

TEMAS DE DERECHO PRIVADO

LA SEGURIDAD JURÍDICA() (56)*

Temas: EL TRANSEXUAL. HECHOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO CIVIL DE ESAS PERSONAS

Relatores: PROFESORES DOCTORES GUSTAVO ALBERTO BOSSERT Y SANTOS CIFUENTES

Fecha: 24 DE AGOSTO DE 1993

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Hoy iniciamos el sexto ciclo consecutivo de mesas redondas sobre temas de derecho privado, que se cristalizan en publicaciones anuales.

Ustedes saben que el año anterior al que se realiza una Jornada Nacional de Derecho Civil, trabajamos sobre sus temas. Así, el año pasado profesores de esta Facultad desarrollaron sus ideas respecto del temario de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil a efectuarse el próximo mes de setiembre en Tucumán. Pero como para 1994 no está programada ninguna Jornada Nacional de Derecho Civil, acudimos a otra modalidad: un tema unitario. Y así como en alguna oportunidad hemos tratado la tutela de la persona, este año nos vamos a detener en un tema lleno de atractivos, porque no escapa a quien pase por estas aulas o enseñe docencia en esta institución o a cualquier ciudadano, la importancia que tiene la seguridad jurídica en el derecho privado.

Voy a transmitirles una vivencia. Es muy difícil explicar, sobre todo a los alumnos de los primeros años, qué es el Derecho, porque en la Argentina la experiencia vital en ocasiones ha sido negativa.

La definición más clara de lo que es el derecho, lo caracteriza como el saber a qué atenerse, y en ese marco - del saber a qué atenerse - está la seguridad jurídica. Por supuesto, con la versión clásica de seguridad estática o la versión más moderna de seguridad dinámica, pero siempre dentro de la idea cobijadora del saber a qué atenerse.

Hoy vamos a bucear en la seguridad jurídica, en temas vinculados con la parte general del derecho civil, aunque conectados con otros aspectos del derecho privado.

Tenemos aquí a dos prestigiosísimos juristas argentinos, ambos profesores titulares de Derecho Civil, que entre sus muchos dones ostentan el de comunicadores, el de auténticos docentes. Por eso, a estos temas, de por sí atractivos por su propio contenido, les van a sumar la riqueza de una oratoria muy particular.

Todo lo que se dice aquí no cae en el vacío, se publica. Sería lamentable que así no fuera porque ustedes se darán cuenta, si nos acompañan, y los exhorto a que lo hagan, qué interesantes son las reflexiones de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

profesores, de los mayores estudiosos de Derecho Civil que tiene la Facultad. El Departamento asume con orgullo esta circunstancia. Escuchamos al doctor Bossert.

DOCTOR BOSSERT.

Desde la perspectiva jurídica, el tema del transexualismo lo podemos sintetizar en este interrogante: ¿podemos llegar a admitir que un transexual cambie su sexo? Un hombre que nació con todos los atributos del hombre pero que se siente ferozmente mujer, ¿puede llegar, en el mundo de las relaciones jurídicas, a ser mujer? Este es el tema, el cambio de sexo en virtud del transexualismo.

Esta es la pregunta que vamos a formularnos esta noche como tema de conversación, sin ánimo de tener una respuesta definitiva sino de motivarnos recíprocamente en torno a esta reflexión.

Para entrar en materia necesitamos saber, en primer término, qué es el transexual.

La psiquiatría hace una serie de disquisiciones. Sin incurrir en demasiados detalles, en líneas generales debemos recordar que hay el homosexual, el simple travesti, el perverso sexual, el transexual.

El travesti es una categoría dentro del homosexualismo. El homosexual es aquél que siendo hombre, que se comporta como hombre, que se considera hombre, tiene sin embargo, apetencias eróticas sexuales hacia otros hombres; este homosexual puede ser en realidad un bisexual, y esto no es tan infrecuente como el pudor público, o el silencio que determina el pudor público, lo hace creer.

El travesti, un homosexual, tiene la característica de exhibirse y vestirse con ropas del otro sexo.

El transexual, en cambio, representa una categoría más intensa. Se lo define como aquél que se siente encerrado en un cuerpo que no le pertenece. Se me ocurre que es, como en una de esas historias de ficción, aquél cuya alma está en un cuerpo ajeno por un pacto con el Demonio, aunque en este caso por una decisión del Destino. Y si no queremos hablar del alma, y sí de la identidad personal, es sentirse en un cuerpo que no le corresponde. Enfatizo, es aquél que nace con sus atributos de hombre - o el caso inverso, menos frecuente -, pero tiene la convicción de que es mujer, que está apresado en un cuerpo que no le corresponde, y su visión del mundo y de la vida es la de una mujer.

Antes de seguir adelante, les propongo que evitemos esa forma desdorosa - tantas veces observada - de encarar el problema, tal vez por las desviaciones que es la razón que imponen los prejuicios, o por moralina. Siempre se lo relaciona simplemente con la cuestión eróticosexual, y no es así, es mucho más vasto y más grave. La mujer habla, camina, siente, reacciona de un modo distinto que el hombre. Hay estructuras determinadas y distintas en la personalidad femenina y en la masculina. Para ubicarnos tenemos que despojarnos de los prejuicios, de los pecados de la moralina, y no circunscribir el tema a su aspecto eróticosexual.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El transexual hombre, por ejemplo, que es el caso más frecuente - sobre 10 transexuales, el promedio es de 8 hombres y 2 mujeres -, se siente apresado en un cuerpo de hombre cuando, en rigor, tiene no sólo apetencias eróticosexuales hacia otros hombres, sino también una forma determinada de mirar el mundo, de entender la vida, de sentir la relación con los hermanos y las hermanas, en sus hábitos de juego, en sus deseos para desarrollar actividades laborales u hogareñas, en su forma de dirigirse a los niños. Todo esto lo enfoca como una mujer, y a la inversa, por supuesto, cuando se trata de un transexual mujer.

