que le corresponde a esta Sala la máxima garante de la Constitución, la competencia para conocer de la acción interpuesta²².

²² TSJ/SC, sent. N° 10, del 01-03-16.

Además, la Sala acordó, en ese mismo caso, ordenar a la Comisión de Registro Civil y Electoral del Consejo Nacional Electoral y al accionante, que informe el estado civil –soltero, viudo, casado o divorciado– que actualmente posee el accionante con copia certificada del acta correspondiente en el cual conste dicha información²³.

En ese mismo sentido, se admitió y celebró la audiencia correspondiente, en la acción innominada de naturaleza constitucional interpuesta por varios ciudadanos, en la cual se solicitó:

1. Se establezca que se han presentado los requisitos esenciales que establece el artículo 147 de la Ley Orgánica de Registro Civil y constitucionalmente, se reconoce, protege y garantiza el derecho al reconocimiento de la identidad de género auto-percibida con base en los derechos previamente expuestos.
2. Con base en las pruebas aportadas, realice el reconocimiento de la identidad y expresión de género auto-percibido como peticionamos al inicio de la presente acción y se establezca en la partida de nacimiento el género y nombre con el cual somos pública y notoriamente conocidos y conocidas siendo este, por ende, se proceda al cambio de nombre y género en la partida de nacimiento, manteniendo la filiación correspondiente.
3. Establezca que existe una continuidad de la persona respecto a sus derechos y obligaciones asumidas previa la presente solicitud.
4. Se emitan copias certificadas del cambio de nombre y género, dirigidas al Registro Principal del Municipio; a la Oficina Nacional de Registro Civil; al Consejo Nacional Electoral; al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, para que se realicen las modificaciones correspondientes y a todos los organismos que correspondan²⁴.

En el fallo que admitió la acción, la Sala reiteró:

... mediante sentencia N° 10, del 1° de marzo de 2016 (caso: Tomás Mariano Adrián) estableció, a través de una reconducción de la calificación

²³ TSJ/SC, sents. N°s 804 y 851, del 30-08-16 y 18-10-16, respectivamente.

²⁴ TSJ/SC, sent. N° 399, del 01-06-17.

jurídica de la demanda, que la naturaleza de lo pretendido en el tipo de solicitudes incoadas como en el presente caso, se corresponde más bien como una acción innominada de naturaleza constitucional, toda vez que los derechos fundamentales cuya protección se pretende, no posee ninguna legislación regulatoria al respecto, por encontrarse desprovisto de un procedimiento judicial que permita su efectiva tutela. De modo que, visto que el presente caso se refiere, como fue señalado en el precedente judicial citado *supra*, a una acción innominada de naturaleza constitucional esta Sala como máxima garante de los principios, reglas y normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y como último intérprete de su contenido, dada, además, la novedad de este tipo de demanda, se declara competente para conocer de la presente causa²⁵.

Conjuntamente con dichas causas, resulta particularmente relevante el hecho de que la Sala admitió²⁶ un recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 44 del Código Civil²⁷, el cual establece: «el matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer», por cuanto en la resolución de la referida causa en principio ya existe un precedente vinculante contenido en la referida sentencia N° 190/2008.

En la resolución de las referidas acciones, la Sala podría plantear una revisión o cambio del criterio de la interpretación contenida en el fallo N° 190/2008, más cercana al voto salvado en ella contenido, que permita asumir plenamente las consecuencias de la sentencia N° 1187/2016. Lo anterior no sería ajeno a la actividad jurisprudencial de la Sala Constitucional que, en anteriores ocasiones, ha formulado modificaciones o abandonado criterios vinculantes, como, por ejemplo, ocurrió con la posibilidad de revisar sentencias anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, que se limitaban al supuesto que contempla el artículo 24 constitucional, referido a la aplicación de normas que impongan menor pena²⁸, pero que fue extendido a la revisión

²⁵ TSJ/SC, sent. N° 399, citada *supra*.

²⁶ TSJ/SC, sent. N° 313, del 28-04-16.

²⁷ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 2990 extraordinario, del 26-07-82.

²⁸ TSJ/SC, sent. N° 829, del 29-06-15.

de otros supuestos bajo el argumento que las limitaciones contenidas en los precedentes jurisprudenciales, de a juicio de la Sala, «resulta subsanable» si se pondera la inmutabilidad de la cosa juzgada en relación con «el principio de supremacía constitucional, que supone la necesidad de realizar una aplicación directa e inmediata de la Constitución para la protección de los derechos fundamentales»²⁹.

