

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

**“ALGUNAS CUESTIONES DEL SEXO
Y SUS EFECTOS JURÍDICOS”**

POSTULANTE : ELISABETH JOSEFINA ILAYA MEDRANO

TUTOR : Lic. JULIO VELÁSQUEZ MALLEA

La Paz – Bolivia

2002

DEDICATORIA

A mis padres por darme su confianza y apoyo para la culminación de mis estudios a quien va dedicado con todo afecto y cariño el presente trabajo

INDICE

	PAG.
INTRODUCCIÓN	001
CAPITULO PRIMERO	
004	
LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	004
1. INTRODUCCIÓN	004
2.. CONCEPTO	
005	
3. CARACTERES	
007	
4. ESTRUCTURA Y TUTELA	007
5. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y SU CONTENIDO	008
5.1 EL DERECHO DE INTEGRIDAD FÍSICA	008
5.2 EL DERECHO DE INTEGRIDAD MORAL	010
5.3 EL DERECHO A LA LIBERTAD	
014	
5.4 EL DERECHO SOBRE EL NOMBRE	017
5.4.1 EL NOMBRE CIVIL	017
5.4.2 EL SEUDÓNIMO	018
5.4.3 LA FIRMA	
019	
5.4.4 CONTRASEÑAS DEL NOMBRE	020
5.5 EL DERECHO DE LA PERSONALIDAD	020

5.5.1	EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO DE OSSORIO	020
5.2	LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL	026
5.2.1	ANTECEDENTES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	026
5.3	EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	029

CAPITULO SEGUNDO

042

LA FILIACIÓN

042

1.	CONCEPTO	
		042
2.	CARACTERÍSTICAS	
		043
3.	CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN	045
3.1	NATURALEZA O BIOLOGÍA	045
3.2	ADOPTIVA O POR DISPOSICIÓN DE LA LEY	045
3.3	SISTEMAS DE FILIACIÓN	047
3.3.1	SISTEMA DE FILIACIÓN ABIERTO	047
3.3.2	SISTEMA DE FILIACIÓN CERRADO	048
4	PRINCIPIOS SOBRE FILIACIÓN	049
4.1	PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLÓGICA	049
4.2	PRINCIPIO DE IGUALDAD	051
4.3	PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA	051
4.3.1	LA VOLUNTAD COMO FUENTE DEL VINCULO PATERNO – FILIAL	052
5.	LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO DE FAMILIA	054

5.1	CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN	057
5.1.1	LA FILIACIÓN MATRIMONIAL	
	057	
5.1.2	LA FILIACIÓN EXTRA-MATRIMONIAL	061
5.1.3	LA FILIACIÓN ADOPTIVA	065
6.	EL NOMBRE EN LA FILIACIÓN DE LAS PERSONAS	067
6.1	LA FILIACIÓN COMO MEDIO DE IDENTIFICACIÓN	069
6.1.1	LOS DATOS DE FILIACIÓN	070
7.	LEGISLACIÓN COMPARADA	
	072	
7.1	LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO	072
7.2	LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	078

CAPITULO TERCERO

082

ELCAMBIO DE SEXO

082

1.	EL SEXO COMO PROBLEMA MÉDICO LEGAL	082
1.1	LA IDENTIDAD SEXUAL	082
1.2	FACTORES QUE CONFORMAN LA DETERMINACIÓN SEXUAL	085
1.3	DIVERSAS POSICIONES EN LA DETERMINACIÓN DEL SEXO	088
1.4	DISTINCIÓN ENTRE GENERO Y SEXO	091
1.5	LOS ESTADOS INTERSEXUALES	092
2.	EL TRANSEXUALISMO Y SU RELEVANCIA JURÍDICA	097

2.1	CONCEPTO DEL SÍNDROME DEL TRANSEXUALISMO	097
2.2	PROBLEMÁTICA DEL TRANSEXUAL: SU DRAMA EXISTENCIAL, PERFIL PSICOLÓGICO Y SÍNTOMAS QUE LOS CARACTERIZAN	098
3.	DESCUBRIMIENTO CIENTÍFICOS SOBRE LAS CAUSAS DEL TRANSEXUALISMO	101
4.	EL TRANSEXUALISMO COMO FENÓMENO SOCIAL	104
5.	EL CAMBIO DE SEXO	105
5.1	ALCANCES DE LA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA PARA EL CAMBIO DE SEXO	105
6.	VALORACIÓN ÉTICA DEL CAMBIO DE SEXO	107
6.1.	POSICIÓN FAVORABLE A LA ADMISIÓN DEL CAMBIO DE SEXO	110
6.1.	POSICIÓN CONTRARI A LA ADMISIÓN DEL CAMBIO DE SEXO	113
6.3	POSICIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA	116
7.	RELACIÓN DEL CAMBIO DE SEXO CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	118
7.1	EL CAMBIO DE SEXO Y EL DRECHO A LA SALUD	118
7.2	EL CAMBIO DE SEXO Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PSICOSOMÁTICA	122
7.3	EL CAMBIO DE SEXO Y EL DERECHO – DEBER A PROCREAR	126
7.4	EL CAMBIO DE SEXO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD	128
7.5	EL CAMBIO DE SEXO Y EL ORDEN PÚBLICO	130
7.6	EL CAMBIO DE SEXO Y LAS BUENAS COSTUMBRES	134
8.	EL CAMBIO DE SEXO Y LAS RELACIONES FAMILIARES	136

"ALGUNAS CUESTIONES DEL SEXO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS"

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza el tema relativo al cambio de sexo, sobre la premisa se han tomado en consideración los efectos jurídicos derivados de este fenómeno ciencia "sui generis". Se trata de un tema controversial, en el que la ciencia, la fe y el Derecho deben intercambiar criterios para hallar una solución ecuánime de acuerdo a la magnitud del problema, conciliando el interés de la persona con el interés de los demás. Los sujetos susceptibles al cambio de sexo se denominan "transexuales", sufren de una patología psicológica por la cual no toleran, hasta el punto de someterse a intervenciones quirúrgicas modificatorias de sus órganos sexuales.

El síndrome del transexualismo reviste una compleja situación, porque el transexual desea además el reconocimiento jurídico de su nuevo estado civil, expresando en el cambio del sexo y pronombre en su certificado de nacimiento. Sobre estos parámetros se ha enmarcado el problema del cambio de sexo, enfocando áreas específicas del Derecho Civil, Familiar y Penal.

De lo expuesto, ante la falta de una normatividad expresa, el propósito del autor busca regular el cambio de sexo sobre la base de un procedimiento judicial que admita los peritajes psicológicos y endocrinológicos para comprobar esta patología, y no dejar al arbitrio de la persona. El cambio de sexo debe obedecer solo a motivos de carácter terapéutico, con finalidad de solucionar el problema del transexualismo. Toda intervención quirúrgica de cambio de sexo requiere autorización judicial, previo proceso legal donde se compruebe la ineficiencia del tratamiento psicológico y endocrinológico para que el sujeto acepte su propia sexualidad y desista de la operación.

Deberán establecerse las bases jurídicas que regulen el cambio de sexo, otorgando prioridad y protección a instituciones jurídicas como la familia, la maternidad y el matrimonio. La validez de los actos y negocios jurídica dependerán según el titular acredite su nueva identidad sobre la base de la autorización judicial que ordena el cambio de sexo y prenombre en su certificado de nacimiento, o en su defecto, mediante cualquier medio de prueba.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación analiza el tema relativo al Cambio de Sexo, sobre esta premisa se han tomado en consideración los efectos jurídicos derivados de este fenómeno "sui generis". se trata de un tema controversial, en el que la ciencia, la fe y el Derecho deben intercambiar criterios para hallar una solución ecuánime de acuerdo a la magnitud del problema, conciliando el interés de la persona con el interés de los demás los sujetos susceptibles al Cambio de Sexo se denominan "transexuales", sufren de una patología psicológica por la cual no toleran ni aceptan su sexo, rechazan sus propios genitales externos, hasta el punto de someterse a intervenciones quirúrgicas modificatorias de sus órganos sexuales.

La ciencia ha logrado develar el origen biológico del transexualismo, uno de esos descubrimientos fue en Australia, donde los científicos hallaron que las células contenidas en el hipotálamo son responsables y determinantes en la preferencia sexual en el sujeto, dicha preferencia se manifiesta en los transexuales ocasionando ese rechazo de su propio sexo, aspecto que condiciona su sexualidad independientemente del factor cromosómico. El síndrome del transexualismo reviste una compleja situación, porque el transexual desea además el reconocimiento jurídico de su nuevo estado civil expresado en el cambio del sexo y prenombre en su certificado de nacimiento. Sobre estos parámetros se ha enmarcado el problema del cambio de sexo, enfocando áreas específicas del Derecho Civil, Familiar y

Penal.

En el área del Derecho civil se encuentran los "Derechos de la Personalidad", de todos ellos se ha hecho especial énfasis en el Derecho a la Integridad Física, el Derecho sobre el Nombre, el Derecho a la Libertad y el Derecho a la Salud, como basamento para optar por la autorización legal para el Cambio de Sexo, respecto de la función, el Matrimonio y la Adopción; finalmente, en el área del Derecho Penal se ha enfocado el Cambio de sexo respecto al internamiento Penitenciario, también, se han analizado los efectos del Cambio de Sexo en otros Actos y Negocios Jurídicos, como el Enriquecimiento Ilegítimo, el Pago de lo indebido, la Gestión de Negocios, el Derecho Sucesorio, el Derecho Propietario, los Contratos, la Sucesión, etc.

De lo expuesto, ante la falta de una normatividad expresa, el propósito del autor busca regular el Cambio de Sexo sobre la base de un procedimiento judicial que admita los peritajes psicológicos y endocrinológicos para comprobar esta patología, y no dejar al arbitrio de la persona. El Cambio de Sexo debe obedecer sólo a motivos de carácter terapéutico, con la finalidad de solucionar el problema del transexualismo. Toda intervención quirúrgica de Cambio de sexo requiere autorización judicial, previo proceso legal donde se compruebe la ineficacia del tratamiento psicológico y endocrinológico, para que el sujeto acepte su propia sexualidad y desista de la operación.

Deberán establecerse las bases jurídicas que regulen el cambio de sexo, otorgando prioridad y protección a instituciones jurídicas como la familia, la maternidad y el matrimonio. La validez de los actos y negocios jurídicos

dependerán según el titular acredite su nueva identidad sobre la base de la autorización judicial que ordena el cambio de sexo y prenombre en su certificado de nacimiento, o en su defecto, mediante cualquier medio de prueba

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1. INTRODUCCIÓN.

Para afrontar la problemática del Cambio de Sexo realice la investigación del síndrome del transexualismo desde sus orígenes. Como fenómeno social, el transexualismo no es contemporáneo, se remonta a comienzos de la década de los años cincuenta, oportunidad en la que se realizó la primera intervención quirúrgica conocida como "de conversión, sexual". En esa década la primera persona que cambió de sexo fue el soldado Christine Jorgensen, operado por el médico Christian Hamburger. Según su opinión, la intervención quirúrgica había logrado su objetivo, transformando al soldado del sexo masculino al femenino en todos los aspectos: plásticos, anatómicos, sexuales y psicológicos.