Ese es el transexual. Es un caso grave, tan grave como la psiquiatría lo explica y la experiencia lo enseña: es una tortura permanente. Y esa tortura, en innumerables casos, conduce a situaciones límite. Incluido el suicidio o tentativas de suicidio. Las estadísticas de otros países así lo demuestran. Es que se trata de alguien que vive a contramano de las cosas.

Ahora que sabemos, en forma aproximada, cuán grave es la situación del transexual encaminémonos hacia la pregunta de si el derecho debe admitir que el transexual, hombre o mujer, obtenga su cambio de sexo. Pero previamente sepamos cómo se define un sexo. A esos efectos, la medicina indica qué elementos intervienen para determinarlo.

El elemento somático o morfológico, señala la presencia de los órganos genitales externos: el miembro viril en el hombre y la vagina en la mujer. También se señala el sexo endócrino, es decir, las glándulas que determinan la secreción de hormonas femeninas, estrógenas, u hormonas masculinas, andrógenas. Y también - y retengan esto porque es decisivo en el tema jurídico - está el elemento cromosomático del sexo.

¿Qué es el elemento cromosomático? Cada espermatozoide y cada ovocito tienen, cada uno, 23 cromosomas. En el momento en que se juntan, lo que ocurre a pocas horas de haber atravesado el espermatozoide la membrana del ovocito tras lo cual se produjo el proceso de acercamiento de los núcleos, comienzan a intercambiarse información genética, y los 23 cromosomas de cada uno, arman 23 pares de cromosomas. En uno de esos pares de cromosomas, la mujer tiene genes que se denominan XX y en el hombre XY.

¿Por qué esto es tan importante para el análisis jurídico? Porque este sexo cromosomático, esta formación que está en un par de cromosomas en el interior de todas las células del individuo, es inmutable, no cambia jamás, no cambia el XX o el XY por operaciones que le hagan a la persona para modificar su apariencia exterior.

Finalmente, el elemento de incidencia decisiva para el debate jurídico en la definición del sexo, es el psicosocial, cómo se siente el individuo y cómo se comporta en el medio social.

Por eso, el planteo en el caso del transexual se puede resumir así: ¿el derecho debe permitir que, a través de recursos legales, ese hombre que definitivamente se siente mujer adecue su status jurídico a este sexo? En otras palabras, ¿el derecho debe admitir, en caso de auténtico transexualismo, que prevalezca el sexo psicosocial, o en cambio debe mantener el sexo de origen, que tiene un elemento inmutable, como es el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cromosomático? ¿Debe prevalecer, por encima de todas las apetencias, tendencias, sentimientos y pasiones del sexo psicosocial, el sexo cromosomático, porque jamás varía?

¿Cómo se concreta en los hechos el cambio de sexo? Mediante técnicas quirúrgicas sumamente avanzadas. En la actualidad, la ley que en la Argentina regula el ejercicio de la medicina las prohíbe y sanciona. Los transexuales que viven en la Argentina van a Chile para operarse. En otros países, como Francia, no sólo no está punida la intervención quirúrgica sino que, cuando se trata de un auténtico transexual, se le brinda un servicio de asistencia social a quien lo necesita, que se hace cargo de los gastos de la operación para así adecuar el sexo morfológico al sexo psicosocial, siempre que haya pasado la prueba del chequeo de expertos médicos y psiquiatras que demuestren la necesidad de esa intervención quirúrgica.

La operación es posible. En el caso del hombre que quiere convertirse en mujer, con la piel de su miembro viril que se le extirpa se hace una aparente vagina, también se le extirpan los testículos y se le inyectan hormonas que tienden a desarrollar los senos y a disminuir la pilosidad.

Por su parte, a la mujer que quiere convertirse en hombre, se le hace un miembro viril que por supuesto es sólo aparente y no cumple ninguna de las funciones a que está destinado, cual es la procreación de la especie. Además, se le extirpan los ovarios y se le inyectan hormonas para que aumente la pilosidad. En ambos casos sólo se modifica el aspecto exterior, porque lo cromosomático es inmutable.

De manera que se presenta aquí la pregunta abismal: ¿Podemos admitir la adecuación del status jurídico del transexual a su sexo psicosocial?

Una opinión tradicional de un sector de la psiquiatría ha sostenido que se trata de un delirio del individuo que se ha ido desarrollando en el curso de los años por la forma como vivió. Lo voy a decir de otra manera. Una tendencia, que viene del pasado, tiende a considerar que nada hay tangible, tocable y mirable en el interior del cuerpo de un transexual que permita admitir que hay en él una causa biológica que lo lleve a esa situación; y por ello, ese sector tradicional de la psiquiatría, que ha sido seguido por la jurisprudencia de muchos países, incluido el nuestro, ha dicho que si no hay una razón biológica nos hallamos en el terreno del delirio, en el terreno de una deformación cultural determinada por un modo de vivir.

De manera que el argumento más contundente para rechazar ese planteo que niega al transexual la posibilidad de adecuar su status jurídico a su sexo psicosocial, sería demostrar que hay, sí, una causa biológica en el organismo del transexual.

No vamos a analizar si esto se debe llamar enfermedad o desviación. No se trata de eso. No vamos a hablar de patologías. Vamos a ver si hay o no un elemento que existe más allá de la imaginación y determina las apetencias y la conducta. Pues bien, en este momento se están desarrollando importantes investigaciones justamente en este sentido, que están en camino de precisar los orígenes biológicos del transexualismo. Veámoslas rápidamente.

La biología señala que la distinción del sexo está determinada por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

secreción e impregnación de determinadas hormonas en el tejido cerebral en ciertos períodos de la gestación de los mamíferos, que sería entre los 40 y los 52 días. Esas hormonas determinan el desarrollo de órganos sexuales masculinos o femeninos, en consonancia normalmente con el sexo cromosomático del que ya he hablado.

Es éste dicho con palabras no científicas - el origen de la definición sexual, el modo cómo se arma la estructura de varón o de hembra: la impregnación de hormonas de testosterona o de estrógenos en el tejido cerebral en ese período que va de 40 a 52 días de la gestación.