En dicha decisión, la Sala introduce dos elementos relevantes, para justificar un cambio de criterio en la materia: el principio *pro homine* que funciona como un criterio hermenéutico que exige una interpretación a favor de las personas y comporta la necesidad de acudir «a la norma más amplia o realizar la interpretación más extensiva hacia la condición humana y plantea que ante una posible antinomia entre normas jurídicas, deba aplicarse aquella que presente un mayor beneficio al individuo», particularmente para aquellos casos en los que la protección del derecho que en definitiva se reclama –*verbi gratia*, identidad– que ostente una especial relevancia, desde el punto de vista ontológico, en la medida que se trate de un bien jurídico de carácter abstracto e inherente a la persona humana:

... atiende a sus valores y su dignidad, y a su especial condición de afectos y aptitudes frente a la sociedad, que puede definirse como el *status* del individuo frente al Estado y las demás personas; circunstancia ésta ponderada por este órgano jurisdiccional y considerada predominante a los efectos de proceder a la revisión de una sentencia o cualquier otro acto que menoscabe o disminuya su fuerza y eficacia³⁰.

De allí, que el Estado esté obligado a través de sus órganos administrativos y judiciales a garantizar de manera inmediata el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, ya que son inherentes a la persona humana, de orden público, intransigibles, irrenunciables, interdependientes entre sí e indivisibles, más aún si la lectura del alcance y contenido de los mismos –como en el caso de la determinación de la identidad biológica o legal–, varía en relación

²⁹ TSJ/SC, sent. N° 1757, del 22-11-15.

³⁰ TSJ/SC, sent. N° 1757, citada *supra*.

con los «avances científicos»³¹ que permitan en definitiva un mejor conocimiento de la situación planteada para una posible tutela judicial.

Bajo tales argumentos, la vigencia del criterio establecido en el fallo N° 190/2008, no se erige en absoluto como atemporal e inmodificable, más aún cuando en el Derecho comparado disposiciones constitucionales similares a la nuestra sobre el tema del matrimonio de personas del mismo sexo, han sido objeto de un análisis jurisprudencial a favor de tales tipos de uniones; en ese sentido, basta recordar el contenido del artículo 32 de la Constitución española que contiene la frase: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», respecto de la cual el Tribunal Constitucional señaló que la Ley 13/2005³², desarrolló la institución del matrimonio conforme a la Constitución y que parece responder «a la lógica de que dos relaciones jurídicas equiparables –matrimonio entre personas de distinto sexo y unión civil entre personas del mismo sexo– y con similares efectos reciban la misma denominación»³³.

Para la Sala Constitucional, la concreción o materialización efectiva de los postulados constitucionales requiere «no solo la selección y matización de los avances legislativos y jurisprudenciales ya existentes, sino aportación de nuevos elementos que los acrecientan y completan», lo cual, a su juicio, implica un avance del «historicismo entendido como una tutela judicial efectiva de las relaciones o conflictos puntuales en la sociedad, sobre la pretensión de un racionalismo abstracto que se aparta de la idea de garantizar los derechos vinculados a personas concretas»³⁴, argumentos que mantienen abierta la discusión sobre temas como el matrimonio igualitario al margen de las posibles reformas

³¹ TSJ/SC, sent. N° 1757, citada *supra*.

³² La Ley 13/2005 modificó la regulación del matrimonio hasta entonces contenida en el Código Civil, reconociendo el derecho a contraerlo a las parejas formadas por personas del mismo sexo. La Ley equipara, además, las parejas del mismo o diferente sexo en cuanto al disfrute de otros derechos, entre ellos la adopción.

³³ TC, sent. N° 198/2012, del 06-11-12, <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106>.

³⁴ TSJ/SC, sent. N° 555, del 11-07-16.

legales y constitucionales en la materia, ya que el avance en el reconocimiento de los derechos de LBGTTI conlleva reformular y revisar las instituciones que integran el sistema jurídico, a los fines de darle coherencia interna en el régimen estatutario correspondiente y adecuación con el Texto Constitucional, en la medida en que se generen violaciones al mismo, fundamentalmente por discriminación, como consecuencia de la actividad interpretativa de la propia Sala Constitucional.

3. La dimensión económica del reconocimiento de los derechos de LBGTTI

Por último, se quisiera llamar la atención sobre un elemento vinculado al reconocimiento o determinación del alcance de los derechos fundamentales, vale decir, las implicaciones económicas de su regulación, particularmente en lo que se refiere a los temas de salud, ya que:

La política sanitaria ocupa y seguirá ocupando en el futuro previsible, una posición central tanto por el número creciente de personas que reciben estos servicios, como por los muchos puestos de trabajo que requiere su funcionamiento (...) llevan a que el gasto sanitario crezca sin parar³⁵.