Según la ciencia existen diversas anomalías sexuales, llamadas "estados intersexuales", es decir, estados intermedios entre la masculinidad y feminidad. El transexualismo es una de ellas que por su magnitud condiciona al sujeto para someterse al cambio de sexo. Dadas las consecuencias biológicas y jurídicas que implica el fenómeno del cambio de sexo nos hemos abocado a su estudio e investigación, considerando la inexistencia de una legislación específica que lo regule. En nuestro país

ya se han practicado 10 operaciones de Cambio de Sexo, donde el cirujano plástico se limita a coordinar aspectos de la intervención quirúrgica con el urólogo y endocrinólogo, sin que exista un diagnóstico y pronóstico psicológico que determine cual será la salud mental de ese sujeto, de lo dicho cabe plantear la interrogante;

¿Qué acontecería si ante la falta de un estudio ínter y multidisciplinario, la persona no reviste la patología del transexualismo y se arrepiente en el futuro de la operación?, o de otro modo ¿Cuál será la identidad de la persona que arbitrariamente se operó para cambiar de sexo?.

El problema del cambio de sexo, radica en sus efectos del todo irreversibles. Tenemos en juego la integridad física de la persona, aspecto regulado en el Código Civil mediante la tutela de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, prohibiéndose aquellos por los que se cause una lesión grave y definitiva o sean contrarios al orden público o las buenas costumbres artículo F. También está en juego la identidad de la persona, como consecuencia del Cambio de sexo adquirirá la identidad femenina, sin embargo en sus documentos personales como la cédula de identidad, certificado de nacimiento y otros, expresaría el sexo, y nombre de pila masculino, aspecto contradictorio con su apariencia personal y que le ocasionará problemas en los actos y negocios jurídicos realizados o por realizar.

2. CONCEPTO.

Toda persona, en cuanto tal, un "sujeto jurídico" adquiere durante su vida, derechos de toda especie. Estos derechos generan efectos patrimoniales y extrapatrimoniales; en este entendido, son derechos patrimoniales: los Derechos Reales, vinculantes de la persona con la propiedad de las cosas, sean estas muebles o inmuebles, susceptibles de relaciones entre personas determinadas (acreedor y deudor) para la satisfacción de intereses pecuniarios o económicos; los Derechos intelectuales, que tratan de las relaciones existentes entre la persona y las manifestaciones exteriores de su actividad intelectual o espiritual; los Derechos Sucesorios, que a su vez regulan la transmisión de los bienes del "de cuius" por causa de su muerte, así como sus derechos y obligaciones. Sin embargo, existe una categoría de derechos que la persona lleva consigo desde el origen e inseparablemente, son los llamados "Derechos de la Personalidad", derechos que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona.

A diferencia de los derechos patrimoniales, que son puramente eventuales, ya que la riqueza se puede perder a lo largo de la vida; o adquirirla a título de donación o herencia, los derechos extrapatrimonial es no son avaluables económicamente y constituyen un gran grupo: los Derechos de la Personalidad. Los Derechos de la Personalidad se adquieren desde el origen de la persona, por ello no hay nadie que nazca o viva sin ser investido de los mismos, a los que Barbero¹ denomina "derechos esenciales". Por ello, definimos a los Derechos de la Personalidad como: "Los atributos, cualidades intrínsecas de la persona que permiten distinguirla socialmente, y afectarla jurídicamente, individualizando a su titular".

¹ BARBERO Domenico "Sistema del Derecho Privado". Pág.3

3. CARACTERES.

Una vez conceptualizados, es preciso mencionar sus caracteres. Respecto a los demás derechos personales, esto es, dependientes de un estado personal como: la nacionalidad, ciudadanía, familia, etc.; los Derechos de la Personalidad se distinguen por su "necesariedad" e "irrenunciabilidad". La "necesariedad" significa que no pueden faltar al origen de la persona, mientras pueden faltar los otros derechos personales, como nacionalidad, ciudadanía, etc.; no así los Derechos de la Personalidad cuyo fundamento se halla en la propia condición del ser humano, son derechos esenciales por naturaleza que están por encima del resto de los derechos personales citados anteriormente. También son "irrenunciables", como consecuencia de la necesidad; es decir que no pueden ser enajenados ni perdidos mientras viva la persona. Con estos caracteres los Derechos de la Personalidad emergen como derechos naturales e innatos reconocidos por el ordenamiento positivo, que no podrían ser negados o desconocidos, pues hacerlo implicaría también el desconocimiento de la condición del ser humano.

4. ESTRUCTURA Y TUTELA.

Dada la independencia de los Derechos de la Personalidad con la naturaleza humana, resulta imposible individualizar su objeto, fuera de la persona misma o sujeto titular. La doctrina no concibe cómo siendo el sujeto y objeto distintos puedan ser un mismo ente. Al respecto cabe aclarar que sujeto es la persona humana en sentido integral; es decir, se trata del "yo personal" mientras que objeto es el elemento material, el cuerpo de la

persona.

siendo la personalidad presupuesto de todo derecho, la doctrina pone en discusión la existencia de los Derechos de la Personalidad, fundamentando que la "personalidad" no puede ser un derecho ella misma, si bien nos parece acertada aquella apreciación doctrinaria; debe entenderse que el objeto de estos derechos radica en un bien distinto pero a la vez ligado a la persona, como la vida, la libertad, la integridad física, etc.

En suma, se trata de derechos verdaderamente subjetivos, cuya naturaleza de Derechos Privados no impide que se hallen incluso bajo tutela de orden penal cuando ante su violación sean perseguibles de oficio. Por ejemplo, el homicidio constituye un atentado directo contra la vida, supone también lesionar el bien jurídicamente protegido; lo que implica su persecución mediante acción pública penal, pero tampoco desaparece la pretensión privada en la legítima defensa.

5. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y SU CONTENIDO.

5.1. EL DERECHO DE INTEGRIDAD FÍSICA.

La máxima expresión de este derecho se manifiesta en el "derecho a la vida". En efecto, la vida es el bien supremo de la persona y cualquier atentado contra ella está penado por Ley. En ese sentido, nuestro Código Penal castiga la acción de matar a una persona, tipificándola como delito, sea de homicidio (artículo 251) o asesinato (artículo 252), cuando hubo premeditación o alevosía. De igual forma se halla penado el delito de aborto (artículo 263), como también las lesiones (artículo 270) con sus diversas

formas y graduaciones. Es así que el derecho a la integridad física está tutelado frente a cualquier acto que signifique limitar las funciones orgánicas normales del sujeto.

Es necesario referirnos a la legítima defensa, como la posibilidad de la persona de hacer uso de sus propias fuerzas, a fin de evitar un daño o peligro inminente contra su integridad física; sin constituir delito la muerte del agresor como consecuencia del acto de defensa de la víctima. El artículo 11 del Código Penal, modificado por la Ley No. 1768 de 10 de marzo de 1997 menciona expresamente esta facultad de las personas de asumir la defensa, de un derecho propio, "siempre que haya necesidad racional de la defensa y el medio empleado para ello no sea desproporcionado".

Publiatti² hace mención al artículo 5 del Código Civil italiano, el cual tutela directamente el derecho a la integridad física, se refiere a los "actos de disposición sobre el propio cuerpo", prohibiéndolos cuando ocasionen una disminución permanente a la integridad física; o sean contrarios a la ley, orden público o las buenas costumbres.

Esta disposición legal fue adoptada por nuestro Código Civil, al cual más adelante nos referiremos; sobre el punto, claramente tutelados como derechos privados están las lesiones a la integridad física del sujeto, principalmente la mutilación. Debiendo

aclarar que, ciertamente no todas las mutilaciones son ilícitas: hay que distinguir según se las haga para perjudicar o favorecer a la persona. Por ello, las intervenciones quirúrgicas orientadas a tutelar la vida o la estética son -ilícitas, así como los trasplantes de partes de un cuerpo a otro; siempre que no supongan impedimento al organismo para reconstruirse.

Se habla también del "derecho sobre el propio cadáver³ lo que a nuestro criterio es simplemente un poder de disposición que se lo puede ejercitar en el testamento o mediante mandato post - mortem, otorgado en vida del sujeto. Evidente, pues donde está el cadáver no está el sujeto, y a la inversa, donde está el sujeto no está ya el cadáver.

5.2. EL DERECHO DE INTEGRIDAD MORAL.

La integridad moral de que trata este derecho, halla su fundamento en la conservación del honor de la persona. Pero, cabe la interrogante ¿Qué es el honor?; Fernández⁴ lo define apropiadamente como "el sentimiento que tiene la persona en relación a su propia valía, es la estima y respeto a la propia dignidad". Por ello, cuando se atenta contra el honor, se ofende al sentimiento del propio valor personal. En resguardo de este derecho, el Código Penal _ castiga la difamación (artículo 282); la calumnia; (artículo 283) y la injuria (artículo 287), agrupando esos tipos penales entre los "delitos

² PUGLIATTI, citado por BARBERO Ob Cit. Pág.6

³ DEGNI, citado por BARBERO Ob. Cit. Pág.6

⁴ FERNANDEZ SESSAREGO Carlos "Derecho a la identidad Personal". Pag., 186

contra el honor".

Todos los mencionados atentan contra "el buen nombre" de la persona, entendido como su reputación en la sociedad, de manera que siendo un derecho abstracto e intangible, a diferencia del derecho a la integridad física; su violación no afecta el cuerpo físico, sino el buen concepto que la persona se ha ganado en un grupo social, como lo hemos señalado, si bien la violación de este derecho es sancionada penalmente; también se la tutela en materia Civil, pues el Código Civil (artículo 17) protege el honor de la persona.

Pero la integridad moral, no sólo puede verse afectada cuando se atenta contra el buen nombre; si no también contra la imagen, considerada como "el aspecto estático de la identidad personal que se hace patente a través de los signos distintivos"⁵. De esta manera, el Derecho a la Imagen está constituido por aquel conjunto de rasgos somáticos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás. Estamos frente a una de las características de la persona, que tan solo varía con el transcurso del tiempo, es decir con la edad; o en caso de desfiguraciones a causa de accidentes, quemaduras, etc. Pero salvo estos casos, la imagen no varía en el sustancial.

