

El hábeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica

por

GIANCARLO HENRÍQUEZ MAIONICA

Sumario.- INTRODUCCIÓN. I. DEL HÁBEAS DATA: §.1 Precisiones conceptuales: El hábeas data como garantía autónoma y el desfase de su consideración como derecho; §.2 Coherencia en el sistema de garantías y derechos: Necesidad del derecho de petición (rectius: acción) para la operatividad del hábeas data. II. DEL DERECHO A OBTENER DOCUMENTOS RELATIVOS A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DE LA PERSONA: §.1 Los desórdenes de identidad de género, la identidad, y el libre desarrollo de la personalidad. Una perspectiva desde el derecho comparado. §.2 La amplitud del espectro tuitivo del hábeas data. CONCLUSIONES

*Lo que había que hacer era reconocer
claramente lo que debía ser reconocido*
ALBERT CAMUS

INTRODUCCIÓN

El hábeas data, garantía individual que surge a raíz del poder informático, posee un espectro tuitivo bifocal: Por un lado, mediante él se puede solicitar el acceso a informaciones o datos determinados, con las excepciones establecidas legalmente. Por otro lado, permite la actualización, la rectificación o la destrucción de datos erróneos, o lesivos a derechos fundamentales de quien solicita. Posibilita la adecuación de una verdad formal (aquello insertado - errónea o lesivamente- en el registro respectivo) a una verdad material (lo que realmente es). Puede decirse que posibilita una “adecuación de verdades”.

Esta “adecuación de verdades” deriva generalmente de errores u omisiones materiales. Sin embargo, en observancia de los desarrollos de la biología es posible insertar dentro del campo de la divergencia de verdades antes aludida, y por ende, dentro de aquel otro de las solicitudes de adecuación, a los supuestos de trastornos de identidad de género. Casos estos que, comúnmente, reciben la denominación de transexualismo o transexualidad. Tal inserción se debe a la dicotomía que existe entre la identidad exterior (física o corpórea) y aquella

interior (biológica o psicológica) del sujeto transexual. Si se quiere, su cuerpo no corresponde con su identidad biológica. Y tal impropiedad puede ser inherente a la persona o aprehendida en el tiempo. Por cuestiones de avanzadas tecnológica y biológica, a esta persona se le presenta la posibilidad de adecuar sus identidades. Partimos así -considerando algunos supuestos existencialmente apriorísticos- de la premisa en la que la persona transexual ya se ha sometido a la operación de cambio de sexo.

El hábeas data tutela, entre otros, el derecho a obtener documentos relativos a la identidad biológica del sujeto transexual. Este derecho es contemplado por el artículo 56 de la Constitución, cuando preceptúa que toda persona tiene derecho “a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica”. Si bien éstos -los documentos- son otorgados con el registro civil, pueden acontecer -por lo menos- cinco supuestos: Primero, que tal partida no sea otorgada. Segundo, que la partida sea otorgada en base a un hecho inexistente. Tercero, que existan errores u omisiones materiales. Cuarto, que la persona cuyos datos consten en la partida sea adoptada. Y quinto, que si bien ésta ha sido entregada, la identidad biológica de la persona cambia por diversas razones, *v.gr.* desórdenes de identidad de género¹.

Pero, ¿cuáles son los mecanismos para solventar las problemáticas suscitadas en los supuestos anteriores?. Cuando la partida no ha sido otorgada o cuando ella adolece de vicios materiales, procede el otorgamiento o la rectificación de partidas. Al respecto véase los artículos 462 del Código Civil y 768, 769, 770, 771, 772, 773 y 774 del Código de Procedimiento Civil. Si la partida, y por ende, el reconocimiento de la identidad biológica, surge de hechos inexistentes, la acción de nulidad, por nulidad absoluta, es la vía adecuada para subsanar el problema. Todo de conformidad con los artículos 1359 y 1380 Código Civil. En el supuesto de adopción, se levanta una nueva partida, quedando aquella originaria “privada de todo efecto legal mientras subsista la adopción, excepto para comprobar la existencia de impedimentos matrimoniales”. Así lo disponen los artículos 432 y 433 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Ante el cambio (*rectius*: adecuación) de identidades o cambio de sexo en virtud del trastorno de identidad de género, podría pensarse que la rectificación de partida o el amparo constitucional son medios idóneos para solicitar el reconocimiento de las adecuaciones mismas. En primer término, la rectificación de partida no es medio idóneo para adecuar las identidades del sujeto con

¹ Adviértase que, aún cuando este es impropio, utilizamos el vocablo “cambia” por cuestiones de conveniencia explicativa. Así, la persona con trastornos de identidad de género, “adecua” sus identidades. En los sujetos transexuales el “cambio” es únicamente físico y consecuencia de tal adecuación.

trastornos de identidad de género². Tal carencia de idoneidad deviene de la imposibilidad de subsumir en los supuestos de procedencia de la rectificación, a la dicotomía entre las identidades del sujeto transexual.

En segundo término, con respecto del amparo constitucional, DOMÍNGUEZ GUILLÉN³ sostiene que “sería procedente el simple reconocimiento formal de cambio correspondiente a los datos relativos al sexo y al nombre de la persona, a los fines de lograr una adecuación de la identidad estática y dinámica ... por vía de acción de amparo”. Disentimos de esto. En nuestro criterio, el hábeas data es la garantía cuyo espectro tuitivo abarca los supuestos de reconocimiento de la condición transexual.