Al respecto, es preciso señalar que en el marco del Estado social consagrado en la Constitución de 1999, el reconocimiento de derechos a grupos desventajados envuelve una participación activa por parte del Estado en resguardo de los mismos, y esa prestación tiene un impacto económico en el presupuesto nacional, que si bien no condicionan la exigibilidad de los mismos, es un elemento a considerar por la sociedad, ya que es, en definitiva, quien los tiene que afrontar en atención al principio de solidaridad (artículos 2, 132, 135 y 299 constitucionales), lo que implica la redistribución de los ingresos limitados del Estado para afrontar sus múltiples obligaciones, actividad prestacionales, como el servicio de salud.

³⁵ SOTELO, Ignacio: *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Trotta. Madrid, 2010, p. 386.

De acuerdo con el análisis que se efectuará, debe señalarse que se comparte la posición de autores como COURTIS o ABRAMOVICH en relación con la dimensión económica de los derechos fundamentales y que, si bien existen limitaciones en la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales, cabe concluir que «dada su compleja estructura no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica que permita su exigibilidad judicial en caso de violación»³⁶, todo ello en el marco de la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional que señala:

... el Constituyente de 1999, en el diseño del sistema de derechos humanos y en especial de los derechos sociales, no pretendió crear normas programáticas de aspiración a unos posteriores desarrollos legislativos o cuando se encontraran cumplidas ciertas condiciones para su reconocimiento como derecho. Nuestro constitucionalismo social se sitúa en la perspectiva de que las políticas públicas implementadas por el Estado a través del Ejecutivo lo obligan, en aras de superar el asistencialismo, a reconocer que las personas beneficiarias de la misma resultan titulares de derechos –sentencia de esta Sala número 343/2016–³⁷.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la Sala Constitucional insistentemente ha sostenido que en el Estado social se refuerza la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante «otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger

³⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian: «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales». En: *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. Abeledo Perrot. Roberto GARGARELLA, coord. Buenos Aires, 2009, p. 986.

³⁷ TSJ/SC, sent. N° 1171, del 15-12-16. Sin embargo, existe un precedente en contra que, al parecer, es un criterio aislado, contenido en el fallo de esa Sala N° 327, del 28-04-16, en la que se estableció que la entrada en vigencia de la Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados, «está supeditada a la previsión y existencia de recursos en el Tesoro Nacional, así como también al debido análisis fáctico y económico, junto a la armonización de la propuesta legislativa, con los indicadores y variables que arrojan los sistemas integrados de la administración financiera del sector público»; lo cual fue superado en fallos posteriores, como se desprende de las sents. N°s 343, del 06-05-16; 555, citada *supra* y la ya mencionada 1171.

a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución»³⁸ y en ese contexto, el reconocimiento de los derechos de los transexuales, por ejemplo, al cambio de género, comporta una necesaria transformación que permita a esa persona asumir el género opuesto al impuesto según su sexo biológico.

En tal sentido, si bien el grado e intensidad de la referida transición requerido en el Derecho comparado no es uniforme; ya que en países como Irán se impone una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, en tanto que en otros ordenamientos ello no se exige; lo cierto es que el mantenimiento de esa nueva identidad genera igualmente la prestación de servicios de salud que normalmente incluyen –entre otros– tratamientos hormonales que permitan la aproximación a los caracteres propios del nuevo sexo al que afirma pertenecer.

Así, el reconocimiento del cambio de sexo, plantea en el marco del discurso del Estado social, que el Estado tenga que asumir el costo del tratamiento de salud correspondiente, ya que, si se afirma que es un derecho fundamental a la identidad y desarrollo de la personalidad, conforme a los criterios de la propia Sala Constitucional de tutela de los sectores menos favorecidos, debe tenerse en cuenta que lo referido al reconocimiento y ejercicio de un derecho:

... se considera inherente a la persona humana y del cual no se puede prescindir, lo cual genera paralelamente una obligación al Estado, consistente en el deber de asegurar una identidad legal (...) todo ello con la finalidad de otorgar a todo ciudadano un elemento diferenciador con respecto a los integrantes de una sociedad, el cual se interrelaciona y se desarrolla con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad³⁹.

Bajo tales presupuestos, tomando en consideración la estructura del Estado social consagrado en el Texto Fundamental y la jurisprudencia de la Sala Constitucional desde la sentencia N° 85/2002, que propugna la necesidad que el Estado equilibre las desigualdades dentro de la sociedad, el costo de intervenciones

³⁸ TSJ/SC, sent. N° 85, del 24-01-02.