La imagen junto con el nombre o el seudónimo se constituye en atributo fundamental de la personalidad con el cual se individualiza socialmente a la persona: La tutela jurídica del Derecho a la imagen

⁵FERNANDEZ SESSAREGO Carlos "Derecho a la identidad Personal". Pag., 186

se orienta a obtener protección de la apariencia física, del contorno exterior, del perfil somático de la persona. Siendo la imagen un bien autónomo tutelado jurídicamente, está estrechamente ligada con el resto de los Derechos de la Personalidad, como el Derecho a la Identidad; el Derecho a la intimidad de la vida privada; el Derecho al Honor, el Derecho al Decoro y el Derecho a la Reputación del sujeto. Esta estrecha vinculación con los otros derechos personalísimos hace que la imagen, además de reflejar el exterior físico del sujeto, incida también en aspectos internos y espirituales de la personalidad. A través de la imagen no sólo se conoce de modo inmediato a la persona; si no además, se perciben estados emocionales, comportamientos y actitudes del sujeto. Por ello, instrumentalizando a la imagen se lesionan otros bienes de la persona. La imagen es susceptible de ser manipulada, lo que acontece cuando se la utiliza fuera del contexto donde fue captada con ayuda de la tecnología y otros medios, de este modo se le da a la persona una identidad que no le corresponde, a través de su exhibición o publicación en perjuicio de la reputación o decoro del titular.

En ese entendido la legislación positiva le otorga la debida protección a la imagen, incluyendo a la reproducción de la voz, entendida como el medio de expresión que refleja y exterioriza el fuero interno de la persona constituido por sus ideas, pensamientos, etc.; que no puede ser reproducido sino solo por el sujeto en pleno uso de sus facultades y libertades. No debemos excluir como parte del Derecho a la Integridad Moral, el Derecho a la intimidad de las Personas. El mismo la protege contra cualquier acto que implique una intromisión o violación de la

vida privada difundiendo o presenciando hechos que solo atingen al titular. Es necesario analizar el alcance de los conceptos "intimidad" y "vida privada"; al respecto la doctrina, entre los que se encuentran los alemanes no adopta una posición unánime; consideran que la vida privada es el género que incluye como núcleo central a la intimidad. De otro modo, el texto del artículo 9 del Código Civil francés, incluido por mandato de la Ley 643 de 17 de julio de 1970 interpreta que la intimidad viene a ser la parte más reservada de la vida privada.

Consideramos apropiada la distinción propuesta por la doctrina respecto a la "vida privada" entendida como un concepto más amplio que comprende a la "intimidad" de la persona como el núcleo del mismo, el aspecto más reservado. Sin embargo, somos partidarios de utilizar ambos términos como sinónimos.

Entendemos que la vida privada está integrada por todas aquellas actividades y actitudes realizadas por la persona-; que carecen normalmente de trascendencia social, en la medida que tiene que ver con la intimidad de la persona. Es decir, que es atribución privativa del sujeto el dar a conocer o no estos hechos o actos.

Por ello el Derecho a la intimidad "es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intromisión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada. Es la

exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje"⁶. Son muchas las maneras de invadir la esfera de la intimidad del sujeto, ellas van desde el espionaje al discreto seguimiento de la persona en sus cotidianas actividades; desde la revisión de documentos privados, hasta la captación de situaciones vinculadas a su vida privada mediante imágenes o grabaciones de la voz. Estos ejemplos nos muestran la estrecha vinculación entre la tutela de los actos de la vida privada y la protección de la imagen, de la voz, de los papeles privados, todos ellos en sentido amplio se refieren al Derecho a la intimidad.

5.3. EL DERECHO A LA LIBERTAD.

Siendo el Derecho a la Libertad muy amplio, habrá que enfocar las libertades esenciales de la persona en los siguientes ámbitos: libertades personales, libertades de pensamiento y libertades sociales; cada una de ellas tiene a su vez distintas manifestaciones:

- a) Libertad Personal.- En primer lugar figura la "libertad física", cuya lesión se constata en la privación de la libertad personal; impidiendo la libre locomoción de la persona. Al respecto, el Código Penal en su artículo 292 sanciona esta conducta como delito de privación de libertad.

- b) Libertad Jurídica.- Es aquella reconocida por el

⁶ IBIDEM Pág, 163

ordenamiento jurídico y cuya lesión se observa en la reducción a la esclavitud o condición análoga, aspecto tutelado por la Constitución Política del Estado, que al respecto no reconoce género tipo de servidumbre, estableciendo que "nadie podrá ser obligado a prestar servicios personales sin su consentimiento y justa retribución". Finalmente, otra forma de libertad dentro de las llamadas libertades personales constituye la "libertad moral", lesionada por cualquier acto de violencia o amenaza con que alguien constriña a otro a hacer, tolerar u omitir algo en contra en los que su voluntad, también sancionada penalmente artículos 293 y 294 bajo la forma de "amenazas" y "coacción", respectivamente.

- c) Libertad de Pensamiento.- La naturaleza del ser humano hace de él un ser racional e inteligente, por ello es necesaria, que exprese sus ideas y criterios de diversa índole; pero siempre en un marco de libertad. La libertad de pensamiento incluye a la "libertad confesional", es decir de practicar la religión impuesta por la propia conciencia, al respecto, la C.P.E., garantiza el ejercicio público de cualquier culto, lo que se traduce en la libertad de culto (artículo 3). La religión católica está reconocida oficialmente por la Carta Magna pero, no obstante ello, el individuo puede tener otras creencias, en mérito a esta libertad de culto.

Es necesario referirnos también a la "libertad de prensa", aquella que permite la libre expresión

de las ideas en un medio de prensa, sea oral o escrita. Sin embargo, los abusos que se cometan en detrimento del honor personal son penados en la Ley de imprenta, instrumento legal protector de este derecho a la libre expresión de las ideas.

- d) Libertad social.- Se trata de aquella de que goza la persona en sus relaciones sociales cotidianas con el mundo exterior, para su mejor comprensión las agrupamos como: libertad de reunión pacífica y sin armas, normada en la C.P.E., como libertad de reunión y asociación (artículo 7 inciso c); siempre que no sea para fines ilícitos al margen de la Ley. La libertad de comunicar secretamente, es decir relativa al secreto o privacidad en la correspondencia, más propiamente el secreto epistolar, cuya violación o sustracción es prohibida por Ley. La libertad matrimonial, o sea, de contraer matrimonio y con persona libremente elegida, claro está, siempre que no exista impedimento legal como adulterio, etc. La libertad profesional, concerniente a la elección de la profesión que se desea ejercer en la vida. La libertad de testar, o de disponer sobre los bienes propios con anterioridad a la muerte. La libertad contractual, es decir de realizar negocios con quien se quiera, el momento deseado y por el tiempo convenido. La libertad de circular libremente o libertad de locomoción, estrechamente ligada al concepto de libertad física, cuya violación se constata en el secuestro de la persona.

5.4. EL DERECHO SOBRE EL NOMBRE

El nombre constituye ciertamente un atributo de la personalidad; pues aunque la persona pueda existir sin él, la realidad dice lo contrario, de no ser así, se ignoraría la identidad personal de cada individuo. Por consiguiente, "El nombre es el medio de individualización de la persona dentro de la masa de sus semejantes⁷. Toda persona existe bajo un nombre propio, que puede tener diversos orígenes. Así puede ser en parte impuesto y en parte voluntario, hablamos del "nombre civil"; o enteramente voluntario, tratándose del "seudónimo". Pero además, el nombre acredita la identidad de la persona cuando ejerce determinada actividad; o dentro de un ámbito específico, nos estamos refiriendo a "la firma". A continuación una mayor explicación respecto al nombre civil, el seudónimo y la firma.

5.4.1. EL NOMBRE CIVIL.

El nombre civil está constituido por el apellido o "nombre patronímico", distintivo de la familia; y por el nombre individual o "nombre de pila", distintivo de la persona singular. Por lo dicho, debe entenderse al nombre civil como la fusión del apellido o nombre de familia que se une al nombre de pila.

A través del nombre civil, la persona se da a

⁷ BARBERO Domenico. Ob. Cit. Pág.11

conocer con una denominación propia, mencionando el nombre de pila, y a la vez expone públicamente el distintivo de la familia con el apellido o nombre patronímico. El apellido se transmite de padres a hijos por generación, según haya sido reconocido por ambos o un solo progenitor.

El nombre civil debe ser inscrito en los Registros del Estado Civil y no puede ser cambiado, sino previa sentencia del Juez. De esta manera se consagra como un Derecho Personalísimo que goza de la protección civil contra cualquier modificación o suplantación del mismo. Tampoco es permitido el uso del nombre de otra persona, a menos que sea el propio.

5.4.2. EL SEUDÓNIMO.

Se han dado casos en la realidad de personas que han usado un nombre, que, sin ser su propio nombre civil, pero tampoco el de otra persona; ha servido como medio para individualizarlas. Estamos hablando del "seudónimo", llamado también "nombre de arte" o "nombre de guerra", porque el hecho ocurre con frecuencia en el campo literario, como artístico.

Para dar un ejemplo, tenemos el caso de "Don Francisco", conocido animador de un programa

televisivo por ese seudónimo, cuyo verdadero nombre civil es Mario Kreutzberger, y así como este caso se dan muchos otros. Por lo expuesto, siempre que el seudónimo tenga la importancia del nombre civil, es objeto de la misma tutela jurídica.

5.4.3. LA FIRMA.

La firma constituye otro rasgo distintivo de la personalidad del titular; si bien no está tutelada por el Código Civil como el nombre, el Código de Procedimiento Civil (artículo 319, inciso 2) contempla su reconocimiento en documentos o papeles privados como una medida preparatoria de la demanda.

Siendo una prolongación del nombre, la firma también puede utilizarse en el ámbito comercial; al respecto el código civil Italiano (artículo 2563), citado por Barberola⁸ conceptúa como: "la denominación bajo la cual el empresario ejerce su hacienda". Por ello, a nuestro entender, la firma en el Derecho Comercial es la "razón social" bajo la cual el empresario denomina la empresa o Sociedad.

En mérito a lo expuesto, la firma, como el nombre civil gozan de la misma tutela en el entendido de que cada empresario tiene el uso exclusivo de su propia firma, sin embargo, a

diferencia del nombre civil, la firma no puede ser igual o similar a la de otro empresario, pues crearía confusión en el objeto de la empresa y por el lugar donde se la ejercita.

5.4.4. CONTRASEÑAS DEL NOMBRE.

Hemos visto conveniente referirnos a las contraseñas del nombre por su uso frecuente, especialmente en el campo profesional. Se trata de distintivos con los que las personas "condecoran" su nombre. Si bien no es un derecho esencial, pues no todos lo tienen, identifican la profesión del sujeto, con los prefijos: Lic., Dr., Arq., etc. En otros casos existen los títulos nobiliarios, relativos a la nobleza u origen de la persona, como: Duque, Condesa, etc.

5.5. EL DERECHO DE LA PERSONALIDAD.

5.5.1. EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO DE OSSORIO.

El título I del Anteproyecto de Ossorio se ocupa de "Las Personas individuales". En ese sentido; el Capítulo I regula concretamente "La Personalidad y capacidad" de las personas.