Para comprender -no necesariamente aceptar- la dilatación del espectro tuitivo del hábeas data, y la inserción en dicho espectro del derecho a obtener documentos relativos a la identidad biológica del sujeto transexual, es menester (I) delimitar conceptualmente el hábeas data, y; (II) determinar qué es el derecho a obtener documentos relativos a la identidad biológica de la persona.

I. DEL HÁBEAS DATA

§.1 *Precisiones conceptuales: Desempolvar verdades olvidadas, aceptar aquellas negadas. El hábeas data como garantía autónoma y el desfase de su consideración como derecho*

En Venezuela, tanto la doctrina como la jurisprudencia -de forma unísona- deshacen el hábeas data a través de formulaciones extravagantes. Con éstas, crean y destruyen “como un niño que juega con cubos de madera, inventivo y

² En contra, véase por ejemplo, en Italia, la Ley número 164 del 14 de abril de 1982. FIORI, MASSIMO: *Il Nuovo Codice Civile e le leggi complementari*, CxT, Serie Ius, Roma, 1997; p. 1393. (v. II.§.1). En Venezuela, la Sala Constitucional en fallo del 14 de marzo de 2001, caso: *Insaca, C.A.*, estableció que “los registros públicos de cualquier naturaleza (estado civil, propiedad industrial, aéreo, mercantil, regido por la Ley de Registro Público, etc.) escapan del ámbito del artículo 28 [norma en la que está inserto el hábeas data], y los errores, rectificaciones, anulaciones, y otros correctivos de los asientos se adelantarán por las leyes que los rigen (nulidades, rectificación de partidas, etc.)”.

³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, MARÍA CANDELARIA: “Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad” en *Revista de Derecho* número 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002; p. 114. Creemos que la afirmación de DOMÍNGUEZ GULLÉN, deriva de que se piensa que el amparo constitucional “está configurado para proteger el goce y ejercicio de *todos* los garantías y derechos que la Constitución establece” Cfr. BREWER-CARÍAS, ALLAN: *Derecho y Acción de Amparo*, Tomo V de *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Caracas - San Cristóbal, 1998; p. 207. Esto es errado al menos por doz razones. Primera, la protección ofrecida del amparo no es omnimoda. De ser así, se desconocería el sistema entero de garantías y derechos. Segunda, el amparo sólo protege derechos, no garantías.

destructor, sin ningún principio creador aparente”⁴, una garantía de derechos fundamentales: El hábeas data.

Tales formulaciones extravagantes dejan inerte al justiciable. E independientemente de que sólo sean formulaciones, éstas turban aspectos del sistema de garantías y derechos. Turbación que, insistimos, no protege al individuo. Entre las formulaciones extravagantes, encontramos que, primero, se considera que el hábeas data es una categoría, modalidad o especie de amparo constitucional⁵. Y segundo, se esboza que él es un derecho, e incluso, un derecho garantía. Ambas consideraciones -que puede decirse son tradicionales- incurrir en errores nomenclaturales y sustanciales.

En primer lugar, la tesis tradicional deriva de una errónea interpretación de la norma constitucional que contempla el hábeas data, a saber: El artículo 28 de la Constitución. Así, pues, éste establece lo siguiente:

“Artículo 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”

Obsérvese que toda persona tiene “derecho” de acceder a la información que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros. Que tiene “derecho” a “conocer el uso que se haga de los mismos”. Que tiene “derecho” de solicitar por ante el órgano jurisdiccional competente “la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos”. En fin, de conformidad con el artículo citado, toda persona tiene una serie de “derechos” -si se quiere- informáticos. Pero surge un óbice. Los derechos no se tutelan solos. Y

⁴ SÜSKIND, PATRICK: *El Perfume*, Narrativa Actual, Barcelona, 1993; p. 35. Traducción de PILAR GIRAULT GORINA de la obra *Das Parfum. Die Geschichte eines Möders*, Zürich, 1985.

⁵ En Argentina, véase: SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, Astrea, 1995; p. 652. PUCCINELLI, OSCAR: “El hábeas data en el constitucionalismo indoiberoamericano finisecular” en *El Amparo Constitucional. Perspectivas y modalidades*, Depalma, Buenos Aires, 2000; p. 189. Destáquese que ambos autores utilizan la nomenclatura “amparo informativo” para referirse al hábeas data. En el Perú: EGUIGUREN, FRANCISCO: “El habeas data y su desarrollo en el Perú” en *Revista Ius et Praxis*, año 3, número 1, Universidad de Talca, Chile, 1997; p. 125. En el Perú, la tesis dominante que delimita el hábeas data como un proceso constitucional (v. I.§.2). En Venezuela: CHAVERO GAZDIK, RAFAEL: *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Sherwood, Caracas, 2001; p. 39.

mucho menos, son protegidos por otros derechos. Tal tutela está insertada en las garantías y es -o al menos debe ser- materializada por los jueces. La renuencia enunciativa de la garantía de hábeas data en el artículo 28 constitucional no es casualidad. Creemos que es consecuencia de la fallida técnica legislativa. Equivocación no por la técnica en sí, sino por el enfoque errático -excesivo literalmente- de los antecedentes normativos del artículo 28. Entre estos se encuentran: La “Privacy Act” de 1974, el artículo 35.1 de la Constitución de Portugal de 1976, la “Data Protection Act” de 1984, el artículo 5.LXXII de la Constitución de Brasil de 1988, el artículo 15 de la Constitución de Colombia y los artículos 14 y 24.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Concebir el hábeas data como una categoría de amparo, evoca, en nuestro criterio, un desconocimiento de la autonomía que como garantía tiene el hábeas data. Tal concepción tradicional es errada. Y es que, si bien las tradiciones implican aceptación general por un considerable período de tiempo. No por esto, significa que lo tradicional es acertado. Puede que en ocasiones dichas cualidades concuerden. Pero con respecto del hábeas data no sucede así. Por el contrario, la tesis tradicional del hábeas data como subtipo o especie de amparo constitucional está -insistimos- superada. El hábeas data es una garantía autónoma cuya finalidad es común con aquella del amparo: La tutela de derechos humanos.