³⁹ TSJ/SC, sent. N° 1443, del 14-08-08; reiterada en los fallos N°s 1235, del 14-08-12 y 1757, citado *supra*.

quirúrgicas o de mantenimiento del tratamiento hormonal en las personas transgénero para suprimir o minimizar los caracteres sexuales secundarios originales e inducir los del sexo «deseado o correcto» –entre otros–, serían parte de una prestación obligatoria de los servicios de salud, para aquellos que no puedan costearla y tengan esa condición; bien porque la transexualidad sea considerada un enfermedad mental o una condición; ya que las personas que no se identifican con el sexo que les asignaron al nacer, son calificadas como enfermas mentales por la Organización Mundial de la Salud en el CIE 10 (Clasificación internacional de enfermedades, décima versión) al incluir a los transgénero en la misma categoría que la pedofilia y la cleptomanía, circunstancia que se modificaría en su próxima actualización (CIE 11), en la que la transexualidad pasaría a formar parte del capítulo dedicado a «trastornos de la personalidad y el comportamiento» –en el subcapítulo «trastornos de la identidad de género»– y a engrosar la lista de «condiciones relativas a la salud sexual», bajo la denominación «incongruencia de género», siendo relevante destacar que su mantenimiento en la referida clasificación, se debe a que «se barajó eliminarlo de la lista pero muchos países solo cubren con las políticas públicas lo que está mencionado en la clasificación. Así que se ha decidido colocarlo en un lugar menos estigmatizante»⁴⁰.

De igual forma, existen estudios que señalan que *«a law protecting transgender benefit coverage is not only medically necessary, but is morally imperative»*, pero además:

By removing transgender exclusions, society could change the trajectory of health for all transgender persons. It is worth considering that other costly surgeries (e. g., breast reduction; spinal fusion for chronic back pain), procedures (e. g., in vitro fertilization), and health technologies (e. g., drugs such as sildenafil citrate for erectile dysfunction) that consensus dictates as not medically necessary are still covered by payers. Overall, payers may provide the motivation for progress in a field when there is

⁴⁰ BORRAZ, Marta: «La OMS dejará de considerar la transexualidad un trastorno, pero pasará a llamarla incongruencia de género», http://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-trastorno-condicion_0_607189929.html.

the potential of reimbursement for improved performance. This concept could be likened to poor outcomes of phalloplasty in MTF transitions: surgeons might invest in trials that improve outcomes of these complicated procedures if they knew they would be reimbursed⁴¹.

Pero, en definitiva, cuánto costaría al sistema público de salud venezolano el reconocimiento, por ejemplo, del cambio de sexo. La respuesta a ese planteamiento resulta bastante complicada, si se toma en cuenta que sistemas como el norteamericano con un alto manejo de datos estadísticos ello no resulta fácil determinar, ni a nivel nacional ni en sectores poblacionales definidos como sería el caso del estamento militar.

Al respecto, cabe mencionar que el gobierno del entonces presidente de Estados Unidos, Barack OBAMA, comisionó un estudio a RAND Corporation⁴² en 2016, para analizar las implicaciones de admitir que las personas transgénero se enlistaran abiertamente en el ejército. Ese trabajo destacó que no existían estudios rigurosos en la población general de Estados Unidos que permitieran determinar con certeza el porcentaje de población transgénero o, al menos, corroborar las estimaciones existentes en otros estudios:

The transgender prevalence in the U.S. general population is thought to be significantly less than 1 percent (Gates, 2011, p. 6; APA, 2013, p. 454). However, there have been no rigorous epidemiological studies in the general U.S. population that confirm this estimate. Our subsequent estimates must be qualified, therefore, as somewhat speculative; they are based on numerous sources, including health services claims data, representative state-level health surveillance survey data, a convenience (i. e., nonrepresentative)

⁴¹ PADULA, William V. *et al*: «Societal Implications of Health Insurance Coverage for Medically Necessary Services in the U.S. Transgender Population: A Cost-Effectiveness Analysis». En: *Journal of General Internal Medicine*. Vol. 31, N° 4. Springer. Nueva York, 2016, p. 400, <https://doi.org/10.1007/s11606-015-3529-6>.

⁴² RAND Corporation es una organización sin fines de lucro de investigación, que desarrolla soluciones a los desafíos de las políticas públicas, tales como temas relacionados con seguridad, salud, educación entre otras áreas, *cfr.* <https://www.rand.org/about.html>.