⁸ BARBERO Domenico ob cit. Pág.12

En principio, el artículo 10 señala el comienzo de la personalidad a través del nacimiento de la persona, ya que al concebido se lo tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables; siempre que nazca con figura humana y sobreviva 24 horas fuera del seno materno. Coincidimos con el articulado en que el nacimiento determina el comienzo de la personalidad; sin embargo nos parece exagerada la condición de sobre vivencia del feto fuera del seno materno 24 horas, pues a nuestro entender basta el requisito de viabilidad o existencia de la persona. Fuera de esta consideración, se entiende que Ossorio pretende otorgar al nacido los mismos derechos que le corresponderían una vez nacido. El espíritu de este artículo se traduce en el "derecho a la vida", del que se deriva el "derecho a la integridad física", íntimamente ligado al primero. Por otro lado, el artículo 23 señala el fin de la personalidad solo cuando la persona muere, tomando en cuenta además el caso de muerte simultánea de dos personas, es decir la conmoriciencia.

Como lo hablamos mencionado al analizar los Derechos de la Personalidad "in extenso", son derechos irrenunciables, es decir que no admiten renuncia; sobre el punto, Ossorio⁹ concuerda al afirmar en el artículo 11 que "son derechos irrenunciables por el individuo, y no admiten más regulaciones que

⁹ OSSORIO Angel "Anteproyecto del Código Civil Boliviano" Pág.11

las establecidas por ley legítimamente dictada y publicada". Además hace mención al derecho de libertad cuando proclama que la persona es libre por esencia. Ciertamente, la libertad humana es esencial para el ordenamiento de la vida civil, además los Derechos de la Personalidad solo deben estar tutelados por una Ley legítimamente dictada y publicada, sin que jamás los poderes públicos impongan restricciones de ningún género sobre los mismos.

Osorio¹⁰ en el artículo 12 define la personalidad como "la capacidad jurídica para todos los actos civiles", nos parece acertada, pues la misma consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, en igualdad de condiciones, y sin que medien limitaciones apoyadas en motivos de razas, castas, sexo, religión, etc. La previsión de este artículo también se refiere a la irrenunciabilidad de la capacidad jurídica, esto en defensa de las personas incultas que desconocen sus más elementales derechos. Por lo dicho, no debemos confundir esta Irrenunciabilidad de la capacidad jurídica, sin mencionar sus limitaciones, como: la incapacidad para casarse, para testar, para heredar, para comprar, etc. Todavía no hemos citado el "derecho a la identidad personal", aquel derecho que consiste en el cúmulo de atributos de la persona, que permiten que sea

¹⁰ Idimen Pág.20

ella misma y no otra. Es decir, "el plexo de características de la personalidad de cada cual que se proyecta hacia el exterior y permite a los demás conocer a la persona en su mismidad, en lo que ella es como ser humano"¹¹.

Ossorio también toca este derecho al señalar: "la personalidad humana se identifica también por sus antecedentes documentales, por la fotografía, la antropometría, y de un modo particular por la dactiloscopia". Luego prevé que llegando a la mayoría de edad las personas acudan al Registro Civil y dejen en su expediente propio las "huellas inconfundibles de su personalidad". Sin duda, el precepto es atinadísimo, pues el derecho a la identidad personal tiene su fundamento en la identificación de las personas. Ossorio ya mencionaba algunos métodos que acrediten la identidad del sujeto, haciendo énfasis en la dactiloscopia, es decir a través de las huellas dactilares. Consideramos que es el método más idóneo, pues las huellas dactilares no cambian desde que la persona nace hasta su muerte. Es evidente que el mundo está edificado sobre la personalidad humana, y ella se exterioriza en la identidad del sujeto, por ello, Ossorio oportunamente incluyó esta disposición basándose en las dificultades que acarrea el ignorar la identidad de las personas con referencia a los actos y negocios jurídicos que puedan

¹¹ FERNANDEZ SESSAREGO Carlos Ob. Cit. Pág.12

realizar; tratándose de los contratos, el matrimonio, etc.; así como en los viajes, y en el campo penal en la identificación de los delincuentes.

El artículo 15 de este Anteproyecto constituye un verdadero precedente, pues como ningún otro Código o cuerpo de leyes regula "el cambio de sexo"; dada su importancia para fines de la presente investigación de Tesis, lo transcribimos in extenso: "cuando en el curso de la vida de una persona se advirtiere un cambio del sexo con que fue inscrita en su nacimiento, se podrá seguir a instancia suya o de sus representantes legales, expediente judicial para definir su situación. Si los tribunales admitieren el Cambio de Sexo, se inscribirá su sentencia junto al acta de nacimiento en el Registro Civil.

En los casos de hexraafroditismo y pseudohermafroditismo, es decir, cuando no se pueda determinar científicamente el sexo verdadero, se estará a voluntad del interesado, y si ésta implicare el cambio de sexo con que fue inscrito el nacimiento, se inscribirá en el Registro Civil"¹². Lo preceptuado en esta disposición abre la posibilidad para el cambio de sexo mediante un proceso judicial seguido a instancias del interesado o su abogado para la posterior inscripción de la sentencia que autoriza el

¹² OSSORIO Ob Cit. Pág.22

cambio de sexo, junto al acta de nacimiento en el Registro Civil. Sin embargo, claro está que se deja a criterio del Juzgador la decisión de aceptar o rechazar este cambio de sexo, previo análisis legal cotejando todo lo aportado en juicio. El espíritu innovador y futurista del artículo también prevé los casos de hermafroditismo y pseudohermafroditismo, es decir cuando la persona tiene los dos sexos a la vez, coincidiendo los caracteres viriles y femeninos; se faculta al sujeto a elegir el sexo que desee llevar, dependiendo de la voluntad de la persona para incluso modificar el sexo con que fue inscrito el nacimiento, inscribiendo el nuevo en el Registro Civil.

El derecho a la intimidad, también halla su tutela, ya que el artículo 20 consigna su protección contra la publicación de retratos, divulgación de secretos, difusión de correspondencia, o cualquier modo de perturbación a la intimidad; obligando al infractor al cese de tales actividades, además de indemnizar por el agravio. Del enunciado anterior, se observa que Ossorio también incluye implícitamente la protección del "derecho a la imagen", cuando se publica un retrato sin consentimiento del titular, se atenta contra este derecho.

5.2. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL.

5.2.1. ANTECEDENTES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Nuestro código Civil, dentro del Libro primero, en el capítulo III reglamenta los Derechos de la Personalidad. Antes de mencionarlos, por razones de metodología es preciso que nos aboquemos a sus antecedentes y esfera de aplicación.

La tutela que se da a los Derechos de la personalidad en el Código Civil, contiene mezcladas y diseminadas reglas sobre ellos y los "Derechos del Hombre". En ese contexto; los Derechos de la Personalidad son propios de la Teoría del Derecho Privado, mientras que los Derechos del Hombre presuponen la Declaración de los "Derechos Fundamentales". No obstante esta distinción, en ningún caso debe considerarse a ambos con independencia de la Constitución Política del Estado.

Los Derechos Fundamentales, como antecedente inmediato de los Derechos de la Personalidad conforman el género, dentro del cual existen varias especies de derechos:

- Derechos Civiles: Cuya protección incluye a algunos Derechos de la Personalidad como la intimidad; la seguridad personal

(protección jurisdiccional de los derechos) fuera de ellos, la seguridad económica (garantía de la propiedad); la libertad económica, que comprende la libertad de trabajo, de industria, etc.

- Derechos Públicos: Que comprenden las libertades de reunión, de libre expresión, de información, etc. Todas ellas conceptuadas como "derechos de intervención en la formación de la opinión pública".

- Derechos Políticos: El derecho al sufragio de elegibilidad, etc.

- Derechos Sociales: Como el derecho a la educación, a formar una familia, etc.

- Derechos Sociales Estrictos: Una variación de los anteriores, más relacionados con el "Derecho Laboral", como: el derecho al trabajo; al salario justo; a los seguros sociales, etc.

Como vemos, los Derechos Fundamentales son un sinónimo de los Derechos Humanos, una aplicación práctica de los mismos. Sin embargo, los Derechos de la Personalidad tienen una esfera de aplicación más reducida

respecto a los Derechos Humanos, pues estos últimos son del dominio de la protección" constitucional, e incluso internacional, así lo determina la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 (artículo 1, prg., 3).

siguiendo el criterio de Tobeñas¹³, existe un punto de coincidencia entre los Derechos de la Personalidad y los Derechos del Hombre, ambos son "derechos naturales", pues corresponden a la persona por su misma naturaleza, es decir, son inherentes a la propia condición del ser humano, con todos los atributos que le corresponden en esa calidad. Ya habíamos señalado que los Derechos de la Personalidad distinguen a la persona individual zándola, y además la afectan jurídicamente. En ese sentido, el nombre, domicilio, el estado civil y las actas del estado civil son del dominio del Derecho Civil, mientras que el resto de los Derechos de la Personalidad son tutelados por el Derecho Público, más propiamente por la C.P.E.. como el derecho a la vida, a la libertad personal, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad, en sus diferentes manifestaciones, etc.

¹³ CASTAN TOBEÑAS, citado por Morales Guillem Carlos, "Código Civil" Pág.20

5.3. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Los Derechos de la Personalidad que contempla el código Civil son los siguientes:

- Protección a la vida: El artículo 6 consigna la protección a la vida e integridad física de las personas, determinando su cumplimiento según las normas prescritas en él; así como a las demás leyes pertinentes.

La C.P.E., como ordenamiento de mayor jerarquía y preminencia guarda concordancia, al proclamar a la vida como derecho fundamental de la personalidad (artículo 7 a), si hemos de citar otras leyes, el Código del Menor considera a la vida pre natal un derecho fundamental del menor (artículo 32 a). En materia familiar, el Código de Familia protege la vida implícitamente pues confiere al Estado la protección del matrimonio y la maternidad, concordando plenamente con la C.P.E. (artículo 193).

Finalmente, el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre consigan el derecho a la vida, cuando afirma que la persona tiene derecho a que nadie atente contra su vida. Por lo expuesto, la vida,"fundamental Derecho de la Personalidad se halla tutelada en nuestra legislación civil, familiar y constitucional como bien jurídicamente protegido. La protección del derecho a la vida pertenece al dominio de aplicación del Derecho Penal. El artículo de análisis se ocupa bajo forma de resarcimiento del daño patrimonial y extrapatrimonial.

También se protege la integridad física, como una derivación del derecho a la vida, contra cualquier atentado que suponga limitar las funciones del cuerpo lo que se verifica en las lesiones corporales, tipificadas como delito en el código penal (artículo 270 y siguientes)

- Actos de disposición sobre el propio cuerpo: El artículo 7 prohíbe los actos por los que la persona haga uso de su propio cuerpo si ocasionan una lesión grave y definitiva a su integridad física, o son contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Se entiende que los actos señalados se refieren a la donación de órganos para transplantes. Al respecto, el prg., II determina con carácter obligatorio el informe y control previo de una comisión del Colegio Médico para autorizar esta donación de órganos destinados a transplantes. Finalmente, el prg., III confiere a la persona la facultad de revocar los actos por los que dispone de todo o parte de su cuerpo.

