

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 años 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. ¿Qué pasa con el formulario? Cumpliendo con los datos que establece el decreto - ley pueden modificarse en su estructura. ¿Qué 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]04 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 aquéllas 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regularmente establecido en términos iguales para todos mediante normas susceptibles de ser conocidas, que sólo son aplicadas a conductas posteriores, y no previas, a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para ello.

Quien está sujeto a un sistema como éste, en calidad de ciudadano está en condiciones de calcular razonablemente las consecuencias de derecho que tendrá en el futuro un acto actual.

En estos días, la prestigiosa institución que es FORES (Foro de Estudios para la Administración de Justicia), por encargo de la Fundación Banco de Boston, ha señalado que los componentes de la seguridad jurídica son "seguridad física, regularidad y eficacia de los mecanismos de aplicación del derecho, claridad y coherencia del sistema legal, y estabilidad del orden jurídico".

El hombre siempre buscó seguridad jurídica. Grandes hitos del derecho derivan de reclamos de seguridad.

El tribuno Terentillo Arsa impulsó la redacción de la ley de las XII Tablas en el siglo V antes de Cristo. ¿Qué querían los plebeyos? Saber cuál era el sistema, y lo lograron. El derecho fue plasmado en la ley de las XII Tablas, las que eran exhibidas en el foro, por lo cual todos los ciudadanos estuvieron en condiciones de conocer el sistema que regía.

En el siglo XIII de nuestra era, en el año 1215, muere en las Cruzadas Ricardo Corazón de León y gobierna erráticamente Juan Sin Tierra, a quien los barones le arrancan la Carta Magna. Desde su instauración el poder debió ser ejercido responsablemente, y quienes gobernaron estuvieron precisados a reconocerse sujetos a ciertas restricciones en la dirección de los asuntos públicos.

Mi área de exposición, que es la teoría de los costos y la seguridad jurídica, necesariamente vincula el tema de la seguridad, que es esencialmente de derecho, con la Economía. Es obvio que el derecho de alguna manera ha regulado la actividad económica a partir de la existencia de la vida social. Stammler, otro jusfilósofo, decía que "el orden jurídico es un medio para el fomento de la producción, y esto es lo que constituye su fin último".

Al hablar de seguridad jurídica se involucran por lo menos tres fases básicas: la de la seguridad por medio del derecho, la de la seguridad como certidumbre del derecho y la de la seguridad como estabilidad del derecho. La seguridad por medio del derecho significa que el ordenamiento garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quien lo haga. El opuesto contradictorio de esto es la impunidad, es decir, la falta de sanción para quien transgrede las normas del sistema.

A menudo los gobiernos no advierten la importancia de esto. Traigo el resultado de una encuesta realizada el mes pasado en Inglaterra por el Sunday Times, de la cual surge la sensibilidad de la opinión pública cuando hay fisuras en proveer seguridad por medio del derecho. Mientras en 1959 la labor policial recibía "gran medida de respeto" del 83 por ciento de los encuestados, en 1993, hoy, ese nivel descendió al 46 por ciento; para el 81

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por ciento de los que opinaron, la policía da ventajas en la lucha contra el crimen a causa del sistema judicial. Correlativamente declinó en forma notable la confianza en todo el sistema. Hoy, a tenor de esa encuesta, el 54 por ciento de los ingleses no cree en el sistema legal, y sólo el 29 por ciento responde afirmativamente; uno de cada tres piensa que es bueno, y uno de cada dos no confía en él. Y si esto sucede en Inglaterra, cuando se cruza el Atlántico y se llega a alguna república latinoamericana, obviamente la conclusión debe ser mucho más severa.

El segundo aspecto, el de la seguridad como certidumbre del derecho, supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona. y su consiguiente convicción fundada acerca de que esos derechos serán respetados

¿,Qué dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su jurisprudencia clásica? Que se trata de "reglas claras del juego" a que atenerse. El sistema hace agua en este aspecto, por lo pronto, por el verdadero batiborrillo de normas propias del derecho moderno, que se superponen y apelmazan.

Milton y Rose Friedman recuerdan que las normas del Federal Register de los Estados Unidos - es un registro de disposiciones de organismos reguladores - en treinta años creció de tres volúmenes a trece volúmenes, que longitudinalmente ocupaban un metro de anaquel con 16.850 páginas.

Nosotros no nos quedamos atrás. En 1936 - hace más de medio siglo se dictó un decreto municipal que regulaba la venta de papel picado - norma, obviamente de trascendencia fundamental para el emplazamiento en el Primer Mundo (!) - y disponía que el papel no podía ser menor de 3 milímetros de diámetro, y que en el mismo paquete no se podían mezclar colores. Lo del tamaño vaya y pase, ya que un papel muy pequeño podría introducirse fácilmente en los ojos, pero lo del color implica una descomedida actuación del poder público.

Por otro lado, tenemos el problema de la ficción legal de que las leyes son conocidas por todos, frente al batiborrillo normativo: el legislador tiene verdadero entusiasmo por legislar, y al ciudadano se le aplican los artículos 20 y 923 del Código Civil. Por lo tanto no puede alegar útilmente ignorancia de las normas. El derecho no podría funcionar sin esa presunción, porque sería muy simple argüir, y quizás probar, la ignorancia de una norma prohibitiva luego de haber sido transgredida. Pero tampoco parece justo, sobre todo para las clases socioeconómicas menos culturalizadas, que se imponga a las personas todo ese sistema normativo, todo este acopio caótico de una serie de textos que no conocen ni están en condiciones de conocer.