*sample recruited by an advocacy network, the experiences of foreign militaries, and selected other data sources*⁴³.

Igualmente, advirtió que hacía falta una mayor investigación acerca de la población transgénero en el ejército y sus necesidades médicas y estimó que de 1 200 000 integrantes de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, aproximadamente unas 2450 personas serían transgénero –aproximadamente un 0,2 %–⁴⁴. Otros estudios han arribado a conclusiones similares, al señalar:

In 2014, scholars estimated that 15,500 transgender personnel served in the military out of a total force of 2,581,000, but they included troops who were ineligible for health benefits. Moreover, the military has become smaller in recent years: as of May 31, 2015, a total of 2,136,779 troops served in the Active and Selected Reserve components and were thus eligible for health benefits. Assuming that the number of transgender personnel has declined along with the overall force size, and excluding those serving in Reserve components whose members are ineligible for medical benefits, I estimate that 12,800 transgender troops serve currently and are eligible for health care. As for the expected utilization of transition-related care, the latest

⁴³ GEREBEN SCHAEFER, Agnes, *et alter: Assessing the Implications of Allowing Transgender Personnel to Serve Openly*. RAND Corporation. Santa Mónica, 2016, p. 11.

⁴⁴ En el referido estudio se concluyó: «*Because these estimates are based on selected populations in the state and the variation in these populations is significant, we were concerned that they were not representative of broader national numbers, especially as they pertain to the gender mix of the military. Therefore, we adjusted the population-weighted combination of these estimates to account for the male/female distribution in the U.S. military populations. This gender adjustment is critical, as most research indicates that male-to-female transitions are two to three times more common than female-to-male transitions (APA, 2013; Horton, 2008; Gates, 2011; Grant et al., 2011). This assumption of a two to one difference in underlying prevalence across genders applied to the 0.16 percent aggregate estimate implies a natal male-specific prevalence of 0.2 percent and a natal female-specific prevalence of 0.1 percent. Assigning these values to the male/female AC [active component] distributions increases the military prevalence estimate from 0.16 percent to 0.19 percent, which implies that there are 2,450 transgender individuals in the AC and 1,510 in the SR [Selected Reserve]*» (Corchetes añadidos). GEREBEN SCHAEFER: ob. cit., p. 16.

research suggests that among large civilian employers whose insurance plans offer transition-related care including surgery and hormones, an average of 0.044 per thousand employees (one of every 22,727) file claims for such care annually. On the basis of this utilization rate, the military could expect that 94 transgender service members will require transition-related care annually. However, transgender persons are overrepresented in the military by a factor of two — possibly in part because, before attaining self-acceptance, many transgender women (people born biologically male who identify as female) seek to prove to themselves that they are not transgender by joining the military and trying to fit into its hypermasculine culture. If transgender people are twice as likely to serve in the military as to work for the civilian firms from which the 0.044 figure was derived, then an estimated 188 transgender service members would be expected to require some type of transition-related care annually. It is not possible, on the basis of the available data, to estimate how many will require hormones only, surgery only, or hormones plus surgery⁴⁵.

Estos estudios parecen coincidir con la opinión generalizada que afirma que el porcentaje de la población general que entra en el grupo calificado como transexual es bastante reducido⁴⁶ y de ese grupo no todos están dispuestos a realizar de forma uniforme en grado e intensidad la correspondiente transición de cambio de sexo.

En Venezuela, no existen datos nacionales directos al respecto, apenas se cuentan con referencias como las que se desprenden de estudios del Instituto Nacional de Estadísticas que incluyó en el censo de 2011, información relativa a la cantidad de parejas del mismo sexo⁴⁷ —que se situaba entre 4000 y 6000, lo cual, por lo demás, no resulta relevante en orden a determinar la cantidad

⁴⁵ BELKIN, Aaron: «Caring for Our Transgender Troops-The Negligible Cost of Transition-Related Care». En: *The New England Journal of Medicine*. Vol. 373, N° 12. Massachusetts Medical Society. 2015, pp. 1090 y 1091.

⁴⁶ SARMIENTO GARMENDIA, Mabel y CARQUEZ, Celina: «¿Cómo se come la homosexualidad en Venezuela?». <http://cronica.uno/como-se-come-la-homosexualidad-en-venezuela/>.

⁴⁷ *Vid.* <http://www.redatam.ine.gov.ve/Censo2011/index.html>.

de personas transexuales, como dato estadístico para la determinación de posibles costos—; algunas referencias señalan que «Organizaciones nacionales e internacionales aseguran que la cifra real de personas LGBTI está cerca del 10 % de la población mundial, lo que en Venezuela se traduce en casi tres millones de ciudadanos con esta orientación sexual e identidad de género»⁴⁸, pero informaciones de esa naturaleza, no permitirían un análisis económico serio sobre las posibles implicaciones financieras que conllevan esa nueva prestación de servicios de salud.