Ya habíamos señalado, al analizar los Derechos de la Personalidad de forma general, que el antecedente inmediato del presente artículo se halla en el Código Civil italiano (artículo 5), con la diferencia que el nuestro incluye la donación de órganos para transplantes bajo la supervisión del Colegio Médico. Complementando lo dispuesto en el artículo anterior; la previsión señalada tutela la integridad física como el bien jurídicamente protegido.

Claramente se aprecia la reglamentación destinada a regular la donación de órganos para transplantes en vida del donante, siempre que la misma no suponga una lesión grave o definitiva a su integridad física.

Entendemos que el derecho sobre el propio cuerpo se manifiesta en el derecho a la vida, al que ya nos referimos en el artículo anterior; también se plasma en el derecho a negarse a someterse a ciertos tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas o inspecciones corporales, lo que la doctrina llama "derecho al pudor"¹⁴. Sin embargo, esta disposición legal también confiere a la persona el derecho de revocar los actos donde disponga sobre su propio cuerpo. De esta manera, la persona goza de libertad para disponer de su cuerpo, pero desde el momento en que atente contra su propia integridad física a través de lesiones; esta libertad personal se ve restringida por un bien mayor, cual es la integridad física de las personas.

- Derecho a la libertad personal: El artículo 8 garantiza la libertad personal, estatuyendo que nadie puede restringir ni privar la libertad de otro.

Este artículo tiene ya su antecedente en el Anteproyecto de Ossorio, quien señalaba que la persona es "libre por esencia", en contraposición al avance de las doctrinas racista, comunista y

¹⁴ MESSINEO, citado por Morales Guillen ob. Cit. Pág.34.

socialista. Coincidimos plenamente en su criterio, pues consideramos que todas estas doctrinas son un extremismo.

La libertad personal se consagra como otro Derecho de la Personalidad que también goza de protección constitucional, la C.P.E., determina que es deber del Estado la protección de la libertad y dignidad humana, además de ser "inviolables" (artículo 6 prg., II). Fuera de lo expresado, la C.P.E., también consagra como derechos fundamentales las libertades de pensamiento, reunión, asociación, locomoción, (artículo 7 inc., b), c) y g)).

- Derecho al nombre; En el artículo 9 se consigna el derecho al nombre de las personas, además especifica su composición a través del nombre propio individual, y los apellidos paterno y materno, siempre, claro, teniendo en cuenta la filiación establecida al respecto. El prg., II, regula el cambio, adición o rectificación del nombre, siendo permitido sólo en los casos que prevé la Ley.

Nuevamente ossorio reconocía este derecho al nombre con una redacción bastante parecida, bastando el reconocimiento de los padres, sin importar que los mismos se hallen casados entre si o no.

El código Civil abrogado, al igual que su modelo francés no se ocupaba del nombre; simplemente hacían

una referencia incidental (artículo 185), autorizando al adoptado agregar el apellido del adoptante al suyo propio. Sin embargo, el Código alemán consigna el derecho al nombre como el único derecho personal propiamente dicho.

Lo dispuesto en este artículo implica que el nombre, se halla compuesto por elementos fijos y contingentes¹⁵. Entre los primeros figura el apellido, como dijimos, también conocido como nombre patronímico (nombre gentil i tium) y el nombre de pila (praenomen) propio de cada individuo. Entre los secundes figuran el seudónimo y los títulos calificativos de nobleza.

Es por ello que el nombre, atributo de la personalidad goza de caracteres específicos como su inmutabilidad, que en concordancia con lo previsto en la disposición citada, significa que las partidas del estado civil no pueden alterarse ni modificarse, solo en virtud a una sentencia judicial, por esto el interesado no puede alterarlo a su voluntad; además es inalienable, pues es un derecho personalísimo, por lo tanto intransferible, es imprescriptible, porque la prescripción es propia solo de los derechos patrimoniales; finalmente es irrenunciable, al crear obligaciones de familia que se imponen contra la voluntad del obligado.

Por todo lo expuesto acerca del nombre y su regulación en el código civil, es conveniente

designarlo como "atributo de la personalidad"¹⁶, el signo distintivo de la misma, junto con la nacionalidad, el domicilio, el estado civil y la capacidad jurídica cuyo respeto viene a ser una prerrogativa, sin que se necesite probar su usurpación para demostrar el perjuicio.

Siendo un Derecho de la Personalidad, el nombre está protegido civilmente, pues el artículo 12 faculta a quien se discuta el derecho al nombre que tiene, pedir ante el juez el reconocimiento de su derecho, o el cese del uso lesivo, en caso de usurpación. Además, el artículo 13 otorga la misma protección jurídica al seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, considerando su difusión.

- Negativa de examen o tratamiento médico: Conforme lo dispone el artículo 14, se faculta a la persona el derecho de rehusar someterse a examen o tratamiento médico quirúrgico; a menos que se halle obligada por la ley o reglamento administrativo.

Esta disposición complementa lo dispuesto en el artículo referido a los "actos de disposición sobre el propio cuerpo", en su prg., ni se entiende que si la persona rehusa someterse a dicho tratamiento u operación, lo hace considerando la gravedad y consecuencias de la misma para su integridad física. Empero, por encima del derecho personal de aceptar o rechazar el tratamiento médico, se encuentra la

¹⁵ MORALES GUILLEN Carlos Ob. Cit. Pág.13

protección de la vida y salud colectiva, es por ello que si la ley o reglamento administrativo así lo determinan, corresponde su acatamiento, porque se está tutelando el interés general. Mazeaud¹⁷ acertadamente mencionaba diversas maneras de prevención, en protección el interés general, como: medidas profilácticas, internamiento de enajenados mentales, de alcohólicos, toxicómanos, etc.

En la práctica, las instituciones públicas sobre la base de su reglamento administrativo también pueden imponer al sujeto someterse a determinado examen médico, fundamentalmente cuando se trate de enfermedades infecto - contagiosas, pues en caso de que el sujeto no acate someterse a dichas pruebas, transmitiría enfermedades incurriendo en los "delitos contra la integridad corporal y salud pública" (artículo 277 Código Penal).

El Derecho jurídicamente protegido es el Derecho a la vida, salud y seguridad, tal cual lo estatuye la C.P.E., (artículo 7 inc. a) así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 3).

- Derecho a la imagen: El artículo 16 protege la imagen de la persona, cuando es objeto de publicación, exposición, exhibición o comercio en perjuicio de su reputación o decoro. En el prg., II se incluye en la previsión la reproducción de la voz.

¹⁶ JOSSERAND, citado por Romero Sandoval Raúl, "Derecho Civil," pág.14

La imagen al igual que el nombre es un derecho personalísimo, determinante de la identidad personal; en mérito a ello goza de la protección señalada cuando su publicación, exhibición o comercio supongan una lesión a la reputación y decoro. Interpretamos que el fin perseguido por el artículo radica en proteger la imagen siempre que se lesione el decoro o reputación de la persona. Cuando la imagen es manipulada, fuera del contexto donde fue captada, por ejemplo mediante fotomontaje, se desfigura a la persona, se le distorsiona, y ello puede lesionar no solo su honor o reputación; si no también afectar a su intimidad y presentarla socialmente en una proyección que no resulta fiel a su propia identidad.

Mazeaud¹⁸ cita al artículo 162 del Anteproyecto del Código civil francés, que en concordancia con nuestra legislación, requiere que la publicación de la imagen infrinja un atentado contra el honor para que proceda la protección del precepto.

- Derecho al honor: Este derecho se traduce en el respeto al buen nombre de la persona, así reconocido en el artículo 17, encargando su protección tanto al Código Civil, como a las leyes pertinentes.

La C.P.E. (artículo 115) consagra el derecho al honor especificando que el Poder Ejecutivo en ningún caso puede tener facultades extraordinarias, que le

¹⁷ MAZEAUD, citado por Morales Guillen Carlos, ob. Cit. Pág.30

hayan sido concedidas sea por el Congreso o el Poder Público, por las que el Gobierno tenga supremacía sobre la vida, honor y bienes de sus habitantes.

El ordenamiento penal sanciona los "Delitos contra el Honor", perseguibles a instancias de parte (artículo 282), calumnia (artículo 283) e injuria (artículo 287) atentan contra el buen nombre de la persona. En la difamación la reputación se ve lesionada gravemente y de manera pública; en la calumnia se atenta contra el honor de la persona al acusarle falsamente de cometer un delito; en la injuria se ofende la dignidad y el decoro.

La naturaleza de este derecho, hace que ante su violación se proceda a la reparación civil. A ese respecto, Ossorio¹⁹ aconsejaba renunciar a la acción penal, para ejercer la acción civil o de indemnización por el daño causado, consideramos que este criterio es más aplicable para una transacción, que para una controversia judicial.

En todo caso, la opinión de Mazeaud²⁰ es valedera, afirmando que el ataque al honor produce por lo regular una acción correccional, o en su caso el ejercicio del derecho de réplica si se discutió en la prensa.

¹⁸ MAZEADU, citado por Morales Guillen Carlos Ob. Cit. Pág.31

¹⁹ OSSORIO Ángel, Ob. Cit Pág.28

²⁰ MAZEAUD, citado por Morales Guillen Carlos Ob. Cit. Pág.32

En la práctica ante un ataque contra el honor de la persona, generalmente basta la retractación del ofensor, quien quedará exento de pena si lo hace en la indagatoria o antes de ella, así lo determina el artículo 289 del Código Penal.

- Derecho a la intimidad: El artículo 18 protege la vida íntima de la persona, prohibiendo su perturbación o la divulgación de hechos que solo conoce el titular. Se tiene en cuenta la condición del sujeto, además de salvarse los casos previstos por Ley.

Ossorio²¹ en su Anteproyecto ya reconocía este derecho de la persona a su vida privada, argumentando que se manifiesta en su fisonomía, su correspondencia, etc. Consideramos que la intimidad construye un patrimonio privado, se trata de la vida particular que engloba una serie de derechos privativos, como el buen nombre; que solo incumben y son del conocimiento de sus protagonistas, por lo que su perturbación o divulgación de hechos por terceras personas significa atentar contra ese patrimonio privado.

El Derecho a la intimidad, comprende también la privacidad que debe tener la persona en su correspondencia personal; así como en la comunicación diaria con el mundo exterior; de este modo los artículos 19 y 20 .tratan de la inviolabilidad de la correspondencia, así como de los papeles privados,

²¹ OSSORIO Ángel, Ob. Cit. Pág.26

prohibiéndose además las grabaciones clandestinas de conversaciones o comunicaciones privadas. Ciertamente, el Derecho a la intimidad es el género que agrupa a otros derechos que en su conjunto lo conforman, entre ellos: el Derecho a la imagen, al que ya nos referimos.