Se ha comprobado a través de experiencias hechas en cobayos y en otros mamíferos - no en el hombre - que al inyectar hormonas masculinas, en el período adecuado, a una cría hembra en gestación desarrolla los órganos sexuales del macho. Y viceversa: a un feto macho se le inyectan hormonas de hembra y desarrolla los órganos sexuales de la hembra.

Pero estas investigaciones avanzan, y en cobayos se ha demostrado, además, que la inyección de hormonas en la forma que hemos indicado, hecha fuera del período de días señalado, da como resultado una conducta homosexual: el que nace macho, con su estructura de macho, se comporta como hembra; y a la inversa, la que nace hembra, con todos sus atributos físicos de hembra, se comporta como macho.

Les voy a dar un ejemplo. Los profesores Clark y Short de la Edimburgh University, en 1970 produjeron ovejas lesbianas, es decir ovejas nacidas hembras a las que se les inyecta con hormonas masculinas, que si bien conservaron los órganos femeninos, tuvieron todos los hábitos del macho y los conservaron hasta su muerte. Estos experimentos hechos en cobayos, producen alteraciones en la conducta sexual. Parece ser que las hormonas inyectadas en la región del hipotálamo, llamado área próstica, producen estos resultados.

También son muy interesantes las investigaciones que se llevan a cabo en Australia y en Estados Unidos.

En Australia, investigando en cerebros de cadáveres de personas normales y de transexuales, se determinó que en la región anterior del hipotálamo - el hipotálamo es una porción del diencéfalo que regula el ritmo del corazón, el hambre, el sueño y el apetito sexual - en los transexuales el núcleo de las células es tan grande, distinto al común. que en cada célula no deja espacio al citoplasma. Esta noticia científica la obtuvimos hace dos años los doctores Cifuentes, Zannoni y yo trabajando con médicos de la Universidad de Lima, y sabemos que en los centros científicos australianos están tratando ahora de establecer cuál es el proceso biológico que influye sobre la determinación del transexual.

Por su parte, en el Instituto Salk, de San Diego, Estados Unidos, el profesor Simón Le Vay, ha trabajado de la misma manera con 41 cadáveres, entre los cuales había transexuales y seres comunes, y llegó a la misma conclusión.

Entiendo que el día que los científicos determinen con precisión el origen biológico del transexual, ya no habrá argumentos para oponerse a hacer la ley que contemple su situación, ya que no caben dudas de que hay que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regular jurídicamente la adecuación del sexo psicosocial al status jurídico. Y cada vez más nos estamos acercando a este objetivo mediante investigaciones científicas que se están llevando a cabo. Hace dos meses, el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos, informó que en el segmento XQ23 del ácido desoxirribonucleico (ADN) que determina la estructura genética de los individuos - hay uno o dos genes que aparecen diferentes en el caso de los transexuales, respecto de los heterosexuales.

En Estados Unidos han trabajado con 40 pares de hermanos, todos homosexuales, y en 33 de ellos descubrieron la anomalía que acabo de mencionar, en determinados genes.

Una obra de la jurista francesa Michelle Goden, que hace años investiga este tema, hace referencia a experiencias recientes en grandes monos - son los antecedentes directos del hombre y por tanto los más parecidos - ; tocándoles una región del cerebro, no sé si el hipotálamo de estos monos ha modificado su comportamiento sexual ya que perdieron su apetencia sexual por las hembras. Quiero recordar que el hipotálamo del hombre no se puede tocar, es algo así como una caja cerrada que si se abre origina su muerte. Por eso nadie puede pensar, por lo menos a esta altura de la ciencia, que la anomalía a que antes hice referencia podría corregirse haciendo algún experimento en el hipotálamo del hombre. Pero de todos modos el conjunto de investigaciones biológicas que he mencionado ponen de manifiesto que estamos en vísperas de descubrimientos extraordinarios. Por de pronto no se hablará más de delirio; y será forzoso, entonces, comenzar a aplicar otros conceptos en el terreno jurídico :.

Hasta diciembre de 1992 la Corte de Casación de Francia no admitía el cambio de sexo. En uno de sus muchos fallos de rechazo de la demanda de cambio de sexo señaló que un tribunal de derecho no tenía que ocuparse de la felicidad y el bienestar de la gente, sino que debía tomar la realidad tal cual es.

Discrepo profundamente con este planteo filosófico que podría ser aplicable a otros temas. Coincido en que hay que tomar la realidad tal cual es, pero en función de la felicidad de la gente, en la medida en que no se incurra en actos inmorales. Tengo para mí que éste es el objetivo último en la tarea jurídica de legislar y aplicar el derecho. En la medida de lo posible hay que cuidar la felicidad, el bienestar y la salud de la gente.

Veamos qué pasó en Francia.

Los jueces franceses, incluso los miembros de los tribunales de apelación, admitían los pedidos de cambio de sexo cuando se habían hecho operaciones de adecuación morfológica y contaban los peticionantes con el aval de informes médicos y psiquiátricos.

Hasta diciembre de 1992, la Corte de Casación francesa dejaba sin efecto tales resoluciones y rechazaba el cambio de sexo.

¿Por qué los jueces inferiores sostenían su posición favorable al cambio de sexo? A mi juicio. por su proximidad con la realidad existencial de la gente que padece este drama. En cambio, la Corte de Casación francesa, integrada con notables juristas, desenvuelve su actuación en el plano de las ideas puras y se aleja de la realidad existencial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Todo eso ocurrió en innumerables casos, hasta que dos transexuales a quienes la Corte había rechazado sus peticiones de cambio de sexo, acudieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Ustedes saben que Europa está avanzando hacia la Comunidad. Hoy todo el derecho europeo es derecho comunitario; se respetan los compromisos contraídos, incluso en su sentido ético, como por ejemplo los emergentes de la Convención de Respeto a los Derechos del Hombre, que tiene su tribunal, el de la Comunidad Europea de los Derechos del Hombre, que funciona en Estrasburgo. Y los países europeos son muy respetuosos de la fuerza moral de las sentencias del tribunal de la Comunidad.