Días pasados me consultaron si el cheque era endosable o no; una de las extravagancias jurídicas argentinas es que tenemos títulos circulatorios que no pueden circular porque no son endosables. Busqué en los repertorios de legislación y encontré decretos, resoluciones del Banco Central, disposiciones en suspenso... Me dije que lo más práctico sería llamar a un especialista. Recurrí entonces a un muy conocido comercialista, que ha escrito muchos libros y es uno de los mejores que tenemos en el país. Le

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pedí excusara mi ignorancia acerca de si el cheque se podía o no endosar. Y me contestó: "Me parece que no, pero muy seguro no estoy". Salí de mi duda preguntándole al cajero del Banco Marco Aurelio Risolía, que ha sido decano de esta Facultad, señalaba que "estos textos que se superponen, se modifican, se abrogan, concluyen por ser, antes que «reglas de libertad» como debieran - la red en que la libertad padece sofocada"

El principio de legalidad es un triunfo de las democracias. El monarca dejó de ser absoluto y quedó sujeto a ciertas reglas, que tienden a satisfacer la prevención de Lord Acton: "El poder es corruptible, y el poder absoluto, absolutamente corruptible." Es un postulado del Estado de derecho, que ya expresaba Cicerón en el siglo anterior al nacimiento de Cristo, que todos somos siervos de la ley para que podamos ser libres.

Qué hermoso es este pensamiento de Radbruch: "Un derecho incierto es al mismo tiempo injusto porque no puede asegurar para el porvenir un trato igual de hechos iguales".

En cuanto a la seguridad como estabilidad del derecho, me permito traer a colación a Ortega y Gasset, para quien el derecho de hoy parece ser sólo "el runrún de que algo se va a quitar". El derecho parece ser ese conocido ejemplo del gitano que aparece en La rebelión de las masas. Un gitano va a confesarse y el sacerdote le pregunta si sabe los mandamientos. El gitano le contesta: "Mire, padre, yo los iba a aprender pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar".

Derecho y Economía. Los operadores jurídicos, los que habitualmente nos dedicamos al derecho, nos hemos reunido varias veces en los últimos años para tratar las relaciones entre el derecho y la economía, y las conclusiones a las que arribamos son sustancialmente las que paso a mencionar sucintamente.

La interpretación jurídica "está precisada a aplicar el modelo ético y de justicia", y "no debe limitarse a una mera captación de los hechos"; y, por tanto, "el análisis económico del derecho debe ser sometido por el jurista a la crítica axiológica, partiendo de los valores fundamentales, humanidad y dignidad, y atendiendo a la justicia, equidad, seguridad, orden y paz social". En síntesis, "el derecho y la economía son dos disciplinas sociales que se correlacionan e interpenetran", por lo cual es indispensable "una reflexión jurídica y axiológica de la economía".

Porque, si no, ocurre lo que prevenía John Maynard Keynes: "En una comunidad libre la tarea del gobierno se complica por las reivindicaciones de la justicia social", lo cual es cierto, pero sólo "en un estado de esclavos la producción es el único problema", y "los pobres, los viejos y los niños deben asumir su suerte".

Me parece tan acertado el contenido de estos pensamientos que sería malversarlos tratar de expresarlos de otra manera. Ripert, el coloso del pensamiento jurídico francés contemporáneo, dijo: "Todo economista es un sabio, pero también un idealista que se ignora o un profeta que se afirma". Einaudi, aquel hombre de la política y del derecho tributario italiano de la segunda posguerra contrapuso al economista y el experto, y afirmó que los expertos "son una de las siete plagas de Egipto" y que "les aflige la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

convicción de creerse llamados por Dios".

Este es el esquema en el cual tenemos que hablar de los costos empresarios y la necesidad de predictibilidad, y en el cual tenemos que dar un grito argentino para que los capitales de los extranjeros vengan y se queden y los capitales de los argentinos no se fuguen.

La predictibilidad es esencial al ejercicio de la actividad empresarial, porque uno de los requisitos para estar en el mercado es el costo. Y cuando se habla del riesgo país, del riesgo argentino, uno de los componentes de ese riesgo es la inseguridad, no saber a qué atenerse, estar pensando que va a pasar lo peor, y calcular los costos, por las dudas, como si lo peor fuera efectivamente a pasar.

Tiempo y riesgo son las dos características de la inversión; pero mientras la inversión se hace hoy, se recoge en el futuro; y entonces aparece el riesgo, que se prevé cuando es previsible, y que no lo es cuando el sistema anda a los tumbos, cuando hay exceso en las competencias, cuando se abusa de las situaciones de emergencia.