Al respecto, nuestra legislación civil también tutela a la voz humana, prohibiendo su grabación y reproducción, sin consentimiento del titular. Se han dado casos en nuestro medio donde para incriminar o demostrar la culpabilidad de una persona se efectúan grabaciones clandestinas de conversaciones; para presentarlas en calidad de prueba, sobre este aspecto versa el artículo de análisis, se entiende que estas grabaciones carecen de valor probatorio si se han obtenido subrepticamente, en franca violación de este derecho a la intimidad de la persona.

La C.P.E., (artículo 20) protege el derecho a la intimidad de las personas, al determinar la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, excepto si inedia "orden escrita y motivada de autoridad competente". Además; resta valor legal a aquellos documentos privados que hayan sido sustraídos o violados. La naturaleza jurídica de los Derechos de la Personalidad se halla regulada por el Código civil en sus artículos 21, 22 y 23,, En ese sentido se los considera como "atributos inherentes al ser humano",. además de otorgarles amplia protección, determinando que se hallan fuera del comercio humano, y garantizando su libre ejercicio frente a cualquier limitación que afecte al orden

público o a las buenas costumbres. Luego, establece la igualdad en su ejercicio por cualquier persona "sin ninguna discriminación", al respecto, la C.P.E., (artículo 6) estatuye que todo ser humano goza de personalidad y capacidad jurídica, además de otros derechos, libertades y garantías, prescindiendo de cualquier discriminación sea por motivo de raza, sexo, religión, etc. Por consiguiente, los -Derechos de la Personalidad se caracterizan por su generalidad sin distinción alguna. Finalmente, se trata de derechos inviolables, que confieren al damnificado la facultad de demandar el cese del hecho lesivo que atente contra los mismos, incluyendo el resarcimiento por el daño material o moral.

Como corolario de lo expuesto acerca de la naturaleza jurídica de los Derechos de la Personalidad, conviene precisar que las reglas relativas a ellos son de orden público, esto es, que interesan a la comunidad, por lo tanto, toda limitación no autorizada por la ley constituye una arbitrariedad que afecta al orden público. Por otro lado, la doctrina concuerda en que son derechos "esenciales" e "irrenunciables", como dijimos, en el primer caso, porque se adquieren desde la existencia de la persona, en el segundo, porque no admiten renuncia del titular, se hallan fuera del comercio humano, son derechos extrapatrimoniales desprovistos de todo valor pecuniario. Como atributos del ser humano, los Derechos de la Personalidad pueden resumirse en: un nombre propio, que distingue a las personas unas de otras; la nacionalidad que a su vez determina las relaciones de la persona con el Estado al que pertenecer un estado civil que precisa los derechos y obligaciones en la familia; un domicilio que determina el lugar de su residencia o

morada; un patrimonio que determina los bienes que posee y la capacidad para gozar y ejercer derechos.

La limitación prevista en el Código contra el comercio de estos derechos, en la práctica no se toma en cuenta. Se ha visto el uso y abuso de la imagen de la persona para fines comerciales y publicitarios, la voz tampoco escapa a su aprovechamiento, especialmente cuando se limita a algún personaje en programas humorísticos, haciendo mofa del titular. Sin embargo, la defensa que se haga de, los mismos corresponderá al damnificado pidiendo el resarcimiento por el daño material o moral cometido.

Como atributos inherentes a la persona le pertenecen desde su nacimiento; siendo que el mismo señala el comienzo a la personalidad humana, conforme lo dispone el artículo I del C.C. La capacidad jurídica mencionada en la constitución viene ligada al nacimiento de obrar, que se adquiere a al mayoría de edad.

Los Derechos de la Personalidad solo pueden ser ejercidos por la persona considerada en forma individual; no así en el caso de las denominadas "personas colectivas", nombre que se da a entes de derecho público, como son las fundaciones, asociaciones, etc.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FILIACIÓN

1. CONCEPTO.

Cuando hablamos de la "filiación", hacemos referencia a la relación que media entre los progenitores o padres y el hijo, considerada desde el punto de vista jurídico, como consecuencia del nacimiento del hijo. Al respecto, Morales Guillen²², enfoca la filiación en sentido natural y en sentido jurídico. En el sentido natural, "Es el lazo de descendencia en línea directa que une a la persona con toda la serie de sus antepasados, por lejanos que sean. En el sentido jurídico más restringido, significa exclusivamente la relación de descendencia que se da entre dos personas, una de las cuales, es el padre o madre de la otra".

Otros autores, como Planiol, Ripert y Rouast²³ concuerdan en afirmar que "Es la relación inmediata del padre o madre con el hijo, por lo que también toma el nombre de paternidad o maternidad, según se considere respecto del padre o de la madre". Finalmente, la definición de Messineo²⁴ expresa con mayor detalle sus alcances y contenido: "Es la relación existente entre el nacido y sus progenitores, por virtud de la cual el primero se dice hijo de los segundos, status que le atribuye los derechos y le hace objeto de los deberes inherentes a este".

²² MORALES GUILLEN Carlos, "Código de Familia", Pág.337

²³ PLANIOL, RIPERT, ROUAST, citados por Morales Guillen, Ob Cit. Pág.337

²⁴ MESSINEO, citado por Morales Guillen, Ob. Cit Pág.337

Sobre la base de estas definiciones, coincidimos en afirmar que la Ley establece este vínculo jurídico que acredita la paternidad y maternidad de los padres respecto al hijo, por lo que una vez probada esta relación de parentesco entre padres e hijo, el hijo goza de derechos, y es objeto de obligaciones que le corresponden en esa calidad, tal como se desprende de la definición dada por Messineo. Es sobre esta premisa que la legislación familiar regula la filiación, en sus diferentes formas, cuyo análisis veremos más adelante.

2. CARACTERÍSTICAS.

Antes de nombrarlas, es preciso señalar que el legislador enfoca la filiación desde dos puntos de vista: dando reglas para determinarla con certidumbre y señalando las consecuencias jurídicas; es decir, los derechos y obligaciones que vinculan a los padres con sus hijos. Ya habíamos mencionado que una vez establecida la filiación, se determinan los derechos y obligaciones vinculantes de los progenitores con sus hijos, las características de la filiación son:

- Es un fenómeno jurídico.- su fundamento se halla en la procreación como hecho fisiológico, exceptuando tratándose de la adopción que es creación legislativa. Es por ello que el legislador desconoce las consecuencias de la filiación si no se demuestra la relación de sangre.
- Constituye un estado civil.- Es decir, constituye la calidad permanente que tiene la persona en la sociedad y que depende principalmente de sus relaciones de familia,

asi por ejemplo, el hijo nacido de matrimonio tiene el estado de hijo de padre y madre casados entre sí. Sin embargo este estado civil solo podrá ser modificado por las acciones que impugnen la filiación ya sea por el padre o por el hijo.

- Es fuente de otros fenómenos jurídicos.- Al determinarse los derechos y obligaciones entre padres e hijos, la filiación también es fuente de otros fenómenos jurídicos como: la nacionalidad, la sucesión hereditaria, el derecho de alimentos, hermandad o parentesco entre los mismos hijos, etc.

De manera que, la Ley recoge esta realidad biológica como hecho al que asigna consecuencias de distinto orden, a las que Rosset²⁵ denomina "fenómenos jurídicos" como la nacionalidad que viene a ser un elemento del estado civil, la sucesión, etc. Por lo dicho la finalidad de la filiación es determinar la procedencia de los hijos, precisando la identidad de sus padres. En el caso de la filiación adoptiva, no existe el vínculo biológico, por lo tanto es una creación legislativa, una ficción de la Ley a fin de proporcionar condiciones para el desarrollo físico y espiritual de quienes no se hallan reconocidos. Para complementar lo expresado, Belluscio²⁶ sostiene que la filiación adoptiva no corresponde a la realidad biológica, sino a un vínculo paterno - filial creado por el Derecho.

²⁵ ROSSEL SAAVEDRA Enrique, "Manual de Derecho de Familia" Pág.286

²⁶ BELLUSCIO Augusto, citado por Lloveras Nora, Ob. Cit Pág. 239

3. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN.

3.1. NATURALEZA O BIOLÓGICA.

La mayoría de las legislaciones considera que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial, según el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio. En esa entendido, tratándose de la filiación matrimonial, el acto jurídico del matrimonio otorga la certeza de paternidad, en virtud a al fidelidad y cohabitación que se deben los esposos. Para Borda²⁷ la prueba de la filiación matrimonial se hace por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, y por la prueba del matrimonio de los padres.

En el caso de la filiación extramatrimonial se establecen plazos en los cuales no se considera como matrimonial al hijo nacido fuera de ellos. En este caso, la prueba de la filiación extramatrimonial se obtiene por el reconocimiento voluntario de los padres, o por la sentencia judicial que declara la existencia del vínculo. El problema de esta filiación se fundamenta en que se ignora al padre, o incluso la propia madre oculta el parto o niega reconocer al hijo, al que lo inscribe como de padres desconocidos.

3.2. ADOPTIVA O POR DISPOSICIÓN DE LA LEY.

El fundamento de la filiación adoptiva se basa en superar las diferencias y discriminaciones hechas entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales,

²⁷ BORD Guillermo “Manual de Derecho de Familia”, Pág.290

en perjuicio de estos últimos. También se la llama filiación por disposición de la Ley; justamente porque en virtud al mandato imperativo de la ley equipara al hijo adoptivo en igualdad de condiciones respecto al hijo matrimonial.

Rodriguez²⁸ puntualmente distingue la filiación por naturaleza de la filiación adoptiva, con el fin de impedir que la adopción "se disfrace" de filiación matrimonial. Consideramos que la filiación adoptiva tiene su propia razón jurídica, y su consecuente organización legal autónoma pues, si bien reconoce que el hijo adoptivo se encuentra jurídicamente en igualdad de condiciones respecto al hijo matrimonial, la realidad biológica no puede tergiversarse, en el entendido de que sus progenitores verdaderos son otros.

Básicamente, cuando hablamos de la filiación adoptiva, nos referimos a aquella que la Ley, dispone en mérito a la preocupación jurídica de no dejar en desamparo a los hijos cuya filiación original se desconoce, en desmedro de sus derechos, otorgando a los padres adoptivos tal calidad, en virtud al vínculo paterno - filial creado por el derecho.

²⁸ RODRIGUEZ Adrados Antonio, citado por Lloveras Nora, Ob. Cit. Pág.87

3.3. SISTEMAS DE FILIACIÓN.

3.3.1. SISTEMA DE FILIACIÓN ABIERTO.

La filiación bajo la óptica de este sistema parte, de la premisa de que todo ser humano tiene derecho a identificarse y vincularse con sus padres genéticos en todo momento de su vida y a través de cualquier medio de prueba. Es decir, se deja abierta la posibilidad de demostrar el vínculo biológico que une a la persona con sus padres genéticos, sin limitar los medios de prueba que acrediten esa relación de sangre. Al respecto, Zannoni y Bossert²⁹ manifiestan que dicho sistema permite al marido demostrar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a ciertos presupuestos predeterminados.