En dos casos, ambos en mayo de 1992, la Corte Europea de los Derechos Humanos sancionó a Francia con una multa de 135.000 francos por daño moral y 5.000 por gastos y costas, por haber negado a un transexual el derecho a adecuar su realidad existencial mediante el cambio de sexo. La Corte Europea se basó en el artículo VIII de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que establece que cada Estado debe respetar el derecho de cada individuo a guardar su intimidad, a no tener que verse forzado a mostrarla a los otros. Se preserva así el derecho de intimidad, porque no hay motivo para forzar a exhibirla permanentemente ante terceros con el documento de identidad, o cuando hay que hacer un trámite, abrir una cuenta bancaria, viajar al exterior y dejar así a la vista que quien parece y vive como mujer es jurídicamente hombre.

¿Qué hizo el Estado francés? Reaccionó rápidamente. El Presidente de la Cámara Civil, M. Massip, un jurista notable, hizo lo contrario a lo que él personalmente cree, ya que sostiene una posición contraria al cambio de sexo, y convocó a asamblea plenaria de la Corte de Casación, por el valor moral que se reconoce a las sentencias de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, para adecuarse a la jurisprudencia de ese tribunal. Fue así que en diciembre de 1992 la Corte de Casación de Francia cambió su jurisprudencia. ¡Qué ejemplo extraordinario de evolución y de aceptación de la evolución!

Y nos queda pendiente un aspecto de la cuestión, sobre el que podremos dialogar con el doctor Cifuentes: de admitirse, como alguna vez ocurrirá, el cambio de sexo del transexual, ¿conviene dictar una ley o dejar que lo resuelva la jurisprudencia? Y de dictarse una ley, ¿cómo debería ser?

Hay países que tratan legislativamente la cuestión. Por ejemplo, Italia, Suecia, Alemania, Holanda, Dinamarca, Turquía, muchos Estados de Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica.

La intervención quirúrgica, ¿debe autorizarse en sede administrativa o judicial? En Suecia el cambio de sexo se hace mediante trámite administrativo. ¿Quién puede ser autorizado para el cambio de sexo? ¿Todos los transexuales, incluidas las personas casadas, las que tienen hijos también?

Las personas que hicieran el cambio de sexo ¿podrán casarse, también adoptar hijos?

Espero el intercambio de ideas (aplausos).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. -

Escuchamos ahora al doctor Cifuentes.

DOCTOR CIFUENTES.

Hubiera querido hablar del problema que llamo la transexualidad, término que se me ocurrió hace poco tiempo en un congreso de Córdoba. El transexualismo es querer pasar a otro sexo a través de una operación quirúrgica. Una vez realizada, los efectos son de transexualidad.

Para hablar de transexualidad habría que repetir varias cosas que ha dicho el doctor Bossert, y eso no sería útil. Prácticamente, él ha agotado la materia. Por lo demás, me parece que este tema puede relacionarse con la línea central de los paneles de este ciclo, porque la seguridad jurídica está planteada aquí en forma bastante evidente.

La persona que tiene asignado un sexo en el Registro Civil y a la cual se le modifica quirúrgicamente ese sexo, quizás siendo ya adulta, con el inconveniente social que ello puede provocar, tiene que cambiarse el nombre y el estado sexual, si es que al sexo podemos considerarlo estado. Después, por ejemplo, si celebra matrimonio, suponiendo que fuera posible, se puede descubrir que era un transexual. Y este hecho podría derivar en que su pareja invoque la nulidad del matrimonio por error en la cualidad de la persona, que no lo haya sabido o que haya sido engañada.

Estos son los problemas de la seguridad jurídica que plantea el problema del transexualismo, que tan bien explicó el doctor Bossert.

Yo voy a recordar un viejo libro de un poeta chileno, Pablo Neruda, Confeso que he vivido. Memorias, porque cuando se me propuso hablar, o a lo mejor lo propuse yo en un acto un poco de inconsciencia, sobre "Hechos constitutivos del estado civil de las personas", no me di cuenta de que tenía que recorrer caminos que a lo mejor ustedes ya han recorrido y que yo sí los hice hace tiempo. Pero no está de más que en alguna medida otra vez nos pongamos en actualidad.

"Los hechos constitutivos del estado de las personas", relacionados con la estabilidad o seguridad jurídica nos llevan, antes que nada, a determinar la importancia de estos hechos. Haciendo una figura comparativa pregunto: los hechos que podría llamar determinativos de las relaciones patrimoniales ¿son tan importantes como los hechos constitutivos del estado de las personas, es decir, de los hechos de las personas en sociedad? Sin embargo, si están bien regulados todos los aspectos de la seguridad patrimonial, a través de una serie de instituciones que el legislador permanentemente se preocupa en revisar, cuán poco se profundiza sobre el problema de cómo debemos lograr la estabilidad o seguridad frente a estos hechos constitutivos del estado de las personas.

¿Qué es el estado de las personas? Al respecto podemos manejar varias teorías.

Una, amplísima, sería: el estado de las personas importa su situación en la familia, su situación en la sociedad, su situación profesional y toda cualidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con influencia en la sociedad.

Una teoría intermedia, diría: solamente el estado familiar, la situación social (si es nacional o extranjero), la formación política y algunas cualidades inherentes importantes como la edad, el sexo, la salud.

Otra posición más estricta, más restringida, diría: la edad, el sexo, la salud, son aspectos personales que no hacen al estado de las personas; acepta solamente el aspecto social y el aspecto familiar.

La estrictísima, la más rigurosa de todas, diría: no, para el estado de las personas como atributo solamente interesa el aspecto familiar, la condición de padre, de hijo, de cónyuge.

Como pueden apreciar, estos hechos transcurren como la vida misma. Pero además para hablar de seguridad, de estabilidad, tenemos que hablar de un emplazamiento. Y aprovecho el neologismo de la palabra "emplazamiento", que quiere decir situación, colocación, ubicación, para señalar que hay aquí un emplazamiento familiar: de cónyuge, marido, mujer, hijo, padre, que extendemos, por las otras teorías, hasta la de profesionales. Pero hay también un desplazamiento, un desplazar, un modificar, un alterar el emplazamiento, porque la vida no transcurre como las vías del tren, en forma paralela, intocable, invariable; la vida permanentemente varía, permanentemente se descoloca.