Tengo aquí la cita de un refrán español. Ante la pregunta de por qué el empresario quiere certeza para poner su dinero, el chusco responde: "Dejar lo cierto por lo dudoso no es atinado ni provechoso". Esto lo sabe cualquiera, pero parecen ignorarlo muchos de los políticos de nuestra tierra. Que vamos mejor, sí, es cierto; que tenemos bases para ir mucho mejor, claro que sí; que se ha eliminado uno de los factores fundamentales de la inseguridad jurídica, que era la carencia de moneda para realizar las relaciones de intercambio, también; que hoy la moneda está cumpliendo o tendiendo a cumplir las funciones para las cuales fue creada en la vida de relación es cierto.

De ninguna manera propicio, con lo que en los últimos minutos de exposición va a ser un perfil de crítica, volver a la hiperinflación, volver a la inflación, ni siquiera a la de la década de los sesentas - todavía no ha sido reducida a ese nivel -, o abandonar la economía de mercado y no advertir el mensaje, que están dando las economías del mundo que están, o estarían entrando en el régimen de la economía de mercado.

Pero tampoco estoy diciendo que todo el régimen pueda quedar en manos de los meros expertos, de los especialistas en censo, de los reyes de la estadística. Hacerlo sería bastardear a la economía. La economía es una ciencia ética en la cual actúan economistas y economicistas; y el economicismo es a la economía lo que el científicismo es a la ciencia, una corrupción.

La acción de un gobierno, desde el punto de vista de la teoría de los costos, es atender la imprescindible necesidad de que haya inversiones de riesgo, de que haya inversiones de capital fijo, de que exista la posibilidad de motorizar ese gigante dormido que se llama República Argentina. Un gigante con suerte, hasta en su nombre: ningún especialista en marketing habría encontrado un nombre mejor que Argentina, porque argentum quiere decir plata, y esta idea de la plata y el Río de la Plata, que es el viejo Mar Dulce, y la estabilidad de las instituciones, y un pueblo de grandes condiciones humanas le permitió ocupar en algún momento de su historia un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lugar prominente que ha perdido y que todavía no está en situación de tener certeza en que lo va a recobrar.

Veamos sin más dilaciones el tema de los costos. Hoy está instalado en el pensamiento jurídico mundial el concepto de que los operadores jurídicos tenemos que trabajar también la idea de los costos; es lo que en los Estados Unidos de América es denominado New Law and Economics, con proyecciones en Italia, de alguna manera en España, e importantes manifestaciones en el pensamiento jurídico argentino.

El empresario tiene que afrontar costos, y entre ellos está el costo de la indemnización. La Argentina no da ninguna certeza a estos costos. En materia laboral, los topes indemnizatorios son exiguos y la acción fundada en el derecho común es de cuantía impredecible. Tampoco hay certeza en materia de daños al consumidor. Ni en cuanto a los daños ambientales. Estos suelen generarse, como por aluvión, a lo largo de los años, y hacer eclosión al final; por ello las pólizas de seguro establecen que sólo abarcan los daños generados en el período de cobertura, excluyendo expresamente a los que hayan tenido causa anterior.

Nada se puede calcular en materia de daños. Entretanto, los operadores jurídicos insistimos en el discurso que pone a la persona en el primer plano, pero el sistema, que no puede hacer solventes a quienes no lo son, no se preocupa por permitir a la víctima la efectividad del cobro, para lo cual tiene a mano los regímenes de seguros forzosos y de fondos de garantía.

El seguro, además, es impracticable cuando, de antemano, no existe cierta certeza en cuanto al monto de las indemnizaciones, porque ello obsta al cálculo actuarial de la siniestralidad. No hay pólizas a disposición del tomador, y cuando las hay, son demasiado caras.

Tampoco hay seguridad en materia de costos tributarios. Por suerte, los jueces han descalificado el intento de la Dirección General Impositiva de aplicar al arbitraje de moneda extranjera, es decir al cambio de cheques en dólares por moneda dólar, normas impositivas que se refieren a las ventas, con extensión ilegal de la norma tributaria.

Un decreto realmente insólito establece el impuesto a los videos. Dice que están involucrados los hechos imponible que menciona la ley y "además...". Este adverbio "además" significa claramente poner un puñal en el corazón de la seguridad jurídica, ya que hay una absorción indebida de competencias no delegadas, y no delegables, que afecta a la raíz misma de nuestra esencia constitucional: en el Cabildo Abierto del 25 de mayo de 1810 fue sentado el principio rector de la Constitución de nuestro país, de que los impuestos sólo pueden ser creados por ley.

Por lo tanto, si no hay predictibilidad, si no se tiene una estructura de costos que pueda ser prevista, ¿hasta cuándo seguirán siendo empresarios, los que hoy lo son? ¿Qué otro empresario se incorporará al circuito? Este es un reclamo más enérgico en razón de la presencia argentina en el MERCOSUR. ¿El MERCOSUR va a ser un proyecto compartido y victorioso, o pasará a ser otro de los tantos discursos políticos, con buena voluntad pero sin realidad concreta? El MERCOSUR es un mercado común, y el mercado común actúa como un ente gigantesco en términos relativos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el que las reglas de la economía de mercado deben ser respetadas para poder competir eficazmente.

¿Qué piensa la gente de la justicia? Ocho de cada diez argentinos, con razón o sin ella desconfían de sus jueces. Yo no planteo si tienen razón o no la tienen; planteo que sienten esa desconfianza y la expresan.