El aspecto cuestionado de este sistema de Filiación Abierto es la afectación a la intimidad familiar. En efecto, al no limitarse los medios de prueba que demuestran el vínculo biológico entre el padre y el hijo; en aras de saber con certeza la realidad biológica de la filiación, se atenta contra la intimidad de la familia. Por ejemplo, tratándose de la posibilidad de darse un juicio de impugnación, donde se alegue una impotencia posterior al matrimonio; o de otro modo, invocar y probar el delito de adulterio, más la ocultación del parto, como cualquier otro supuesto en este

sistema que demuestre que el hijo de la esposa no puede serlo del marido de ésta.

3.3.2. SISTEMA DE FILIACIÓN CERRADO.

En contraposición al sistema de Filiación Abierto, en este sistema, la relación padres - hijo o paterno - filial, pierde importancia cuando el hijo reconocido solo por el padre o la madre, llega a la edad adulta; o de otra forma se prefieren los vínculos filiales ya establecidos, aunque no sean los reales; dando prioridad a la protección de la familia.

De esta forma, el Sistema de Filiación Cerrado evita toda investigación acerca del origen biológico del hijo que ha sido reconocido solo por uno de sus progenitores, sea por el padre o la madre, dando prioridad a la protección de la familia: es decir a la intimidad que debe haber en el seno del grupo familiar ya constituido. En este Sistema, se fijan ciertos presupuestos de acción, que si se acreditan, permiten al Juez considerar probado el vínculo biológico y a falta de ellos no se intenta la prueba de este fenómeno.

Consideramos que debe mantenerse una posición de equilibrio, es decir, respetando la

²⁹ ZANNONI Eduardo, BOSSERT Gustavo “Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad”, Pág.158

intimidad familiar, pero a la vez sin coartar el derecho que tiene la persona de investigar y saber su origen biológico que se traduce en la filiación por naturaleza. Para ello, en materia familiar existen mecanismos legales como la impugnación de la filiación en caso de suposición de parto o sustitución del hijo, esta acción puede intentarla el hijo para establecer la filiación que verdaderamente le corresponde, con arreglo a los medios de prueba, según lo estatuye el artículo 193 del Código de Familia boliviano.

La C.P.E., se pronuncia en dos sentidos; es decir, confiere al Estado la protección de la familia, maternidad y matrimonio, tal cual los dispone el artículo 193.; así como estatuye que la filiación se demuestra por todos los medios de prueba (artículo 195).

Entendemos que la protección dada a la intimidad familiar en el sistema de Filiación Cerrado, se funda en su protección contra terceros que pretendan «investigar los orígenes o ponerlos en duda.

4. PRINCIPIOS SOBRE FILIACIÓN.

4.1. PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLÓGICA.

siguiendo la tendencia de este principio, para Soto³⁰ la esencia original de la filiación es el vínculo biológico, pues a través del, los hijos se

³⁰ SOTO LA MADRID Miguel Angel, “biogenética, Filiación y Delito”, Págs.46-47

identifican con sus progenitores. Es por ello que el legislador, al hacer presunciones que conduzcan al vínculo paterno filial; o al reglamentar su investigación e impugnación, hace referencia a fenómenos que suponen la identificación cromosómica entre padres e hijos.

Se entiende que para el legislador no resulta difícil suponer quien es el verdadero progenitor; lo difícil es demostrar positivamente la vinculación biológica. Para lo cual existen pruebas biológicas que demuestran o desvirtúan la paternidad. En ese sentido, el progreso de la Medicina y la Ciencia ha influido decididamente para determinar la filiación, cuando a través de estas pruebas se descubre al padre genético. Por consiguiente, el nexa biológico, como aportación apreciable de la Ciencia, permite no recurrir a presunciones, o hace que las mismas admitan prueba en contra.

El principio de la verdad biológica juega un rol fundamental en la determinación judicial de la filiación, ya que el juez puede decretar de oficio que se practiquen las pruebas biológicas. Al respecto, el código de Familia en sus artículos 206 y 207 regula la declaración judicial de la filiación paterna, señalando que la misma admite todos los medios de prueba, se supone que la previsión incluye a las pruebas biológicas. Sin embargo, tratándose de la determinación extrajudicial de la filiación, toda presunción admite prueba en contra, incluso aquella basada en el vínculo biológico que niega una filiación determinada.

4.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

De acuerdo con este principio, se consigna la igualdad, de derechos de los hijos, que se exterioriza en el derecho al reconocimiento por parte de sus progenitores, así como a la determinación de su verdadero origen.

Siendo que todas las filiaciones producen los mismos efectos, como: derecho de alimentos, derechos sucesorios, hermandad o parentesco entre los hijos, etc., para evitar toda discriminación entre los hijos cuya filiación sea de unos matrimonial, mientras que de otros extramatrimonial surge el principio de igualdad. La manifestación práctica de esta igualdad consiste en la irrelevancia que la filiación acaezca dentro o fuera del matrimonio.

4.3. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA.

Como ya analizamos al enfocar el Sistema de Filiación Cerrado, su fundamento consiste en la protección de la intimidad familiar. Precisamente esa protección dada al núcleo de la familia se constituye en principio fundamental de la filiación. El fin perseguido en este principio es restringir el ámbito de acción del principio de la verdad biológica, protegiendo a la familia contra las acciones que pretendan impugnar la paternidad matrimonial ya establecida

Ya mencionamos que el Sistema de Filiación Cerrado exige el cumplimiento de determinados presupuestos de acción fijados por el Juez para la procedencia de toda impugnación contra determinada filiación, en este caso, la veracidad de los hechos en que se funde dicha acción de impugnación. Es por ello que la protección a la familia se centra en la estabilidad de los vínculos de filiación ya establecidos, aunque la realidad biológica diga lo contrario, prueba de lo dicho se encuentra en los casos de personas ya adultas cuya filiación señala como sus progenitores a los padres adoptivos, mas no a sus verdaderos "padres biológicos".

4.3.1. LA VOLUNTAD COMO FUENTE DEL VÍNCULO PATERNO - FILIAL.

La doctrina ha incluido a la voluntad como otra fuente de la filiación, además del vínculo biológico. El autor de esta teoría, Diaz de Guijarro³¹ fundamenta su posición afirmando que la filiación, más que un hecho jurídico familiar, es un acto jurídico familiar, porque solo existe cuando se manifiesta la voluntad en .e][reoncimiento del hijo;, y solo a falta de la misma surge la declaración judicial que atribuye las consecuencias de lo biológico.

Sostiene que la voluntad es la base de la relación jurídica filial; pero también reconoce otra especie de voluntad que llama

³¹ DIAZ DE QUIJARRO Enrique citado por Sotot La Madrid Miguel Ángel Ob. Cit. Pág.67

"voluntad procreacional", es decir aquella que se exterioriza antes del hecho biológico, cuyo fin es la unión sexual con la intención de procrear, e incluso en la voluntad procreacional sin unión sexual. Atendiendo a esta última, Guijarro la considera como fundamento para la declaración jurídica de la filiación.

Para ilustrar su Teoría cita dos ejemplos; tratándose de un hombre que se casa con una mujer embarazada, sabiendo esto asume la condición de padre, del hijo que espera su mujer, que no es hijo suyo. Por lo tanto, este hombre está asumiendo una voluntad procreacional, de donde deriva la condición de padre de ese hijo que espera su mujer.

En el otro caso, cuando el marido perdona el adulterio de la mujer, tomando así la condición de padre. Por lo expuesto, se infiere que la adopción es la expresión de la voluntad como fuente del vínculo paterno filial, siendo la única excepción, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas al principio de que el vínculo paterno -filial solo procede del factor genético, o de otro modo, de sangre, sobre el punto, Soto³² considera que aún en este caso, el legislador impone condiciones que asimilan el vínculo adoptivo al derivado de la descendencia biológica, como: diferencia de edad, entre el

³² SOTO LA MADRID Miguel Angel, Ob. Cit. Pág.67

adoptante y adoptado, vinculación parental amplia con la familia (si es adopción plena), y la disposición que ordena omitir datos del origen genético a raíz de la adopción en las actas de nacimiento.

Nuestra crítica a la Teoría se fundamenta en que solo debe aceptarse a la voluntad como fuente del vínculo paterno filial en el caso de la adopción, pues este tipo de filiación emerge por disposición de la Ley, que consolida y determina la voluntad de la que pretende asumir la paternidad de un hijo, otorgándole la calidad de padre con todos los derechos y obligaciones correspondientes.

5. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO DE FAMILIA.

Sin duda, el principio de "igualdad" al que nos referíamos líneas atrás se manifiesta en nuestro Código de Familia. Es decir, que este cuerpo de leyes considera la igualdad ante la Ley, tanto del hijo matrimonial, como del extramatrimonial; esta igualdad significa que el estado de hecho o unión libre formada al margen de la ley tiene la misma significación jurídica que el estado de derecho, o sea, el matrimonio.

Esta filiación sin distinciones entre los hijos, rigió en Bolivia antes de la República española, cuya Constitución de 1.831, en su artículo 43 declara que los padres tienen con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él.

Jiménez de Asúa³³, de igual forma puso de relieve la primacía del concepto de filiación independientemente de las circunstancias en que e "lía aconteciere, al señalar que a los Estados les debe interesar la paternidad y filiación, con independencia del matrimonio.

De esta forma, la constitución de la República Española de 1.831 sirvió como basamento para mi legislación familiar en establecer la igualdad de deberes de los padres con todos los hijos, sean estos dentro o fuera del matrimonio. Además de ello, también establecía la prohibición de expresar el origen del nacido al momento de inscribirlo en el Registro; por consiguiente la igualdad era tanto de deberes de los padres con los hijos, así como de derechos entre los mismos hijos, sin importar el origen de su procedencia.

Como consecuencia de esta previsión legal, desde la Constitución de 1.938 nuestro ordenamiento jurídico no reconoce, como en otras legislaciones, entre ellas la chilena, las distinciones entre filiación legítima, ilegítima o natural, con la secuela de subdistinciones, entre hijos naturales, e hijos simplemente ilegítimos. Con estos antecedentes, el Código de Familia se ocupa de la filiación aplicando los principios establecidos por la Constitución de la República española de 1.831. Así el Libro segunrjo destina un capítulo único donde regula a la filiación de manera general, a partir del artículo 173 y siguiente.

Al respecto consigna la igualdad de derechos y deberes de todos los hijos aspecto a sus padres, sin tomar en cuenta

³³ JIMENEZ DE ASUA, citado por Morales Guillén Carlos, Ob. Cit. Pág.338

su origen. También consagra como derecho fundamental de los hijos el establecer su filiación paterna y materna y suprime la antigua clasificación que se destinaba a la filiación, al eliminar del vocabulario jurídico lo que se entiende por filiación legítima, ilegítima o natural. Prueba de ello, prohíbe su uso tanto a particulares, como especialmente a los funcionarios públicos, en actos oficiales y privados. En síntesis, determina que para nombrar a los hijos, basta hacerlo por sus nombres y apellidos, sin agregar otra mención, es decir, sin especificar su origen.