He aquí los nuevos emplazamientos que tienen que venir y que tienen que aparecer, los desplazamientos. Estos desplazamientos hacen y demuestran que los hechos constitutivos del estado de las personas, que llevan a esos desplazamientos, son complejíssimos, tan complejos como la vida misma. Ahora que está vigente el divorcio vincular, piensen en el divorciado varias veces con diferentes hijos de sus distintos matrimonios.

¡Volvamos a pensar en el transexual!

Hablamos de este problema del estado de las personas y a la par tenemos el problema de la capacidad, que también debe tener estabilidad, un reflejo de seguridad en la sociedad. Y también está el problema del patrimonio, el domicilio... Quizás habría que hablar de los atributos de la persona, y su mayor seguridad social.

Esta realidad y su captación lleva a darnos cuenta qué es la vida artificialmente traída y captada. ¿,Por qué? Porque para lograr la seguridad debemos artificialmente captarla, formalizarla y registrarla para que todos conozcan cuál es la realidad de la vida y sus modificaciones, sus alteraciones y sus desplazamientos.

Entramos así en el tema de la resignación.

La resignación de los hechos constitutivos del estado de las personas, en principio, como ustedes saben, no es una resignación constitutiva a diferencia de otras resignaciones, como por ejemplo la del Registro del Automotor, que constituye el dominio.

No puede ser constitutiva; sin embargo, el tema se ha discutido. ¿,Acaso en el matrimonio no es constitutiva? La no intervención del jefe del Registro Civil en el matrimonio implica la inexistencia del matrimonio, según la mayoría de las teorías que al respecto determinan esta consecuencia. Esto quiere decir que la intervención del jefe del Registro Civil casando a marido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y mujer, es constitutiva. No podemos decir que la adopción registra es constitutiva, porque está de por medio, constituyéndola. una sentencia de adopción.

En general. salvo el caso, para mí, del matrimonio, donde podría discutirse el carácter constitutivo de la resignación, ésta es probatoria y de publicidad. ¿,Cuáles son las cualidades de la mejor resignación? Voy a tratar de recordarlas muy rápidamente.

La universalidad. ¿Qué significa? Que todos los datos posibles habidos y por haber de una persona - los registrables - tienen que estar allí. Es como captar por completo esa personalidad, identificarla y mostrarla a la sociedad.

Ustedes saben que en materia personal hay un derecho que se llama "derecho a la identidad". La identificación es una parte. es decir, la identidad estática, la identidad de los datos. Deben estar completos en la registración.

Debe haber también lo que se llama una unidad o uniformidad, es decir, a datos iguales. registraciones iguales. Al respecto piensen no sólo en un área determinada sino a lo largo del país. No es posible que, habiendo datos iguales sobre las personas, existan registraciones disímiles porque ello atentaría contra la uniformidad.

Concentración de datos. Dentro de lo posible, todos los datos tienen que estar concentrados en un solo lugar, en un solo Registro y en un solo folio. De lo que se trata es de identificar a la persona de inmediato, claramente, con todos sus datos actualizados.

Y aquí viene otra idea, la de publicidad. ¿Para qué se hace? Entre otras cosas, además de probar, de darle una situación, para darle publicidad. Luego vamos a ver que la publicidad no es tan perfecta cuando se habla del estado de las personas.

La simplicidad es también cualidad de la registración, y debe ser con economía, rapidez y sencillez.

La actualidad, exige la renovación constante de los datos a fin de tenerlos al día.

Finalmente, la sistematización tiene por objeto, en el caso de que hubiera algunos Registros con distintas funciones, que se comuniquen entre ellos, se entrelacen los datos y, por lo tanto, se establezca un verdadero sistema y una real coordinación.

Todas estas cualidades, cuando se logran en la mejor manera posible, se acercan mucho a la seguridad jurídica. Cuando hay fallas en las cualidades, la seguridad se pierde.

He dado el esquema de lo que sería ideal, de lo que sería perfecto. Veamos qué pasa entre nosotros.

Ustedes saben que el Código Civil se refiere a la inscripción de los nacimientos en los artículos 79 a 86, a las defunciones en los artículos 104 a 107, a los instrumentos públicos y también a la inscripción de los matrimonios en el 979, y a que los registros deben ser de organización municipal en el artículo 80. Sólo una municipalidad, la de Córdoba, organizó estos registros. Con posterioridad, la ley 2393, en su artículo 113, dispuso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

llevar la registraci3n a un 6mbito mayor, al establecer que los registros p6blicos debían ser organizados por las legislaturas provinciales. En veinte ańos todas las provincias cumplieron lo establecido por esta norma de la ley de matrimonio civil y organizaron sus registros. Pero aun así nos encontramos ante enormes problemas que demuestran que las registraciones hechas no coincidían con la perfectibilidad que he seńalado respecto de las cualidades de la registraci3n. Y es aquđ que aparece el decreto - ley 8204/63, del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que establece una organizaci3n nacional de los registros, sin perjuicio de admitir su administraci3n local.

El r6gimen actual ¿cumple las cualidades que hemos visto? Veamos, Universalidad: las sentencias, las modificaciones en la capacidad de las personas ¿se anotan? La ley lo prevé en sus artđculos 26, 60 y 66. Quizás esto sea exacto en teorđa, pero no estoy muy seguro que se cumpla con la velocidad que se requiere.

Uniformidad: nos encontramos con que los registros son locales. Por ejemplo, el horario que rige para actuar en un registro de la Capital, no es el mismo que el de La Plata. ¿Qu6 pasa con el formulario? Cumpliendo con los datos que establece el decreto - ley pueden modificarse en su estructura. ¿Qu6 pasa entonces con la atenci3n... ? El tema de la uniformidad no es tan claro frente al problema que ustedes est6n viendo.