Sin embargo, así no lo considera la Sala Constitucional. Según ella, los derechos enunciados en el artículo 28 de la Constitución “conforman el hábeas data”, pudiendo éstos “obrar en bloque o independientemente, ya que quienes los ejercen pueden conformarse con pedir el para qué se registra la información sobre su persona, o para conocer cuáles datos suyos están recopilados; así como también puede pedir la rectificación o destrucción de datos y obtener una sentencia a su favor en ese sentido”. Al respecto véase fallo del 23 de agosto de 2000, caso: *Veedores de la Universidad Católica “Andrés Bello”*.

Aquí debemos hacer una precisión: El hábeas data es una garantía⁶. No un derecho, y menos aún, un derecho garantía. En contra, existen posturas

⁶ Así, por ejemplo, BENÍTEZ sostiene en Paraguay que el hábeas data es una garantía constitucional “tendiente a tornar efectivas algunas previsiones constitucionales, tales como el Derecho a la Intimidad”. Véase: BENÍTEZ, LUIS MARÍA: “La acción de hábeas data en el derecho paraguayo” en *Revista Ius et Praxis*, año 3, número 1, Universidad de Talca, Chile, 1997; p. 110. Por un lado, compartimos la naturaleza tuitiva que sostiene BENÍTEZ con respecto del hábeas data. Por otro lado, si bien el hábeas data “torna efectiva algunas previsiones constitucionales”, ese no es su objetivo directo. Mediante esta garantía se protegen derechos fundamentales estén o no insertados en la Constitución. Es decir, el hábeas data no controla directamente la constitucionalidad sino las violaciones -potenciales o concretas- de derechos fundamentales.

doctrinales e inclusive, como se destacó, pretorianas. Observemos ahora, entre otros, un ejemplo doctrinal: Según ORTIZ-ORTIZ⁷, el hábeas data es tanto “derecho”, como “garantía procesal”. En primer término, se trata “de un nuevo derecho surgido de la información automatizada (informática) por medio de la cual cada individuo tiene “derecho” de controlar las informaciones que sobre su persona constan en bancos de datos, o en redes mundiales de información; es entonces el derecho a la *autodeterminación informartiva* que implica el “control” en sus múltiples facetas: acceso a la información, rectificación, modificación, destrucción, actualización, entre otros aspectos”. En segundo término, “se trata de un mecanismo procesal a manera de medio o instrumento para la defensa de otros derechos fundamentales, la intimidad, honor, reputación, libertad, propiedad, todos los cuales pueden sustentar una “pretensión procesal” encaminada a su defensa”.

Conceptuar el hábeas data como derecho es insostenible. De ser así, éste no protegería derecho alguno. Sería él, por el contrario, objeto de tutela mediante determinadas garantías, *v.gr.* el amparo constitucional. Tales afirmaciones si bien son erradas, observan cierta lógica con su paraje de origen. Y es que, si se parte de una premisa falsa, la conclusión también será falsa: Se considera que hay varios derechos que integran el hábeas data. Y también se piensa que éstos pueden ser tutelados a través del amparo constitucional. Pero es que, si el hábeas data es “derecho”, carecería en consecuencia de sustrato tuitivo. Por ende, no protegería derechos sino que, sería él un derecho protegido. Esta conclusión además de absurda, ocasiona injusticias al ciudadano.

En el Perú, el Tribunal Constitucional mediante fallo del 02 de abril de 1998, caso: *Luis Távara Martín*, precisó que “el Hábeas Data, en puridad, constituye un proceso al que cualquier justiciable pueda recurrir con el objeto de acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad”.

A pesar de la clarísima cualidad tuitiva del hábeas data, reconocida por los artículos 200.3 de la Constitución Política del Perú y 1 y 3 de la Ley número 26301, el hábeas data es una “garantía constitucional”. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú insiste en su delimitación como “proceso constitucional”. Además de la sentencia citada, véase el fallo del 29 de enero de 2003, caso: *Wilo Rodríguez Gutiérrez*. Tal insistencia, también se observa en el ámbito doctrinal⁸. Si bien la pretensión de hábeas data

⁷ ORTIZ-ORTIZ, RAFAEL: *Habeas Data. Derecho Fundamental y Garantía de Protección de los Derechos de la Personalidad*, Frónesis, Caracas, 2001; p. 236.

⁸ Por ejemplo: EGUIGUREN, FRANCISCO: “El habeas data ...”, *obra citada*

discurre en un proceso constitucional, asumir a ésta como un proceso, es superfluo. La mayoría de las garantías siguen un procedimiento casi similar. Delimitarlas “en cuanto a su proceso” equivaldría a otorgarle preeminencia a unas garantías sobre otras⁹. Pero no por el proceso mismo, ya que adjetivamente los procesos se conjugan e identifican. Sino por la naturaleza de la garantía. Con ello, se fragmentaría el sistema de garantías y derechos. Es necesario considerar que el hábeas data es una garantía. Una institución tuitiva autónoma, no subsumible en el amparo constitucional.