Cuando un Poder Judicial no merece la confianza de la gente, ésta tiene una sensación de inseguridad que es antónima a las conductas puntuales que llevan a la estabilidad y a la certidumbre del derecho.

¿Recuerdan a Federico el Grande? Un personaje pintoresco, que creía estar incorporado a la cultura francesa porque Voltaire le contestaba algunas cartas. Arbitrario como pocos, era un monarca que, en el caso de Arnold, el molinero de Potsdam, puso presos a los jueces. Se le acreditaron todo fue negativo en él - haber recompuesto la economía prusiana, aplicando elevados impuestos, y haber ordenado disciplinadamente la vida de Prusia. Arnold era un molinero que recibía en sus tierras agua que movía el molino. En un momento el dueño del terreno superior por donde pasaba el agua desvió su curso, porque lo odiaba, por lo cual Arnold quedó sin trabajo. Acudió a los jueces que, como el derecho prusiano no admitía la teoría del abuso del derecho, rechazaron su demanda. Desesperado, fue a ver a Federico el Grande. El monarca revocó la sentencia, condenó al dueño del terreno superior a reencauzar las aguas, y puso presos a los jueces por un año.

¡LOS PUSO presos por haber aplicado la ley! Por más justa que fuese la decisión de Federico el Grande, debió acatar el sistema, o si no derogarlo, lo que podía hacer con sus poderes absolutos. LO que no pudo hacer fue dictar una sentencia, sin fundamento alguno en el derecho vigente, y sin derogar la ley.

Este mismo personaje, con esos jueces amedrentados por sanciones de arresto, dio lugar a otra anécdota que me parece fundamental para entender el porqué de la desnudez del ser argentino frente a la sensación de no tener Justicia.

Cuenta la historia que este monarca autócrata quiso comprar tierras a un campesino. Ante su negativa, lo amenazó con imponerle la venta, en uso de sus poderes como emperador. El campesino, dueño del terreno, no se amedrentó, y le dio una respuesta que, me parece, es la mejor para concluir cualquier reflexión sobre la seguridad jurídica: "No, Majestad, no le venderé las tierras mientras en Prusia haya jueces" (aplausos prolongados).

SEGURIDAD JURÍDICA Y CONVERTIBILIDAD

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Pasamos a escuchar al doctor López Cabana.

DOCTOR LÓPEZ CABANA.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Después de la completa exposición del doctor Alterini quiero bajar la línea a una ley en vigencia, la de convertibilidad, que posiblemente constituya una reacción a uno de los problemas que más han atendido los argentinos de nuestra generación, el de la moneda.

En el momento en que entró en vigencia la ley de la convertibilidad en el país no existía moneda. Esta afirmación, además de destacarla el doctor Alterini y quien habla en las cátedras que venimos desempeñando en esta Facultad, también la han dicho los dos últimos presidentes constitucionales argentinos, al poner cada uno en movimiento una moneda nacional diferente, el austral en un caso, y el austral convertible limitado en cuatro ceros y llamado peso, en una segunda ocasión. Vale decir, se reconoció que la Argentina carecía de una moneda porque la entonces vigente no respondía a ninguna de sus funciones.

Con una inflación del 22.000 por ciento en el último año previo al austral convertible y a la ley de convertibilidad, inmediatamente de sancionada ésta, al pasar en el año '92 a una inflación del 17,5 por ciento, se opera un notable descenso de la tasa inflacionaria que justifica la afirmación que ahora sí tenemos moneda.

Una inflación del 22.000 por ciento anual determinaba la aprobación de una ley de indexación generalizada, y quizás debió asumirse esa realidad. Pero ningún gobierno quiso admitirla y sancionar una ley general de indexación, como, por ejemplo, hizo el Uruguay mediante la ley 14500, que estableció un criterio común de indexación parejo, previsible.

Justamente, la convocatoria de hoy atiende a la seguridad jurídica, a lo previsible. No teníamos ninguna posibilidad de prever el deterioro de la moneda porque en ocasiones la inflación era del 23 por ciento mensual, en otras, del 98 por ciento mensual, y esto es atentatorio a cualquier criterio de seguridad.

La dicotomía que estudiamos en los primeros años de la Facultad entre la seguridad jurídica y la Justicia como correctora de ciertas hipótesis en que la seguridad resultaba muy pesada, hicieron que la indexación se generalizara judicialmente. Los jueces tomaron la posta y, con buen criterio, realizaron tareas verdaderamente prodigiosas para recomponer tanto el sinalagma en los contratos como las relaciones jurídicas que estaban absolutamente deterioradas como consecuencia del desquicio monetario. Y esta obra, en aras de la Justicia, la hizo el Poder Judicial.

La seguridad estaba latente, y la ley 23928, de convertibilidad, puede catalogarse como un intento de volver a la seguridad. Desde ese punto de vista hay que darle una cabida especial en nuestro ordenamiento jurídico. Hay que tratar de que no fracase, y para ello hay que hacerla funcionar bien. Algunas situaciones que se han vivido con posterioridad a la ley y a su instrumentación nos pueden hacer pensar que quizás no está funcionando como debiera, y eso sí sería atentatorio a la seguridad jurídica.