Concentraci3n. Anteriormente la modificaci3n de datos se hacđa por notas marginales; ahora se hace por actas de referencia, pero como puede haber muchas de ellas, la concentraci3n no es tan pura. No es posible que en un solo folio aparezcan todos los datos; hay cambios que aparecen en distintos folios. Es factible que en algunos registros, la organizaci3n determine que la concentraci3n no sea perfecta.

Publicidad. Es relativa en los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas. No puede ser absoluta. Hace unos momentos se habl3 de privacidad. Estos hechos constitutivos del estado de las personas hacen a su intimidad, a su vida m6s guardada, m6s preservada. De allđ que no cualquiera puede sacar los datos, sino s3lo aquellas personas que tengan un inter6s legđtimo. Por lo dem6s, tampoco es posible, ni aun por el propio interesado, llevarse los registros; lo m6s que puede hacer es conseguir un certificado o una copia de las partidas. Por lo tanto, tampoco la publicidad de los registros es perfecta.

Simplificaci3n. Aquđ se han dado pasos importantes. Anteriormente las registraciones se hacđan por acta, lo que implicaba todo un formulismo; hoy se hacen por simples asientos que se redactan a trav6s de formularios que ya est6n compaginados, de manera que no hacen m6s que llevarse. Esto simplifica las cosas, pero cabe advertir que ahora est6n apareciendo cosas que complican la registraci3n.

La 6ltima ley de trasplantes, la 24193, ordena en su artđculo 20 que los registradores pregunten a las personas que van a modificar sus datos, si donan sus 3rganos para trasplante al fallecer. La ley, en lugar de establecer el consentimiento t6cito, que rige en Espańa, Per6 y Francia, determina que debe expresarse en forma declarada: si es para trasplante o para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

investigación, o para las dos cosas, o para cierta persona: qué órganos quiere o no donar. Me pregunto si esas expresiones se van a llevar a los registros. ¿Se va a hacer por trámite registral de los hechos constitutivos de] estado civil de la persona?

De acuerdo con lo ordenado por la ley 24193, en su artículo 20, ¿el registrador va a hacer constar que esa persona manifestó que dona sus órganos para determinado individuo o para investigar y no para transplante, o a la inversa? La cosa se complica, y si aceptamos la ley tal cual está redactada, la simplicidad desaparece. Tengo para mí que se redactará un formulario más, a los que estamos acostumbrados. Lo digo porque todos saben el cúmulo de trámites que hay que hacer hoy en día; lo que significa la actuación de los registros en el ámbito de la Capital. Hay pocos empleados, hay una situación de infraestructura que debe ser mejorada. La complejidad se hubiera obviado admitiendo que muerta la persona, sus órganos podrían aprovecharse para dar vida a otras personas, sin perjuicio de devolver a los familiares el cadáver perfectamente conformado, porque la operación tiene que ser rápida y cerrarse de inmediato el cuerpo, como si no se hubieran extraído sus órganos. Y, la manifestación contraria, en el caso de que así lo dispusiera esa persona.

Pero el legislador argentino, con bastante temor, como siempre, no se animó a dar ese paso que ya se había dado en 1979 en España, y sanciona un tipo de norma que, a mi modo de ver, acrecienta la burocracia.

Adviértase lo difícil que es esta simplicidad en el problema de la modificación de sexo; de la transexualidad.

Sistematización. Por ley nacional existe el Registro Nacional de las Personas para fines de actuación policial, y en cuanto al Registro del Estado Civil de las Personas, se establece el envío de fichas para las elecciones generales como para el Registro Nacional de las Personas.

Sin duda, todo esto configura un progreso. Sin embargo, cabe preguntarse si estando el mundo en la era de la informática y entrando ya en la posibilidad grandiosa que es tener una pantalla, apretar un botón y ver el dato exacto, ¿no sería el momento de empezar a modificar este tipo de registración? ¿Seguiremos elaborando fichas que se mandan a lugares distantes? ¿Continuaremos con registraciones locales, a lo mejor desconocidas, en lugares de campaña completamente alejados?

En la era de la informática habría que establecer una red de comunicación manteniendo el artículo 104 de la Constitución Nacional, porque esto no lo ataca, para que todo registrador sepa, a través de la pantalla, el dato concreto de la persona. Es un elemento de seguridad que nos trae la era moderna.

¿Cómo hacerlo? En un lugar determinado - lo más lógico sería la Capital Federal - habría que establecer el registro general al solo efecto informático, en donde todos los datos del país, vía informática por esta red, tienen que aparecer y ser memorizados, los cambios, las modificaciones, etc. Así, todo registrador, cualquiera fuere el lugar en que se encontrare, con una simple máquina, antes de formalizar un acto, en razón de la seguridad podrá conocer en pantalla y en segundos la identificación de una persona

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

determinada.

Va de suyo que esto requiere los adelantos de la informática. Quizás no lo vea yo; pienso que sí lo verá la juventud que nos está escuchando y más aún la que le seguirá.

Días pasados estaba en Europa esperando un ómnibus y, en un cartel, se consignaban estos datos: El 12, faltan 5 minutos para que llegue; el 24, faltan 7 minutos para que llegue; el 23, faltan 10 minutos... Y pocos minutos después: el 12 ya viene por la parada tal - iluminaba la parada - ; el 23 viene por tal otra parada - y se iluminaba - ...

Esta es la informática del mañana, no la de ahora, por supuesto, porque estamos dando los primeros pasos.

Piensen en el derecho del futuro. En modificar las registraciones del estado civil de las personas, logrando las cualidades que he mencionado a través de una red de informática.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - ¿Alguno de ustedes desea formular preguntas a los expositores?

DOCTOR CIFUENTES. - O dar su opinión.

PARTICIPANTE. - ¿Existe algún proyecto de ley acerca del transexualismo y la eventual intervención quirúrgica a que podría ser sometido un transexual?

DOCTOR BOSSERT. - No sé de la existencia de algún proyecto al respecto. No sé si el doctor Cifuentes tiene alguna información.