§.2 *Coherencia en el sistema de garantías y derechos: Necesidad del derecho de petición (rectius: acción) para la operatividad del hábeas data*

El derecho de acción, individualización del derecho de petición, es necesario para la operatividad de los derechos fundamentales y de las garantías que los protegen. Esta necesidad deriva, no de una cualidad especial del derecho de petición, sino de una coherencia que impregna al sistema de garantías y derechos. Ninguno se yuxtapone. Todos se entrelazan en una armonía que busca el desarrollo del hombre.

Pero podría pensarse que estamos ante algo cíclico. Si el derecho de petición integra el aspecto material del amparo constitucional -garantía, al igual que el hábeas data-. Y a su vez, una forma típica de él -la acción- debe yuxtaponerse con la garantía misma para su operatividad¹⁰. Entonces, ¿cómo lo tutelado, puede sobreponerse a la tutela para otorgarle operatividad?. La cuestión no radica en posibilidades de yuxtaposición. Sino en la necesidad de una coherencia interior en el sistema de garantías y derechos.

La acción, “poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”, es una manifestación típica del derecho de petición¹¹. Es, según LIEBMAN, “un derecho de iniciativa y de impulso, con el cual el individuo pone en movimiento el ejercicio de una función pública, de la cual espera obtener la protección de las propias razones, disponiendo a este objeto de los medios

⁹ La Sala Constitucional, en sentencia del 17 de marzo de 2003, caso: *Livia Fernández Valbuena*, sostuvo que “la acumulación de la acción de amparo con la de habeas data es inaceptable, por cuanto cada una de ellas debe ser conocida por un procedimiento autónomo”. Se ha reconocido cierta autonomía procedimental de ambas garantías.

¹⁰ El amparo constitucional y el hábeas data son garantías. No derechos. Véase con respecto del amparo: HENRÍQUEZ MAIONICA, GIANCARLO: “La tutela de derechos humanos como finalidad del amparo constitucional (una redefinición de los derechos fundamentales)” en *Revista de Derecho Administrativo* número 16, Sherwood, Caracas, 2003; pp. 195-199.

¹¹ COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1997; pp. 57-79.

aprestados por la ley para hacerlas valer”¹². El hábeas data es una garantía que protege derechos fundamentales frente a los abusos informáticos. Como tal, es inherente al individuo, y todo acto que impida el goce de los derechos integrados en su radio tuitivo, o su ejercicio mismo, es nulo *ex* artículos 22 y 25 de la Constitución.

Así, pues, la acción traslada una voluntad. Ella permite que la pretensión sea llevada al conocimiento del órgano jurisdiccional. Mediante ella se esboza la pretensión, no se tutela. La protección o tutela de los derechos fundamentales insertados en la pretensión está contenida a su vez en la garantía y es otorgada por el órgano jurisdiccional. Todo durante un proceso sumario.

II. DEL DERECHO A OBTENER DOCUMENTOS RELATIVOS A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DE LA PERSONA

§.1 *Los desórdenes de identidad de género, la identidad y el libre desarrollo de la personalidad. Una perspectiva desde el derecho comparado*

La sexualidad, conjunto de múltiples dimensiones, *i.e.* biológica, psicosocial (conjugación de emociones e interacciones intersubjetivas), conductual (interacciones interiores del individuo), clínica (relevancia de la sexualidad y -consecuente- aparición de la sexología) y cultural (contenido relativo de la sexualidad)¹³; es el raigambre del transexualismo. Éste es un trastorno de identidad de género. Tal trastorno recae, valga la redundancia, en uno de los elementos de la sexualidad: La identidad.

Entendemos por identidad la percepción interior de la persona con respecto de su individualidad. La identidad, “existencia y necesidad de un ser que no puede repetirse”¹⁴, es un derecho fundamental. En tal entendido, la Corte Constitucional de Colombia, en fallo del 23 de octubre de 1995, caso: *Hospital Universitario San Vicente de Paúl*, estableció que la identidad personal “es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de cualidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro”.

Es decir, la identidad del sujeto permite identificarlo, y por ende, diferenciarlo de los demás. Ello por dos aspectos: Uno estático y otro dinámico. El aspecto estático se refiere a “aquellos datos que identifican primariamente al

¹² LIEBMAN, ENRICO TULLIO: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980; p. 114. Traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO de los tres volúmenes de la obra *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1973, 1974, 1976.

¹³ MASTERS, WILLIAM, y, JOHNSON, VIRGINIA: *La sexualidad humana*, s/e, s/f ; pp. 13-16.

¹⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, MARÍA CANDELARIA: “Aproximación”, *obra citada*; p. 93.

sujeto y que ... en principio no varían en el tiempo. El aspecto dinámico de la identidad está integrado por el patrimonio cultural del sujeto, el aspecto ideológico, religioso, político, profesional, sentimental”¹⁵, entre otros. Si la condición del transexual se debe a una dicotomía interior en el aspecto estático de su identidad. ¿Adecuar tal dicotomía influye *per se* en el derecho a la identidad?. Claro que sí. Por ello, la “adecuación de verdades” o reconocimiento de la identidad biológica del sujeto con trastornos de identidad de género, es tutelable por el hábeas data.