Sin embargo, lo que se pretende destacar en estas líneas no es lograr determinar el costo real que implicará el reconocimiento de ese derecho, sino plantear que una decisión en ese sentido aunque sea genérica y conlleve un simple pronunciamiento favorable en relación con el cambio de nombre y género, en mediano o largo plazo, bajo los principios del Estado social consagrado en la Constitución, comportan una necesaria previsión presupuestaria que requiere redistribuir recursos limitados que atienden igualmente necesidades vinculadas con el resguardo del derecho a la salud en personas con tratamientos de alto costo y enfermedades crónicas —*verbi gratia*, pacientes con problemas renales, cáncer, o con VIH—.

Así, a los solos fines referenciales, en el presupuesto aprobado para el 2018, se afirma que «el 72,5 % de los recursos se destinará a la inversión social, el 22,5 % equivalente a Bs. 8,1 billones al sector de la educación pública y 2 billones 411 mil 251 millones de bolívares, es decir, el 5,5 % al sector salud»⁴⁹, una inclusión del derecho al cambio de género que permita digamos al 0,1 % de la población actual de Venezuela —asumiendo que serían aproximadamente 30 millones de personas— iniciar dichos tratamientos médicos —de tomar los costos señalados en los estudios mencionados *supra* y conjeturando una disminución sustancial de los mismos, por proveedores menos onerosos (India) o suponiendo que los tratamientos pueden producirse en Venezuela,

⁴⁸ SARMIENTO GARMENDIA y CARQUEZ: ob. cit.

⁴⁹ *Cfr.* «ANC aprobó presupuesto de la Nación y Ley de Endeudamiento para 2018», http://www.eluniversal.com/noticias/politica/anc-aprobo-presupuesto-nacion-ley-endeudamiento-para-2018_679554.

podría asumirse un costo por el orden de diez mil dólares por persona en tratamiento— implicaría un gasto anual aproximado de entre trescientos mil al medio millardo de dólares, que en relación con los «2 billones 411 mil 251 millones de bolívares» asignados para el sector salud no sería relevante, pero sí significaría que se va a incluir un gasto en el sector salud, que debe realizarse en condiciones de emergencia económica⁵⁰.

Además, deberá tenerse en consideración que la aplicación de tales tratamientos no solo tienen costo —*verbi gratia*, inhibidores de las gonadotropinas (análogos de LHRH), antiandrógenos, estrógenos, entre otros— que en muchos casos generan la necesidad de importar estos insumos⁵¹, sino que además algunos de estos medicamentos pueden tener efectos secundarios en la salud del sujeto y generar costos adicionales al sistema de salud.

Por otra parte, debe señalarse que estudios también destacan que la negativa de sufragar los costos relacionados con la prestación de servicios públicos y privados de salud, implican, en muchos casos, mayores perjuicios a la salud de los transexuales e igualmente importantes costos derivados de estados de salud por depresión, pérdidas de puestos de trabajo e incluso la muerte:

Actual costs could be lower than expected, because transition-related care has been proven to mitigate serious conditions including suicidality that,

⁵⁰ En la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41233, del 11-09-17, fue publicado el Decreto N° 3074, mediante el cual se declara el Estado de excepción y de emergencia económica en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y los ciudadanos habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida.

⁵¹ Los cuales independientemente que sean producto de una compra directa en el extranjero o el resultado de un convenio de cooperación de intercambio de bienes y servicios, son un costo en divisas, en el primer caso fácilmente cuantificable, en el segundo determinable en relación con el valor —real en el mercado o fijado en el convenio— de los servicios o productos objeto de intercambio.

left untreated, impose costs on the military, and addressing symptoms might conceivably improve job performance as well. There are costs, in other words, of not providing transition-related care, due to potential medical and psychological consequences of its denial...⁵².

Todos estos elementos se deberían tomar en cuenta⁵³, ya que son tan relevantes como las fecundas declaraciones que normalmente acompañan el reconocimiento o no de tales derechos, no solo porque en el marco de la Constitución vigente el régimen presupuestario debería responder a los principios de racionalidad, eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal (artículos 311 al 321), sino fundamentalmente porque el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la función legislativa e incluso constituyente, no debería ser, en principio, un ejercicio argumentativo abstracto e irrealizable en la sociedad; las decisiones sobre la tutela de derechos fundamentales de grupos desventajados que se limiten a esa tendencia discursiva vacía de contenido, que se dirigen fundamentalmente a lograr un elocuente titular de prensa o una referencia para organismos internacionales, y no tienen la posibilidad de materializarse en la realidad de forma coherente con el modelo constitucional vigente, no serían más que otra muestra de la infinita capacidad de los centros de poder político de hacer inoperante el sistema de derechos y garantías constitucionales.