La ley de convertibilidad ha perseguido fines muy loables y permitió llegar a gozar de una estabilidad monetaria que permitió que los argentinos dejemos tranquila nuestra víscera más sensible, el bolsillo.

Analicemos algunas de sus disposiciones. Quiero hacer un muestreo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respecto de varias normas de la ley de convertibilidad y de algunas situaciones que, con posterioridad, han sido modificadas y alteradas por decretos y resoluciones ministeriales, a fin de determinar si este clima de seguridad que se quiso instaurar con su sanción sigue vigente, y si no es así, cuáles son las alternativas que se nos presentan.

El artículo 1° de la ley declara la convertibilidad. No la asegura absolutamente, porque a diferencia de la instauración de la moneda de papel en la cual la característica esencial es que la convertibilidad es el metal fino que respalda su emisión, obliga al Estado a efectivizarla al solo requerimiento de los particulares; en este caso no funciona así, toda vez que en la ley de convertibilidad no hay una creación de una verdadera moneda de papel.

Admito que eso está controvertido. Un jurista mendocino, el doctor Parellada, piensa lo contrario: cree que tenemos una moneda de papel. Yo creo que no, porque esta convertibilidad pregonada en la ley tiene un carácter meramente declarativo ya que ni en ella ni en los decretos posteriores se reglamentan operaciones reales de conversión de las que enuncia el artículo 2° de la ley. Y esa operatividad está únicamente limitada a la intervención del Estado en el mercado para evitar que se supere el límite que fija el artículo 1°, que en la ley era originalmente de un dólar igual a 10.000 australes convertibles, o sea, actualmente, un poso, creado el 1° de enero de 1992.

Hay una mera declaración de convertibilidad que no nos asegura demasiado, y ya algún economista alemán dijo que la conversión es como un abrigo que funciona solamente en épocas de calor porque en las de frío no funciona. Y ante una helada repentina algún decreto de necesidad urgentísima puede llegar a implantar una reglamentación tendiente a evitar el descalabro.

Con esto no quiero anunciar ningún desastre. Simplemente señalo que hoy no tenemos este sistema ni esta operatividad, y esto me preocupa.

La ley 23928 nos ha hecho reingresar en el nominalismo, el que estaba presente en el artículo 619 del Código Civil antes de la ley de convertibilidad, y un peso era igual a un peso, ya que el régimen nominalista para obligaciones que se cumplían satisfactoriamente no había sido alterado.

Sí había sido alterado ese mecanismo para que un peso fuera igual a un peso, porque un peso histórico no era igual a un peso ajustado. Según criterios jurisprudenciales que fueron afinándose con estos vaivenes de la inflación se llegó a afirmar que una suma de dinero expresada en determinadas unidades monetarias no era diferente a la equivalente en otra suma ajustada por índices diversos.

Era un nominalismo a la argentina - hay que reconocerlo -, y el doctor Alterini hizo bien en señalar el retorno al nominalismo en la ley de convertibilidad, porque precisamente el nominalismo que adopta es pleno, ya que para precaverse de cualquier alteración prohíbe la indexación, y el artículo 7° no admite actualización monetaria, ni indexación por precios, variación de costos, repotenciación de deuda, cualquiera fuere su causa haya o no mora

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del deudor.

Esto parece fantástico, pero veamos si es para todos.

En el primer período constitucional posterior a 1983 se sancionó la ley 23091, de locaciones, que prohibía la indexación conforme a la moneda extranjera y sólo la admitía en función de índices oficiales. Lo prohibido por una ley anterior pasó a ser obligatorio por la ley de convertibilidad porque aquélla exigía que los precios de la locación se indexaran por los índices oficiales de precios. Esa era una exigencia legal y prohibía las monedas extranjeras, ente ellas el dólar, porque no tenían curso legal en nuestra República, según rezaba el artículo 1° de la ley 23091.

La ley de convertibilidad repotenció los montos de los alquileres en función de ese índice prohibido, y tomó retroactivamente la pauta del dólar, con lo cual sancionó nuevos precios locativos en abierta oposición a la voluntad de las partes. En concreto, lo que era prohibido en el país pasó a ser obligatorio, y esto es preocupante, porque si el Estado insta a su población a hacer ajustes en los contratos de acuerdo con los índices oficiales y luego la propia ley los desconoce a posteriori y para hacerlo se basa en una moneda extranjera que estaba prohibida en la ley, el procedimiento no parece muy compatible con la seguridad que se pregona.

Los hechos, que a veces tienen mucha más fuerza que el apego a las construcciones científicas, hicieron que la gente pactara las locaciones en dólares, alentada porque el nominalismo que consagra la ley de convertibilidad es un nominalismo multipropósito, porque no dice solamente que un peso es igual a un peso, sino que un dólar es igual a un dólar y que una rupia es igual a una rupia. Es que, precisamente, el artículo 619 establece que si la obligación del deudor fuese entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento. Esto es novedoso porque consagra un nominalismo que hace que no sólo la moneda local cumpla sus funciones extintivas para el momento del pago, sino cualquier moneda extranjera que haya sido pactada como moneda del contrato. Si la moneda del contrato es un dólar, solamente el deudor se desobligará entregando un dólar. Esto tranquilizó mucho a las personas que habían contratado en dólares, pero sucede que la ley de convertibilidad no deroga expresamente la ley 23091 en su artículo 1°, que dispone la prohibición de pactar los precios de la locación en moneda que no sea de curso legal en la República.