Aunadas a la identidad, también son elementos de la sexualidad tanto la orientación como la intención. La primera es el gusto o tendencia sexual, *v.gr.* heterosexualidad, homosexualidad. La segunda consiste en la situación de estímulo. Hacia quien se dirigen los deseos sexuales. La desviación de este elemento es conocida como parafilia. Empero, para delinear el transexualismo *per se*, y determinar sus orígenes es menester enfocarnos en la identidad.

El trastorno de identidad de género, especie de los desórdenes de identidad de género (*gender identity disorder*), designa una condición psicológica aguda y persistente que se denomina transexualismo o transexualidad, siempre que esta disforia no estuviese relacionada con la existencia de un caso de intersexualidad física. Por una parte, la transexualidad o divergencia entre identidades estática y dinámica puede tener raigambres biológicos. Inherentes a la persona con trastornos de identidad de género desde su concepción.

Por otra parte, los epígonos de FOUCAULT piensan que el transexualismo “es un fenómeno del siglo veinte ... una categoría de experiencia e identidad que puede ser concebida como resultado de específicas condiciones sociales y culturales” - “is a twentieth-century phenomenon ... a category of experience and identity that can be read as a result of specific social and cultural conditions”¹⁶. Entonces, ¿el elemento genésico del transexualismo es biológico, social o cultural?. Creemos que no existe un elemento genésico absoluto del transexualismo. Todos ellos, no necesariamente de manera concurrente, originan y repercuten en las condiciones del sujeto transexual. Aún después de haberse sometido éste a la operación de cambio de sexo. La cirugía transexual “no supone una cura integral de esta irregularidad; es tan sólo una fórmula para procurar al sujeto una sensación de bienestar emocional”¹⁷. Pero es que, debatir sobre los parámetros que “crearon” la condición *per se* del sujeto transexual es

¹⁵ *Ibid.*; p. 94. Destáquese que en esta bifurcación estático-dinámica, DOMÍNGUEZ GUILLÉN sigue los lineamientos de FERNÁNDEZ SESSAREGO. Véase: FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS: *Derecho a la Identidad Personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

¹⁶ HAUSMAN, BERNICE: *Changing Sex. Transsexualism, technology, and the idea of gender*, Duke University, Durham, 1995; p. 3.

¹⁷ MASTERS, WILLIAM, y, JOHNSON, VIRGINIA: *La sexualidad ...*, obra citada; p. 323.

superfluo. En nuestro criterio, importa más la precisión de soluciones a este problema, bien sea originario o sobrevenido (aun cuando se piense la configuración de este segundo supuesto es imposible) en la persona transexual.

Al transexualismo podría considerándosele -al igual que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida- una enfermedad (*illness* o *disease*) que estigmatiza al sujeto. Tal estigma radica en la imposibilidad de conocer expectativas culturales¹⁸. Es más, esta huella en la corporeidad del individuo como irregularidad, provoca en el individuo un aislamiento. Consecuencia directa de la imposibilidad antes dicha. Tal aislamiento refleja la condición marginada, en variadísimas dimensiones, del sujeto transexual. Por ello, lo primero que debe hacerse es aceptar el cambio voluntario de nombre. Éste ya se logra, en algunos países, a través de un simple procedimiento administrativo. En otros, debe acudir a la sede jurisdiccional. Por ejemplo, en El Salvador, según los artículos 16 y 23 de la Ley del Nombre de la Persona Natural, procede el cambio de nombre propio o del apellido, en caso de homonimia, o “cuando fuere equívoco respecto del sexo, impropio de persona, lesivo a la dignidad humana, extranjero que se quisiera castellanizar o sustituir por uno de uso común”. En Chile, los artículos 1 de la Ley número 17.344 y 31 de la Ley número 4.808, permiten el cambio de nombre cuando el nombre sea ridículo o risible, cuando éste sea equívoco respecto del sexo, cuando sea de difícil pronunciación, cuando se pueda confundir con el nombre de un delincuente o persona que haya sufrido escarnio público y, cuando se ha usado con motivos plausibles por más de cinco años. En todos los casos, el cambio es único e inmutable.

Además del cambio voluntario de nombre, debe permitirse la cirugía transexual. Desde luego, ella sólo se concederá a las personas cuya condición sea subsumida en el denominado protocolo. Éste no es más que una serie de requisitos, *v.gr.* exámenes biológicos, psicológicos, entre otros. Así, por ejemplo, el 19 de abril de 1982 se insertó en el sistema normativo de Italia, la Ley número 164 del 14 de abril de 1982 que establece las “normas en materia de rectificación de sexo” (*norme in materia di rettificazione di sesso*). Según el artículo 3 de esta Ley, puede solicitarse -cuando resulte necesario- la adecuación de los caracteres sexuales del sujeto. Al respecto, el tribunal competente autoriza mediante sentencia los tratamientos médico-quirúrgicos necesarios para obtener dicha adecuación. Todo, a través de una rectificación de partida *ex* artículo 454 del Código Civil de Italia.

La Ley número 164 produjo -entre otros- dos efectos: Uno que configura un dechado de la progresividad de los derechos humanos y otro procesalmente

¹⁸ Al respecto: WEITZ, ROSE: “Living with the Stigma of AIDS” en KELLY, DELOS: *Deviant behavior*, St. Martin’s Press, New York, 1993; pp. 224-235.

inadecuado. El primer efecto es el reconocimiento del derecho a la integridad físico-píquica (*diritto all'integrità fisio-psichica*), a saber: El derecho de revelarse externamente a sí mismo, en relación con la realidad del sexo propio¹⁹.