DR. CIFUENTES. - No tengo noticia alguna.

Me parece, incluso, que hay una especie de repudio.

En el reciente caso del transexual que se hizo operar en Chile, y al que aludió el doctor Bossert, dio un paso adelante porque hacía 18 años que estaba separado...

Con el permiso del señor Director y del profesor Bossert, quisiera incursionar en este tema y dar algunas opiniones personales que tienen mucho que ver con el Registro de las Personas.

En Brasil también se hacen operaciones de cambio de sexo y una jurista del país hermano, Suter Matilde Josefa Hodja, dice que son innumerables los problemas que se crean ante las modificaciones que se producen en el área social, porque el que era varón ya no lo es, es mujer, y viceversa.

En un principio se desconocía la médula del problema, hoy ya no y hay una gran estridencia en su derredor.

Pero ¿vamos a dejar al transexual en esa situación? Creo que aun - y esto lo señaló el doctor Bossert con mucha finura - con las leyes actuales, salvo la de Córdoba, la número 6222 de 1978, sería posible que la jurisprudencia se abriera al transexual.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Decimos que entre los elementos del sexo está el psicosocial, con una característica fundamental para los psicólogos que explican el problema pero no las soluciones. Psicológicamente hablando, es irreversible.

A mi modo de ver, esta irreversibilidad muestra una patología, porque si desde el principio decimos que aquí está el sexo, cromosómico, gonádico, pélvico, psicosocial, y uno de esos elementos es irreversible - yo diría que es tan importante como la vida misma, porque es el alma de la persona, como dijo el doctor Bossert - y los psicólogos no pueden cambiarlo, hacen lo posible pero no pueden, y si no lo pueden hacer con el homosexual menos aún pueden hacerlo con el transexual; quiere decir que algo está faltando en ese conjunto, en este complejo. Y aquí, entonces, hay que hacer una terapia. Si no se puede hacer psicológicamente, la terapia debe venir por el lado orgánico, porque el alma manda sobre el cuerpo.

La ley 17132 parecería que lo prohíbe. Para mí no lo prohíbe; simplemente dice que para las operaciones de sexo debe haber autorización judicial, siempre y cuando se trate de una operación necesaria desde el punto de vista terapéutico. Si la tomamos como una terapia, evidentemente se estaría cumpliendo con esa ley. Quiero traerles un precedente último, que aparentemente no se refiere a un caso exacto de transexual, pero que para mí lo es.

Un juez de primera instancia - uno de esos jueces que dijo el doctor Bossert que viven la situación, la están viendo más allá de las estructuras jurídicas de las altas cortes -, acaba de dictar un fallo por el que aceptó el cambio de sexo en el Registro Civil. Dijo que era un pseudohermafrodita por el síndrome de Klinefelter, esto es, era un XXY. La naturaleza tiene sus caprichos, y es así que esa persona era un XXY, es decir, prevalecía desesperadamente la mujer. Sin embargo, el fiscal Galli en un magnífico dictamen demuestra que en realidad no se había comprobado el XXY. Se decía que lo era por informaciones que se tenían de épocas pasadas y por algunas manifestaciones de la propia persona. Yo creo que era un transexual disfrazado, y a éste se lo anotó como mujer.

Es un caso que se publicó hace poco y que me llevó a estudiar este aspecto en profundidad, porque no lo sabía. Sí sabía que en el aspecto de la homosexualidad se producen cosas muy graves, que son aquellas que explicó el doctor Bossert y están referidas a problemas hormonales. En ciertos estudios se dice que hay determinadas enzimas que envían hormonalmente la función erótica al propio sexo, no al sexo opuesto. ¿Será también la homosexualidad un problema biológico? Pienso que sí. La sociedad los repudia, todos los ponemos contra la pared. Y es así que tienen que agruparse en asociaciones para poder defenderse. Sin embargo, siguen y están. Y ésta es una realidad que considero biológica.

PARTICIPANTE. - Si tenemos que cuidar la vida humana es importante legislar sobre la transexualidad.

El único problema que advierto es el de la persona que se hace transexual después de haberse casado y tener hijos. Los que hacemos divorcio sabemos los graves problemas que se presentan cuando hay hijos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR CIFUENTES. - Estoy de acuerdo en que hay que legislar al respecto. Pero como ya sabemos qué pasó con el tema de los trasplantes en el que el legislador no tuvo el valor de afrontarlo con la realidad que el caso impone, presumo que pueden pasar muchos años antes de que se dicte alguna ley que adecue a la realidad biológica estos casos. Estoy buscando una solución jurisprudencial a través de las leyes vigentes, y por eso dije lo que señalé.

DR. BOSSERT. - Deseo hacer una rápida referencia a estos dos temas. En cuanto al tema del transexual casado, en Suecia y en Alemania no se le permite el cambio de sexo. Pero todos los juristas que trabajan en este tema están contestes en señalar que es rarísimo que el transexual sea casado.

Italia, en cambio, permite el cambio de sexo del casado, pero establece una causa automática de disolución del matrimonio. No prevé las consecuencias de esa disolución, lo que da origen a las críticas que se hacen a la ley italiana.

En Francia, como indiqué, a raíz de los fallos de diciembre de 1992, la jurisprudencia se ha adecuado a la Corte Europea y ordena modificar el sexo en anotación marginal en el acta de nacimiento.

En este momento la doctrina francesa discute si a quien cambió su sexo se le va a permitir o no casarse, por ese vacío legislativo a que aludió la doctora que habló hace un momento.

Respecto de los hijos, los juristas y sociólogos que trabajan en este tema coinciden en señalar que no conocen ningún caso de un auténtico transexual - que debe atravesar pruebas muy precisas y exigentes -, que tenga hijos.

PARTICIPANTE. - Al transexual casado que tiene hijos no se le puede autorizar el cambio de sexo.

DOCTOR CIFUENTES. - Coincidimos. En las bases que conformamos en Perú nos expedimos por la negativa: el casado no podía ni hacerse operar ni cambiar su sexo...