Hubo quienes argumentaron que con esta norma el dólar tenía curso legal, habida cuenta de que el artículo 1° establece esa equivalencia. Se incurre en un grave error, porque los impuestos, por ejemplo, no se pagan en dólares ni en otras monedas extranjeras, lo cual significa que no tienen curso legal en la República. En algún comercio o industria el dólar se puede o no aceptar. Pero al no tener curso legal, pareciera que esta prohibición fuese incompatible con la nueva redacción que la ley de convertibilidad dio al artículo 619 del Código Civil.

¿Cómo se resuelve este intríngulis?

El doctor Alterini se refirió al efecto docente que tienen los Congresos y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Jornadas en distintos ámbitos; y específicamente en el jurídico, la importancia de sus conclusiones revela el pensamiento colectivo de las ciencias jurídicas argentinas representadas por profesores de derecho, por profesionales abogados, escribanos y contadores. En este caso, en todos esos encuentros jurídicos prevaleció, unánime o mayoritariamente, la tesis de que la ley de convertibilidad había derogado, por lo menos implícita o tácitamente, aquella disposición. Pero la gente sólo se tranquilizó cuando se publicó la resolución 144/93 del Ministerio de Economía, que dispuso interpretar que "la ley 23928 ha derogado el segundo párrafo del artículo 1° de la ley 23091 pudiendo las partes contratantes determinar la moneda de pago de los alquileres o arrendamientos que se acuerden". Esta es palabra santa pero me pregunto si la derogación de las leyes no es facultad privativa del Congreso de la Nación. A lo mejor me he salteado algún párrafo del programa de Derecho Constitucional, pero, en principio, las leyes se derogan por otras leyes.

Mientras esta ecuación se conserve, no se van a plantear cuestiones en los Tribunales pero si llegara a romperse, será importante saber a qué atenerse, y a esto tiende el tema que hoy nos ha convocado.

Es curioso que los habitantes del país se tranquilicen con una resolución ministerial cuando en rigor deberían tener ese estado anímico porque una ley derogó a otra ley. No olviden que esta resolución ministerial se dictó con sustento en el artículo 10 del decreto 529/91, por el cual se encomienda al ministro de Economía que interprete la ley 23928. Pero pregunto: ¿acaso el Poder Judicial no es el encargado de interpretar las leyes de la República? Yo no digo que el ministro de Economía se ha arrogado la facultad de interpretar la ley porque es una facultad que le delegó por decreto el Poder Ejecutivo de la Nación. Las conclusiones corren por cuenta exclusiva de los asistentes.

Ustedes dirán por qué tanta formalidad, si estamos coincidiendo con la doctrina más esclarecida; quizás porque ha sido discutida y puesta a prueba en distintos congresos y Jornadas. Por ejemplo, así lo declararon las Jornadas Sudatlánticas, realizadas en 1992 en Bahía Blanca, en homenaje al profesor Pliner, y también en muchos otros encuentros Jurídicos.

Me resulta preocupante, por la formalidad, y también porque el artículo 2° de la resolución ministerial establece un disparate al decir, aproximadamente, porque no tengo el texto a mano, que no admite la validez del alquiler escalonado. Esto significa que de acuerdo con el artículo 7°, que prohibía cualquier tipo de ajuste de precio de la locación, por ejemplo, por indexación o por repotenciación, esta norma estaría incluida como una previsión en contra del alquiler escalonado.

Hemos visto contratos en los que el primer año el precio de la locación, por ejemplo era de 100 pesos, el segundo año, 120 pesos y el tercero, 150 pesos. A esta forma de pago se llama alquiler escalonado, en el que las partes se ponen de acuerdo en a fijación del precio. Ninguna norma de nuestra economía de mercado vigente lo prohíbe. Sin embargo, está prohibido por esta resolución ministerial porque supone que afecta la ley de convertibilidad. ¿En qué la afecta?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En su libro sobre indexación, el doctor Alterini afirma que están excluidos de la ley de convertibilidad los pactos sobre alquileres escalonados y otros que se aplican por ejemplo en los shoppings, en los que el alquiler consiste en una participación de la facturación del negocio, que también es una posible convención que en nada mortifica la ley de convertibilidad. Sin embargo, esa resolución ministerial lo prohíbe. Querrán que, como se expresa en esa resolución, el importe del primer mes pactado sea el mismo durante toda la vida del contrato. En esta interpretación "contable", diría, porque evidentemente proviene del ministro de Economía, es posible que haya tenido mucha influencia su formación profesional de contador. Por lo tanto, e] alquiler del primer mes regirá inexorablemente durante todo el contrato. Supongamos que en el primer mes del contrato se fija el precio de 500 pesos porque el locador estaba necesitado de dinero, pero que a partir del segundo mes lo escalona para abajo, en 200 pesos, el tercero en 100 pesos y el cuarto en 50 pesos. Es imperativa la resolución ministerial: dispuso que el primer mes del contrato sea el que rija toda su existencia. Entonces el locador tendrá que decirle cínicamente al inquilino que como la resolución ministerial le impone que el primer mes sea el que rija durante los dos años, si se trata de vivienda, o de tres años, si se alquila un comercio, le tendrá que cobrar, mal que le pese, el alquiler máximo, los 500 pesos, y no el pactado en menos.