El segundo efecto es el establecimiento de la rectificación de los actos del estado civil como procedimiento para tutelar el derecho a la integridad físico-psíquica. Es decir, como mecanismo procesal adecuado para la “atribución del sexo” del individuo. Esto es un desacierto. Una tergiversación del procedimiento de rectificación contemplado en el artículo 454 del Código Civil de Italia.

La cirugía transexual es permitida jurídicamente. No sólo clínicamente. Es decir, ella -la cirugía- se incorpora en un derecho fundamental: El derecho sobre el propio cuerpo. Éste, es considerado de forma abierta, “como posibilidad de recepción y de donación de órganos y, más general, como derecho de transformación con el recurso a la cirugía estética o a las operaciones quirúrgicas para el cambio de sexo”²⁰. En virtud de lo anterior, el 11 de julio de 2002, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso: *Christine Goodwin*, asumiendo sólo el raigambre originario del transexualismo, sostuvo que

“En el siglo veintiuno el derecho de los transexuales a un desarrollo personal y a una seguridad física y moral en su cabal sentido disfrutado por otros en sociedad no puede ser considerado como un asunto controvertido requiriendo el trascurso del tiempo para formar una mayor claridad sobre los asuntos involucrados. En pocas palabras, la insatisfactoria situación en la que los transexuales ya sometidos a la operación de cambio de sexo viven en una zona intermedia ni de uno u otro género ya no es sostenible” - “In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable”

El transexualismo debe ser entendido. Aceptado. No podemos -ni debemos- discriminar a una persona por una irregularidad. La comprensión de esta anomalía de sencillez terminológica pero complejidad factual, exige la renovación sustancial de algunas concepciones jurídicas. Y éstas, a su vez, harán posible que los sujetos transexuales puedan, paulatinamente, reinsertarse

¹⁹ PARADISO, C.: *Diritto Civile. Istituzioni di Diritto Privato*, Simone, Napoli, 1997; p. 112.

²⁰ FROSINI, VITTORIO: *Derechos Humanos y Bioética*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997; p. 92. Traducción de JORGE GUERRERO de la obra *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

en la sociedad. Obvio, esto es así en virtud de la complejidad del transexualismo, que repercute por sí, en el derecho a la intimidad, a la vida, a la disposición sobre el propio cuerpo, a la salud, al trabajo, a la igualdad, entre otros. Debemos procurar enaltecer la dignidad humana, la esencia por la cual somos aquello que nos distingue. Aquello que no necesita de concepto alguno para sostenerse, ya que es por sí y para sí. Y que, además de ser basamento de los derechos fundamentales, es, independientemente de las irregularidades que tengamos, inherente a nosotros.

§.2 *La amplitud del espectro tuitivo del hábeas data*

En general, existe una marcada renuencia para aceptar e insertar en el sistema jurídico los avances de la biología. De manera similar, tal renuencia se observa también en la conciencia del ciudadano común. Sin embargo, destáquese que

“Cada vez que el mundo de la naturaleza y de la vida se rinde al hombre y le entrega sus secretos, se abren al mismo tiempo nuevos rumbos y perspectivas insospechadas para el perfeccionamiento de la humanidad y el adelanto de la cultura. Pretender ignorar las conquistas de la ciencia por temor a que las viejas estructuras conceptuales y éticas que nos rodean y han sostenido hasta el presente se desplomen o agrieten, poniendo en crisis las instituciones tradicionales, es negar el principio dialéctico del progreso y desconocer el germen fecundo de las creaciones del espíritu.

(...omissis...)

”Por tanto, el verdadero progreso de todo ordenamiento jurídico consiste en humanizar las instituciones y elevar los sistemas positivos a un plano ético de mayor justicia y dignidad”²¹

Las evoluciones biológicas proporcionan una ventaja humana y otra cultural. La primera se refiere al “perfeccionamiento de la humanidad” a través del reconocimiento y efectiva tutela de la dignidad humana como fundamento de los garantías y derechos. La humanización de los sistemas jurídicos es, no sólo una ventaja otorgada por la biología, sino un objetivo de los sistemas jurídicos mismos.

La segunda, evoca “el adelanto de la cultura”. Afirmación que, si bien está impregnada de subjetivismo, no por ello está exenta de certeza. En consecuencia, consideramos cierto el avance cultural reseñado por LORETO. Éste deriva de que mediante las evoluciones biológicas aludidas, el hombre se redescubre, vale decir, evoluciona. Esquivar o ignorar los descubrimientos proporcionados por la biología a favor del hombre, equivale a “negar el principio dialéctico del progreso y desconocer el germen fecundo de las

²¹ LORETO, LUIS: “Conquistas de la Biología al servicio de la legislación y la jurisprudencia” en *Libro-Homenaje a la memoria de LORENZO HERRERA MENDOZA*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1970; p. 369.

creaciones del espíritu”. Y tal negación o desconocimiento cercena, sin más, la esencia del ser humano, a saber: Su dignidad.