DOCTOR BOSSERT. - Aunque tenga hijos, como lo dijo el doctor Cifuentes, se podría plantear la causa de nulidad del matrimonio.

No obstante el tiempo que demanda esta reunión, si me permiten quisiera hacer un agregado.

Si se admite el transexualismo, si se admite el cambio de sexo, ¿qué hay que hacer? ¿Se le permitirá casarse? Y si se casarse a la pareja que forme, ¿se le puede permitir adoptar?

Si se acepta la operación y el cambio de sexo, al transexual se lo debe admitir con el espíritu con que debe reconocerse el mundo con todas sus variables, que no es de blancos y negros sino de todos los colores, ni de morales que viven de acuerdo al sexo que le descubrieron en la cuna e inmorales que se sienten ajenos a ese sexo. La moral es vivir sin hacer daño, es vivir de acuerdo a inclinaciones sanas, pero vivir de acuerdo con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propia naturaleza, en lugar de falsearla o reprimirla.

Si aceptamos todo esto, si logramos asumir esta evolución ineludible del pensamiento del hombre, también en este país que viene de tiempos de profunda ignorancia, de profundos atrasos culturales, particularmente en cuestiones como éstas donde se enfrentan la razón y los prejuicios, de años y años de censura, ahora, que se ha desencadenado la libertad de pensamiento, todos estos temas van avanzando hacia la luz del pensamiento libre.

Si a conciencia, no como una concesión de favores sino como un reconocimiento de cómo deben ser las cosas para respetar a cada individuo en su identidad, si a conciencia le decimos si al transexual, tiene derecho a operarse y a adecuar su sexo jurídico, no vamos a tener dificultad en reconocer su derecho a vivir en plenitud.

Estamos hablando del futuro. ¿Cuál sería entonces la razón para decir que no se case'? A esa persona que nació con apariencia de hombre y es auténticamente una mujer y adecua su sexo jurídico a esa calidad de mujer y nosotros lo aceptamos así, por convicción, no como concesión, ¿cuál sería el motivo - para decirle que no se case'?

Se casa, la pareja recoge a un chico, lo cuida con el amor del que hace pocos días hizo gala por televisión el transexual operado en Chile y que a todos nos conmovió, ¿por qué razón no puede adoptar? La ley de adopción tiene una sola regla, un factor determinante: lo que le conviene al chico. El que afirme lo contrario está a contramano del derecho de menores .

Creo que en esto, como en todo lo que está involucrado un menor, hay una sola razón por la que cuesta aceptar en este momento esa adopción, y es que no hemos evolucionado culturalmente de un modo suficiente.

Seguimos aferrados al pensamiento de la noche precedente, a los prejuicios, al temor a pensar libremente, lo que nos impide asomarnos a la realidad variada de los hombres. Y por esas anclas que aún sobreviven en el fondo de nuestros pensamientos, cuesta aceptar estas situaciones. Pero cuando las aceptemos a conciencia, cuando seamos libres y absolutamente honestos con nuestros propios pensamientos, ¿cuál será la razón para no otorgar esa adopción si es conveniente para el chico'?

PARTICIPANTE. - ¿Qué pasa si el chico nace con la tendencia transexual que se va afirmando en él hasta cumplir la edad en que la ley lo acepta como capaz?

DOCTOR BOSSERT. - Ese es un aspecto importantísimo del tema, y precisamente en estos momentos se debate en Europa a qué edad debe admitirse el cambio de sexo.

Alemania establece que debe ser a los 25 años, pero la jurisprudencia alemana sostiene que esa norma es inconstitucional porque la mayoría de edad se adquiere a los 18 años; y así lo admiten los jueces.

La ley sueca establece los 18 años, pero la admite en ciertos casos desde los 12 años.

En general las leyes, hasta donde yo conozco, fijan los 18 años como edad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mínima.

Señores: mucho les agradecemos su presencia y su paciencia.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Y los esperamos el martes próximo. Muchas gracias (aplausos).

Relatores y temas: PROFESOR DOCTOR ATILIO A. ALTERINI: TEORÍA DE LOS COSTOS; PROFESOR DOCTOR ROBERTO LÓPEZ CABANA: SEGURIDAD JURÍDICA Y CONVERTIBILIDAD; PROFESOR DOCTOR ALBERTO J. BUERES: PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.

Fecha: 1° DE SETIEMBRE DE 1993

TEORÍA DE LOS COSTOS

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Hoy se tratará el tema de la seguridad jurídica en el ámbito del derecho de las obligaciones.

Esta mesa redonda se reúne otra vez con tres profesores titulares. En primer término hablará el doctor Atilio Alterini, luego el doctor López Cabana y finalmente el doctor Bueres.

Ustedes apreciarán el interés que despiertan los temas que desarrollarán.

Escuchamos al doctor Atilio Alterini.

DOCTOR ATILIO ALTERINI.

Quiero dejar expresa constancia de mi satisfacción por volver a compartir un empeño común del Departamento de Derecho Privado de esta Facultad y del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, que periódicamente nos regalan la versión de estas exposiciones sobre temas de derecho privado.

Un pensamiento sobre la seguridad jurídica de quien fundó el utilitarismo, el jurista y filósofo Jeremy Bentham, nos va a permitir bajar la línea a los temas puntuales que hoy nos reúnen en esta mesa redonda.

"Gracias a ella - decía - podemos prever el futuro y, por lo tanto, tomar nuestras disposiciones para entonces; es la base sobre la que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; con ella la vida no es simplemente una sucesión de instantes sino una continuidad, y la existencia de cada uno entra como un eslabón en la cadena de las generaciones. La seguridad - terminaba con esta frase de tanto énfasis - es la característica distintiva de la civilización, lo que diferencia al hombre culto del salvaje, a la paz de la guerra, al hombre de la bestia".

En una casa de estudios como esta Facultad, creo que es el modo apropiado para presentar el tema de la seguridad jurídica que nos lleva, por aquella inducción de los antónimos, a la inseguridad jurídica.

¿Cuándo decimos que hay seguridad jurídica? Cuando existe un sistema