Cabe preguntarme: ¿y el fin tuitivo de la norma? Bien, gracias. ¿Esto es seguridad? Me parece muy relativo que esta disposición esté coordinada con la seguridad que pretende la ley de convertibilidad. Este es un tema.

Otro, conexo, es el de la obra pública. Y aquí digo que la diferencia que se formula entre los ciudadanos y el Estado me hace acordar una disposición del Código Civil cubano que establece que la obligación no puede llevar intereses, porque como responde a la filosofía de que el hombre no es el lobo del hombre, ¿cómo le va a cobrar intereses a sus camaradas? Esa disposición me impresionó muy bien por su fuerte sentido solidarista. Pero siguiendo la lectura del Código Civil cubano, que dicho sea de paso es el más moderno de América latina en cuanto a su cronología, nada más porque rige desde 1988, otra disposición determina que si el Banco Nacional o el Estado cubano es el acreedor, sus operaciones pueden llevar intereses.

Así lo establece el Código Civil cubano, pero nosotros tenemos algunas disposiciones, por ejemplo el decreto 1339/93, que autoriza a los ministerios a acordar nuevos precios para la ejecución de las obras públicas afectadas por la ley 23928. Esto es interesante, porque en los contratos de obra pública, para impedir precisamente su paralización, el Estado tuvo que asumir que se reajustaran por incrementos impositivos, aduaneros y de cargas sociales, que eran trasladables al consumidor final. Es decir, lo que no se puede pactar en un contrato de locación de cosas, sí se puede en un contrato de locación de obra.

La cuestión es preocupante, porque la Constitución Nacional declama que todos somos iguales ante la ley y en consecuencia pareciera que quienes contratan una locación de obra con el Estado se encuentran en distinta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situación respecto de los que contratan entre particulares, y aquí, en la República Argentina, no rige el Código Civil cubano.

En materia de ajuste por un solo producto - cláusula de ajuste mononómica -, el decreto 529/91, contemporáneo de la ley de convertibilidad, permitió que se ajustara por precio de un solo producto. Por ejemplo, el alquiler de una estación de servicio se podía pactar conforme variara el precio de la nafta. Pero esta disposición fue prohibida poco después por otro decreto, el 959, también de 1991. Vale decir, tampoco se puede tomar en cuenta el precio de un solo producto. Esta prohibición enfrenta a una norma del Código Civil, la del artículo 1349 in fine, que sí la permite. Frente a una misma situación que el Código Civil permite, el decreto 959/91 la prohíbe.

Me interesa poner de relieve lo que sucede con un tema pasado de moda y otro de real vigencia. El pasado de moda es el de la intangibilidad de la cosa juzgada. Sería hasta risueño señalar que la ley de convertibilidad ha impedido que las sentencias firmes al momento de sancionarse tuvieran efecto en cuanto a las variaciones que se previeran judicialmente para actualizar el monto de las condenas. Esto parecía inconstitucional, y muchos autores así lo expresaron, entre otros el doctor Bustamante Alsina y el doctor Alterini, y se previó alguna acción de inconstitucionalidad porque alteraba un derecho adquirido por el ganador del pleito en cuya sentencia se fijaban pautas para la actualización. Sin embargo, que yo sepa, esto no ha sucedido y creo que el caso Peralta decidido por la Corte Suprema de Justicia ha influido decisivamente en desalentar a quien tuviera en mente plantear cualquier demanda de inconstitucionalidad, porque si no es inconstitucional incautarse de un plazo fijo, mucho menos será impedir que el acreedor cobre su acreencia actualizada conforme a la sentencia firme que tenía a su favor. El tema, pues, está desactualizado.

Lo que está actualizado y preocupa es el tema de los intereses, porque se sugirió, vía decreto del Poder Ejecutivo, que los jueces, dado que no podían imponer en sus sentencias ajustes variables para mantener su contenido económico, impusieran la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República para ese ajuste.

La tasa pasiva puede ser de interés para el inversor que quiere colocar su dinero en el Banco, pero para el acreedor, que quizás demoró años en obtener justicia y después de la sentencia observa al deudor todavía moroso después de la condenación judicial, podría ser lesivo que se le imponga que ese dinero sea ajustado con la tasa pasiva, porque si quisiera obtenerlo en un Banco tendrá que obrar, como corresponde, la tasa activa. Y como la deferencia entre la tasa activa y la tasa pasiva es ahora bastante grande, ese acreedor se desalentará más aún, porque si bien obtiene el reconocimiento judicial de su crédito, el mejoramiento que logrará por la morosidad de su deudor estará limitado a esa tasa pasiva del interés.

En las II Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico, realizadas en setiembre de 1992, se afirmó que en el marco de la convertibilidad y reafirmación del nominalismo el interés ha de ser, en principio, la única compensación que se conceda al acreedor por razón de incumplimiento del deudor, por lo que parece prudente que la tasa se fije tomando como pauta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la que perciben los bancos oficiales. Esta declaración dice "tasa activa" y graduándola de acuerdo con la situación económica general y a las circunstancias especiales de la negociación respectiva. Esta declaración fue suscrita por los doctores Alterini, Banchio, Casiello, Lartigau, Goldenberg, Aguinis, Márquez, Montamat, Morello, Richard, Carranza Guadagna, Mola y quien les habla.