Aquí debemos hacer una nueva precisión: Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se considera que el origen del hábeas data es el denominado “poder informático”. Y también de forma unísona, se piensa que dicho elemento originario del hábeas data precisa su aspecto material²². Esto, en nuestro criterio, es incompleto. En observancia de los derechos protegidos por el hábeas data, debemos tener en cuenta para la delimitación de su aspecto material, los avances biológicos. No sólo los informáticos. Estos últimos si bien son relevantes, no son exclusivos. De allí que, es posible incorporar en la “ventaja humana” que proporcionan las evoluciones biológicas la dilatación del espectro tuitivo del hábeas data.

En virtud de estas evoluciones puede conocerse la identidad biológica de una persona. Y dicho conocimiento, permite saber la dicotomía que existe, de ser el caso, entre una verdad formal y una verdad material. Por ejemplo, nace una persona y a *prima facie* se determina que es de sexo masculino. Pero, no se le realizan exámenes biológicos, *v.gr.* un careotipo. En lo absoluto. Ya que se presume que el físico -corporeidad del individuo- determina su identidad a los efectos de la respectiva acta civil. Entonces, se estampa en dicha acta que la persona que nace es “niño” (verdad formal).

¿Qué sucede si, durante su desarrollo, este niño evidencia conductas inherentes a personas del sexo femenino?. Y que además, éstas no tienen raigambres caprichosos. Por el contrario, que materializan su identidad biológica. Su verdadero ser (verdad material). La respuesta es evidente: Debe adecuarse la verdad formal a la verdad material. Tal adecuación o acomodamiento es un derecho de la persona cuyo goce es bifurcable: Por un lado, la “adecuación de verdades”, debe obtenerse mediante un acomodamiento físico. Debe la persona, “cambiar” de sexo. Por supuesto, siempre que ella así lo asienta. Por otro lado, los documentos que revelen su presunto sexo deben ser corregidos, aún antes del cambio físico, para evidenciar su verdadero sexo. En el caso *in examine*: Femenino.

Esta última adecuación de verdades se realiza mediante el hábeas data. Por ello, analizamos -sólo a los efectos de este ensayo- el supuesto en el que la persona con trastornos de identidad de género ya se ha sometido -exitosamente, claro está- a la operación de cambio de sexo. Que goza de este lampo de dicha. Y es que, recuérdese que el transexualismo es un desorden en la identidad, elemento de la sexualidad. La cual a su vez, en virtud de su naturaleza multidimensional, observa aspectos culturales y psicosociales. Los cuales, repercuten en el transexualismo. Pues bien, este caso, el elemento teleológico

²² SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: *Derecho Procesal ...*, obra citada; p. 678.

del hábeas data se concentra en el derecho a obtener documentos relativos a la identidad biológica del sujeto. Se presume que éste ya ha “adecuado” sus identidades física y biológica²³.

En este sentido, el Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela, dictado el 04 de septiembre de 2003 por el Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, preceptúa que la identificación de un niño o niña como un componente del ejercicio a la identidad se inicia “desde el momento del nacimiento” y se concreta en tres etapas, a saber: Constancia de Nacimiento, Partida de Nacimiento y Cédula de Identidad. La primera etapa es “la certificación donde consta el acto biológico del nacimiento y sus respectivos datos, debidamente expedida por el médico responsable de dicho acto”. La Constancia de Nacimiento, prueba de filiación entre el recién nacido y su madre, debe contener la identificación de éste: Nombre, sexo, talla, fecha y hora del nacimiento, registro de su impresión dactilar y podográfica. La determinación de todos estos elementos se realizará “de acuerdo con las técnicas y material especialmente concebido para ese fin, de manera que no cause daño alguno al recién nacido” (v. 1.4.1.6 del Instructivo).

La segunda etapa es el documento público “donde consta legalmente el acto a que se contrae la inscripción del hecho concreto del nacimiento y está constituida por el asiento inscrito en los libros respectivos o por las copias certificadas de dicho asiento que se expidan”. La tercera etapa, es el “documento principal de identificación para actos civiles, mercantiles, administrativos y judiciales, expedido por la Dirección de Identificación y Extranjería” (v. 1.4.2, 1.4.3 del Instructivo).

Obsérvese que en la delimitación de la primera etapa -Certificado de Nacimiento- se hace una importante determinación. Ésta consiste en que para precisar algunos elementos a ser reflejados en el Certificado, *v.gr.* el sexo del recién nacido, se utilizarán las “técnicas y material especialmente concebido

²³¿Qué sucede con la persona con trastornos de identidad de género que no se ha sometido a la operación de cambio de sexo?. ¿Puede ella, a través de un hábeas data, solicitarla?. Es más, ¿qué pasa si la persona no puede costear la operación?. La solución a las problemáticas que plantean estas interrogantes se encuentra en el enfoque de ellas mismas. El transexualismo se refleja con cierta intensidad en el derecho a la salud. Y según sentencia de la Sala Político-Administrativa del 14 de agosto de 1998, caso: *Enfermos de Sida*, este derecho “a la protección de la salud y el correlativo deber del Estado de velar por que ese derecho se realice efectivamente, [es palpable] sobre todo en el caso de aquellos que carezcan de medios suficientes”. Por ello, debe asignársele al Ministerio de Salud y Desarrollo Social una partida para costear la cirugía transexual, así como los respectivos elementos del protocolo que se le realiza a la persona a ser operada. En España, por ejemplo, la Seguridad Social así lo ha asumido. La cuestión es que, a la fecha, sólo existe una Unidad de Género, a saber: La Unidad de Disforia de Género - Carlos Haya, ubicada en Málaga.

para ese fin”. ¿Los exámenes biológicos entrarán en tales técnicas?. De ser así, se podría precisar la identidad biológico-sexual del individuo. Pero, esta “media” ventaja humana, conlleva una -y media- desventaja económica. Su aceptación obligaría a implementar equipos y personal médico adecuado en los Centros de Salud respectivos. Caso contrario -que por cierto es la realidad actual- los sujetos con trastornos de identidad de género deberán esperar a que se evidencie la divergencia entre su aspecto físico y su identidad biológica. Y además, deberá esperarse el asentimiento del sujeto para realizar la “adecuación”. Obviamente, esta realidad es discriminatoria. En ella se cercenan derechos fundamentales. Siempre se menoscaban.