Consideraciones finales

La Constitución consagra un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2), esa cláusula y la interpretación vinculante que sobre la

⁵² BELKIN: ob. cit., p. 1091; en ese sentido: «*The structure of the no health benefit arm accounted for denial of coverage to transgender patients for medically necessary and preventive care, as well as adverse implications. Patients began either at baseline or a job loss/depression state according to the unemployment rate associated with anti-transgender bias. Patients at baseline and in the job loss/depression state were modeled as having high rates of escalating issues, including death*», PADULA: ob. cit., p. 395.

⁵³ Algunos argumentos en torno a la discriminación racial y sus implicaciones en orden económico, podrían trasladarse a la discriminación de personas LGBTTI, particularmente en lo que se refiere a la imposibilidad de relacionarse estos grupos con el resto de la sociedad que determinan una disminución de las transacciones entre ellos, POSNER: ob. cit., pp. 1032-1038.

base de la misma ha efectuado la Sala Constitucional, condiciona el desarrollo de las políticas públicas del Estado y de la actividad privada⁵⁴.

El alcance y contenido del artículo 2 del Texto Fundamental debe ser al menos entendida como un compromiso entre la igualdad formal –Estado de Derecho– y la desigualdad real; por lo tanto, para los grupos desventajados, la existencia del Estado social les permite exigir la intervención institucional de los órganos del Estado para el resguardo de sus derechos fundamentales e impone del lado del sector público una obligación fundamental de reforzar su protección jurídico-constitucional si por su condición se encuentran ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, supuestos en los cuales «está obligado a proteger(los)»⁵⁵.

Una declaración de tal naturaleza en el marco del actual entramado institucional y las condiciones económicas del país, tiene –al margen de la posibilidad de desarrollar regulaciones formales basadas en la creencia de un progreso sostenido y continuo perfeccionamiento institucional que repercutiría en todos los ámbitos de la vida– una enorme complejidad en su concreción respecto a la referida desigualdad real, ya que, desde el punto de vista económico, requiere e impone un manejo de las finanzas públicas que permita su aplicación efectiva.

En el caso de los transexuales, un reconocimiento jurisdiccional del cambio de género permitirá a aquellas personas que tengan la posibilidad económica de realizar «turismo médico quirúrgico» y mantener el tratamiento respectivo, formalizar su estatus conforme a Derecho, pero en el Estado social ello no se puede limitar a tales sectores y debe alcanzar a aquellos que con dicha condición no puedan optar a someterse por sus propios recursos a tales tratamientos, en definitiva porque es tan titular del derecho a la identidad el indigente que es atendido por la «Misión Negra Hipólita»⁵⁶, como el profesional que logró por sus propios medios económicos la transición a su verdadera identidad.

⁵⁴ TSJ/SC, sent. N° 85, citada *supra*.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ En la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38776, del 25-09-07, se publicó el Decreto N° 5616, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación

Una conclusión en tal sentido podría ser objeto de cuestionamientos en otros sistemas constitucionales; o bajo perspectivas de corte liberal que podrían oponer, entre otros argumentos, que el resto de la sociedad no debe sufragar dichos tratamientos; pero, se insiste, en el actual diseño jurídico-institucional ello no es posible, ya que la propia Sala Constitucional ha señalado expresamente:

Tan perjudicial al Estado social es la implementación de políticas liberales que contradigan abiertamente los postulados contenidos en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como aquellas regulaciones que se limitan al establecimiento de una retícula normativa formalmente adecuada al Texto Fundamental, pero que materialmente es ineficaz para concretar la plena vigencia de los valores y principios que esta propugna⁵⁷.

En ese contexto, lo que corresponde es cuestionar y cambiar ese diseño o, en caso contrario, buscar las formas de lograr su concreción de verificarse el respectivo reconocimiento y, esto último, implica bajo el principio de solidaridad asumir una redistribución de recursos económicos limitados que producirán recortes presupuestarios en algún sector, lo cual es una realidad que no constituye un ataque a las exigencias de tales grupos, sino un aserto que destaca que la sociedad deberá soportar las consecuencias de la posición o esquema que consagró la Constitución y la interpretación vinculante de su contenido.