En cambio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación piensa todo lo contrario. Haciéndose eco de esta recomendación del Poder Ejecutivo - digo recomendación porque obra en un decreto de ese Poder -, en una primera oportunidad sólo lo permitió en una sentencia de competencia originaria cuando lo resolvió en el caso "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes", fallo publicado en La Ley, 1992B, pág. 216. Hasta aquí, se decía, se trataba de una opinión más, como que la Corte no actuaba calificando como arbitraria la decisión contraria, es decir, era una decisión que aceptaba la tasa pasiva. Pero luego, para desazón de quienes así opinaban, dictó otro fallo en el que declaró que imponer esta tasa activa entraba dentro de la llamada sentencia arbitraria, en el juicio "López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA". En un fallo anticipado, del 18 de julio de 1992, se sostuvo, con un criterio que luego los tribunales han aceptado como general, que la tasa debe estar representada por la tasa pasiva que mensualmente publica el Banco Central de la República. Esto significa que el acreedor del dinero, cuando deba reclamar una suma de dinero, sólo va a estar compensado por un interés que dentro de la distinción que hizo el doctor Alterini llamó, cuando se refirió a un balance de la ley de convertibilidad, lucro cesante porque en definitiva es lo que le permitiría gozar si tuviera ese dinero, pero que no cubre el costo del dinero, es decir, el daño emergente.

Esto es lamentable porque en Derecho de las Obligaciones, los doctores Bueres, Alterini y quien les habla enseñamos que el primer objetivo de la indemnización debe apuntar al daño emergente antes que al lucro cesante, y no que el lucro cesante impida la indemnización del daño emergente.

En el diario La Nación, en su edición de hoy, aparece en la 2ª Sección, página 1, una noticia interesante: el señor ministro de Economía dice que no se hubiera podido instrumentar más de un 20 por ciento de la reforma económica sin los decretos de necesidad y urgencia debido a la falta de colaboración del Congreso Nacional. No es una noticia de primera plana pero es, quizás, la más inquietante del día, porque significa que para poner en movimiento esta reforma económica ha sido necesario dictar una serie de decretos en los que el Congreso Nacional estuvo ausente.

Ustedes podrán decir que de cualquier manera respondían a una buena causa. Quizás hubiéramos coincidido en que la necesidad y urgencia estaba justificando las soluciones que allí se incluían. Pero en los decretos que hemos mencionado y en la resolución ministerial, en la que creo hubo una disposición absolutamente inocua y otra que es un verdadero dislate, hemos visto que la creación autocrática de la ley - la ley en sentido material - no nos garantiza la bondad del resultado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sigo pensando que la creación democrática de la ley después de un debate va a resolver los problemas de manera permanente y acorde con la seguridad jurídica. Y por eso voy a ceder la palabra al doctor Alberto J. Bueres, que es miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil que ha tenido actuación en la Cámara de Diputados de la Nación, que está comprometido con esta creación democrática de la ley, a la que todos los argentinos debemos aspirar (aplausos).

PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.

DOCTOR ALBERTO J. BUERES.

1) El hombre se encuentra en un estado de incertidumbre frente a la naturaleza. Está extravasado, o sea, fuera de contorno, aterrado por el frío, por el calor, por las inundaciones, por los terremotos, por los animales salvajes, etc. Y trata de defenderse de todo ello conociendo la naturaleza para saber a qué atenerse, para controlarla y dominarla.

Del mismo modo, el hombre se encuentra en parecida situación de incertidumbre frente a los demás hombres. De ahí que reclame un orden que, a juicio de Recasens Siches, comprende la certeza (saber a qué atenerse) y la seguridad (saber que eso a lo cual uno puede atenerse se cumplirá forzosamente).

Ese carácter forzoso que presenta la seguridad jurídica, exige de forma inexorable su positividad. Vale decir, que el derecho esté establecido - como dice Federico de Castro

(possita, quiere significar lo que está puesto).

Ahora bien, la seguridad jurídica reclama que el derecho positivo se aplique, aunque en alguna medida - que no desborde los límites del "estado de necesidad jurídico" - sea injusto. Y esto está muy claro, pues todo derecho positivo, como obra humana que es, resulta perfectible, y hasta un cierto grado contendrá, cuando menos, un mínimo de injusticia. La validez del derecho injusto en ese minus se justificará por razones de seguridad jurídica como una forma menor de la justicia.

No me voy a extender en digresiones acerca del significado de seguridad jurídica, en atención al tiempo que se me ha asignado para disertar y, sobre todo, al hecho de que los precisos conceptos dados por el doctor Atilio A. Alterini - que me precedió en el uso de la palabra -, han sido suficientemente ilustrativos en este punto. Me ocuparé en concreto de la seguridad jurídica en materia de obligaciones en el Proyecto de la Comisión Federal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de 1993 - en algunos de los muchos aspectos que contiene la obra, desde luego - .

2) El Proyecto de Código Unico de 1987 tuvo la feliz iniciativa de consagrar