Pero, ¿es necesaria tal violación para que opere el derecho de adecuar las identidades de la persona?. La cuestión es casuística. Por ello, creemos que es conveniente, primero, esperar a que ésta manifieste divergencias entre su corporeidad y su identidad biológico-sexual. Tal espera tiene lugar durante el desarrollo de la personalidad del sujeto con trastornos de identidad de género. Durante esta evolución, la persona debe someterse a los exámenes que integran el protocolo previo a la operación de cambio de sexo.

Entonces, se ha dilatado así el espectro tuitivo del hábeas data. Ahora bien, ¿deben menoscabarse -potencial o concretamente- los derechos abarcados por este espectro para que proceda la pretensión del sujeto transexual incoada a través de una acción de hábeas data?. En efecto. Y la violación, en este caso potencial, se concentra en la renuencia social de aceptar la condición del sujeto transexual. RAÍCES MONTERO²⁴ describe un dechado común: “Un claro ejemplo sucedió hace muy poco tiempo donde participé como Psicólogo Clínico Perito en un juicio en que se solicitaba el cambio de nombre y sexo en el documento de una persona antes Transexual, hoy mujer. Luego de la toma de diferentes test (batería) y entrevistas correspondientes, todos los psicólogos involucrados (parte y juzgado) dictaminamos que no solo nos encontrábamos ante una mujer psicológicamente definida, sino ante una personalidad que respondía adecuadamente a los lineamientos sociales que esta sociedad le imponía De todas maneras, el juez de turno solicitó una pericia médica forense, donde *los perversos de turno* metieron mano cuanto pudieron y sacaron cuantas fotos quisieron. La respuesta médica forense fue: “..duda.., en consecuencia, varón!””.

El temor de desechar concepciones tradicionales impide a los sujetos transexuales, el uso, goce y disfrute del derecho a obtener documentos relativos a su identidad biológica. Además, claro está, de aquel otro a la disposición del propio cuerpo, a través de la cirugía sexual. Por ello, el hábeas data es una

²⁴ RAÍCES MONTERO, JORGE: *Introducción a la Psicología Clínica de la Transexualidad*, Buenos Aires, s/f; p. 2.

garantía que le permite a la persona con trastornos de identidad de género, solicitar ante el órgano jurisdiccional la adecuación de todos sus documentos de identificación, a su verdadera identidad biológica. Ello, independientemente, según se evidencie en el respectivo protocolo, de que tal verdadera identidad sea originaria o sobrevenida. Se ha ampliado así el espectro tuitivo del hábeas data.

CONCLUSIONES

Lo anteriormente esbozado nos permite hacer las siguientes precisiones:

Primera. El hábeas data es una garantía individual que tutela derechos fundamentales. Ella es autónoma en la protección de dichos derechos y no puede subsumirse en el amparo constitucional como “categoría” de éste. El hábeas data es una garantía, no derecho ni derecho garantía. Su naturaleza es tuitiva. Ni más, ni menos.

Segunda. La acción, individualización del derecho de petición, coadyuva a la armonía en el sistema de garantías y derechos. No porque posea cualidades únicas, sino porque, junto a los derechos fundamentales, las garantías y el órgano jurisdiccional, permite el efectivo uso, goce y disfrute de los derechos inherentes a la persona.

Tercera. La sexualidad es un conjunto de variadísimas dimensiones. Sus elementos son la identidad, la orientación y la intención. El trastorno de la identidad, percepción interior de nuestra propia individualidad, genera el transexualismo. Así, pues, el transexualismo deriva de un desorden en la identidad, elemento integrante de la sexualidad. Tal desorden es generalmente originario. Sin embargo, él también puede ser sobrevenido, por cuestiones culturales o sociales. Ello, sin el exceso de supeditarlos sólo a éstas.

Cuarta. El derecho a obtener documentos relativos a la identidad biológica del sujeto -contenido en el artículo 56 de la Constitución- evoca la adecuación de sus identidades estática y dinámica. Si se quiere, su confluencia. Este derecho integra el espectro tuitivo del hábeas data. Particularmente en los supuestos de trastornos de identidad de género, *i.e.*, entre otros, de transexualismo. Inclusive, la condición del sujeto transexual repercute además, en los derechos sobre el propio cuerpo, a la salud, a la educación, al trabajo, entre otros.

Quinta. Por tanto, el reconocimiento de la identidad biológica de la persona transexual, así como la adecuación, en virtud de tal identidad, en todos sus documentos de identificación, puede solicitarse a través del hábeas data. La

obcecada renuencia social así lo permite, ya que configura una violación concretable de derechos fundamentales de la persona transexual. Pero, antes de adecuar su identidad, debe permitírsele el cambio voluntario de nombre. Luego, la cirugía transexual. Todo en un estricto orden para posibilitar la reinserción social del individuo transexual.