Como indicamos al comienzo del presente trabajo, muchas veces la decisión sobre el reconocimiento de derechos a la personas LGBTTI recae en la justicia constitucional, el costo político-electoral de una decisión en ese sentido repercute con mayor fuerza en órganos representativos que evitan las consecuencias de afrontar la oposición de importantes sectores de la sociedad en

que se denominará «Fundación Misión Negra Hipólita», el cual establece en su artículo 3: «La Fundación Misión Negra Hipólita tendrá por objeto la ejecución de los planes, programas y proyectos dirigidos a la atención y formación integral de todos los niños, niñas, adolescentes y adultos, con especial énfasis en aquellos que se encuentran en situación de calle».

⁵⁷ TSJ/SC, sent. N° 758, del 27-10-17.

algunos de estos temas⁵⁸, además la declaración jurisdiccional no comporta necesariamente que de forma inmediata se materialicen tales derechos en todos los sectores sociales, particularmente los económicamente menos favorecidos, ya que en la mayoría de los casos se debe esperar pronunciamientos y actuaciones posteriores del sector público en la implementación de políticas al respecto o la interposición de nuevos recursos jurisdiccionales, lo que en definitiva pospone el costo financiero de concretar en los términos expuestos *supra* dichos derechos reconocidos o tutelados jurisdiccionalmente.

En situaciones extremas, cuando debe formularse una decisión en cuanto a la redistribución de los recursos para la salud, en términos generales resulta más fácil para la sociedad venezolana identificarse con los sufrimientos de determinados grupos, como los pacientes con cáncer o aquellos particularmente

⁵⁸ Por ejemplo, en relación al matrimonio de personas del mismo sexo, las iglesias cristianas se han pronunciado: la Congregación para la Doctrina de la Fe formuló una serie de «Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales», en las cuales señaló: «La Iglesia enseña que el respeto hacia las personas homosexuales no puede en modo alguno llevar a la aprobación del comportamiento homosexual ni a la legalización de las uniones homosexuales. El bien común exige que las leyes reconozcan, favorezcan y protejan la unión matrimonial como base de la familia, célula primaria de la sociedad. Reconocer legalmente las uniones homosexuales o equipararlas al matrimonio, significaría no solamente aprobar un comportamiento desviado y convertirlo en un modelo para la sociedad actual, sino también ofuscar valores fundamentales que pertenecen al patrimonio común de la humanidad. La Iglesia no puede dejar de defender tales valores, para el bien de los hombres y de toda la sociedad. El Sumo Pontífice Juan Pablo II, en la audiencia concedida al Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 28 de marzo de 2003, ha aprobado las presentes Consideraciones, decididas en la Sesión Ordinaria de la misma, y ha ordenado su publicación», http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html. Por su parte, medios de comunicación reseñaron que «Evangélicos protestan contra matrimonio gay en Caracas», en el cual se recogieron opiniones de los asistentes los cuales señalaban, entre otros argumentos, que: «Venezuela va estar llena de puros homosexuales y eso le desagrada a Dios», <http://sumarium.com/evangelicos-protestan-contra-matrimonio-gay-en-caracas/>; o ALONSO, Juan Francisco: «Evangélicos inician cruzada para impedir que TSJ dé derechos a grupos LGBTI», <http://cronica.uno/evangelicos-inician-cruzada-impedir-tsj-derechos-grupos-lgbti/>.

afectados por su condición física –discapacitados– o económica –pobreza crítica–, en la medida que la comprensión de esas enfermedades o condiciones, así como los arquetipos prevalentes, le permiten a las personas vincularse de forma solidaria con esos pesares; sin embargo, la posibilidad de entender la naturaleza del padecimiento de los grupos de LGBTTI y la necesidad de protección de sus derechos fundamentales⁵⁹ por efecto de la violencia y discriminación a la cual son sometidos, pasan, sin lugar a dudas, por la ruptura de arraigados prejuicios sociales.

* * *

Resumen: Al autor explora la relevancia de la justicia constitucional en el reconocimiento de los derechos de los grupos sexo-diversos. Para tal fin, examina los diversos fallos de la Sala Constitucional relacionados con dicha materia y efectúa unos comentarios sobre la relevancia del aspecto económico para la efectividad del reconocimiento de los derechos de LGBTTI.
Palabras clave: LGBTTI, grupos sexo diversos, Estado social.
Recibido: 10-01-18. Aprobado: 15-02-18.

⁵⁹ Véase DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 130. UCV. Caracas, 2007, pp. 53-100, especialmente p. 100.