Finalmente, establece que la filiación es el fundamento de los derechos y deberes de los hijos. Por consiguiente, confirma lo preceptuado en la Constitución española de 1.831 acerca de la igualdad de deberes de los padres con los hijos. Coincidimos en que la filiación resume los derechos y deberes de los hijos, es el nexo o punto de partida de los mismos, pues está haciendo referencia a la relación padre - hijo, con todas las implicaciones legales que conlleva, entre ellas los derechos de los hijos, como su manutención y educación durante su minoridad a cargo de los padres, el derecho a heredar, etc.

Así como sus deberes, es decir, el respeto y obediencia para con sus padres, adquirir una profesión u oficio útil a la sociedad, dar asistencia a sus padres; según lo dispone el Código de Familia. Se entiende que los derechos de los hijos suponen los deberes de los padres para con ellos, y a la inversa, los deberes de los hijos, se traducen en los derechos que tienen los padres para con ellos.

La tendencia del Código de Familia es ampliamente proteccionista de la familia, la paternidad y maternidad. En concordancia con él, la C.P.E., (artículo 193) señala la protección por parte del Estado de que son objeto el matrimonio, la familia y la maternidad; además de consagrar constitucionalmente la igualdad de derechos y deberes de los hijos para con sus progenitores (artículo 195).

5.1. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN.

De modo general; el Código de Familia regula tres clases de filiación: filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva o por disposición de la Ley.

5.1.1. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

La filiación matrimonial, comprendida en el Libro segundo Capítulo I es regulada a partir del artículo 178 y siguiente. En ese sentido, el principio rector señala que "el hijo concebido dentro del matrimonio tiene por padre al marido de la madre". A partir de esta disposición jurídica se establecen una serie de presunciones, como la concepción del hijo dentro del matrimonio, estableciéndose un plazo para ello, es decir que el hijo debe nacer después de 180 días siguientes a su celebración, o dentro de los 300 días posteriores a su disolución ó invalidación.

También es objeto de tutela jurídica el caso de conflicto de paternidad, cuando el hijo de la mujer puede atribuirse legalmente a dos maridos sucesivos. En tal caso se admiten los medios de prueba con el fin de acreditar la filiación paterna de ese hijo. En esta previsión se observa la manifestación del Sistema de Filiación Abierto, cuyo fundamento es determinar el verdadero origen biológico de la persona, identificando a la misma con sus progenitores, a través de cualquier medio de prueba, el más idóneo que esclarezca el vínculo paterno - filial.

Respecto a la prueba de la filiación matrimonial el artículo 181 y siguiente estatuyen que la misma puede probarse por diversos documentos, entre los que menciona: el certificado de nacimiento, sea mediante testimonio de la partida de nacimiento, y el certificado de matrimonio de los progenitores. Sin embargo, a falta de la partida de nacimiento, la filiación puede probarse con la posesión de estado, es decir "el conjunto de hechos que de acuerdo a las circunstancias sean suficientes para demostrar la existencia del vínculo de filiación entre el que se tiene como hijo y quien se señala como su padre o madre", sobre el punto conviene mencionar los requisitos necesarios para que exista la posesión de estado:

- El nomen: Quien alega la posesión de estado debe demostrar haber llevado siempre, el apellido del padre al cual pretende pertenecer.

- El tractus: O sea, que ese presunto padre lo haya tratado como a su hijo.

- La fama: Es decir, la voz pública en el sentido que todo el mundo, sus familiares y los extraños lo hayan tenido siempre por tal hijo, porque así fue presentado.

De todo ello se desprende que la posesión de estado no ha sido creada por la persona, sino por un conjunto de hechos ajenos a ella.

Es oportuno mencionar que la filiación, matrimonial es "inatacable", es decir, que no puede modificarse cuando coinciden las partidas del registro y la posesión de estado, por lo que entendemos que constituyen plena prueba de la misma, sin admitir la impugnación en su contra.

No obstante ello, la legislación familiar admite una excepción, se puede impugnar aquella filiación, aún habiendo conformidad entre las partidas del registro y la posesión de estado, cuando hubo suposición de parto o sustitución del hijo, dicha impugnación puede

hacerla tanto el hijo como terceros. Se entiende por suposición de parto a la falsa maternidad a la que apelan las mujeres casadas que no tuvieron hijos, con el fin de tenerlos, pero solo en apariencia. De la misma manera que se emplea la "simulación" de un contrato, para aparentar ante terceros su celebración real, así también se aparenta la concepción y el nacimiento del hijo. En el caso de la sustitución, se intenta reemplazar a un hijo por otro, favoreciendo al sustituto con la titularidad de derechos que no le corresponden, en razón de que sus progenitores verdaderos son otros. Finalmente, el código de Familia determina la exclusividad de la judicatura familiar para conocer las acciones sobre filiación.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que el "principio de la verdad biológica" juega un rol preponderante en lo que hace a la filiación matrimonial. No otra cosa se puede decir cuando el Código de Familia admite todos los medios de prueba para determinar el vínculo paterno filial en caso de haber conflicto de paternidades, entre estos medios probatorios, obviamente están las pruebas biológicas. De forma análoga, se concede al hijo la acción de impugnación de la filiación, cuando hubo suposición de parto o sustitución del hijo con el fin de que acredite por medio de las pruebas pertinentes, entre ellas preponderantemente las biológicas, a objeto de demostrar cual es el verdadero vínculo paterno - filial que lo

une con sus progenitores. Hacemos referencia a las pruebas biológicas, en razón de su bajo margen de error.

5.1.2. LA FILIACIÓN EXTRA - MATRIMONIAL.

Otra clase de filiación prevista en el Código de Familia es la filiación extramatrimonial establecida en el Libro Segundo, Capítulo II, que se ocupa "De los hijos del padre y madre no casados entre sí". A diferencia de otras legislaciones el Código de la materia no hace distinciones respecto al origen de los hijos como ya mencionamos, se ha suprimido la antigua -Gasificación entre filiación legítima, ilegítima o natural a partir de la Constitución de 1.938.

El artículo 195 y siguiente especifica las diversas formas de reconocimiento para los hijos nacidos fuera del matrimonio. En primer lugar, figura el "reconocimiento expreso", que se hace en la partida de nacimiento del registro civil o en el libro parroquial, ante el oficial o párroco. También puede hacerse en instrumento público o testamento o mediante declaración jurada ante el Juez de Familia otra forma de realizarse es en documento privado debidamente reconocido ante dos testigos.

En el "reconocimiento tácita" existe una declaración o manifestación hecha en acto o documento pública que persigue otra finalidad, pero de cuyo resultado queda admitida la filiación.

También se da la posibilidad del "reconocimiento por separado" especificando que solo produce efectos respecto al progenitor que lo hizo, es decir según sea hecho por el padre o la madre. Además este reconocimiento es irrevocable.

Entre otros figura el "reconocimiento hecho por mujer casada y por el menor de edad". En el primer caso, la mujer casada puede reconocer al hijo nacido antes y durante su matrimonio, siempre que haya prosperado la acción de negación o desconocimiento de paternidad; en el segundo caso el menor puede reconocer a su hijo sin requerir autorización, siempre que haya llegado a la edad matrimonial. También se ha previsto el "reconocimiento de hijos concebidos y premuertos" para beneficio del cónyuge y descendientes. Tratándose del "reconocimiento del hijo mayor de edad", este último debe expresar su asentimiento y en caso de haber fallecido deberán consentir su cónyuge o descendientes, si los hubiere.

En el "reconocimiento del hijo fallecido", el padre o madre que lo reconoce no pueden atribuirse los derechos sucesorios del primero, ni tampoco otros beneficios, sino solo cuando el hijo gozó en vida de la posesión de estado. Finalmente la legislación familiar faculta al hijo o a cualquier interesado para impugnar el reconocimiento, excepto si pasaron cinco días desde que se practicó. La posesión de estado también puede hacerse valer por el hijo proveniente de esta unión para establecer su filiación, si no fue reconocido por sus padres.

Nuestra legislación familiar también ha previsto el caso en que el hijo no cuente con la debida posesión de estado, ni tampoco con el reconocimiento de sus padres; por consiguiente, se admite para esta situación la "declaración judicial de paternidad, y maternidad", cuya regulación se contempla en el artículo 206 y siguiente.

Se comprende que el objeto de la institución judicial de la filiación paterna y materna radica en no dejar en desamparo y desprovistos del vínculo paterno - filial a los hijos que no tienen prácticamente ningún vínculo paterno - filial a los hijos que no tienen prácticamente ningún antecedente a su favor. Prueba de ello, se faculta al hijo para el ejercicio de esta acción, e incluso se tiene prevista la circunstancia de

su ignorancia o motivos de fuerza mayor por los que no haya podido reclamar su filiación oportunamente, pudiendo hacerlo contra los herederos del presunto padre, siempre que no pasen más de dos años de su muerte.

Nuevamente se demuestra la predisposición legislativa a la aplicación del "principio de la verdad biológica", pues para demostrar la paternidad o maternidad, se admiten todos los medios de prueba, donde las pruebas biológicas juegan un papel determinante a la hora de comprobar la paternidad o maternidad en la relación jurídica filial.

Insistimos en la primacía e importancia de las pruebas biológicas, porque los casos en que procede la declaración judicial de paternidad lo ameritan. El Código de Familia establece los casos en que puede demandarse la declaración de paternidad que es: raptó, violación, seducción con promesa de matrimonio, o de cualquier forma, cuando ese hijo sea producto de relaciones sexuales de la madre en la época de su concepción, y exista dolo o fraude previos al contacto carnal. De igual forma, tratándose de la declaración judicial de maternidad, son admitidos todos, los medios de prueba,- para acreditar la identidad del supuesto hijo con relación a la mujer señalada como su madre.

5.1.3. LA FILIACIÓN ADOPTIVA.

Finalmente, nuestra legislación familiar reconoce una tercera clase de filiación: la filiación por adopción. La adopción se encuentra reglamentada por el Código de Familia en el Título III, Capítulo I. Sin embargo, desde la puesta en marcha del nuevo código del Menor, según Ley No. 1403 de 18-12-92, se le ha dado un nuevo tratamiento. Así existe una diferencia de conceptos: Para el código de Familia la adopción "Es el acto de autoridad judicial que atribuye la calidad de hijo del adoptante al que lo es originariamente de otras personas". (Artículo 215).

El nuevo enfoque de la adopción en el Código del Menor la conceptúa como: "una institución jurídica, mediante la que se atribuye la calidad de hijo del adoptante, al que lo es naturalmente de otras personas. Esta institución, se establece en interés superior del adoptado". (Artículo 63).

Como se puede apreciar, la innovación señalada consiste en que ya no se la considera como el "acto de autoridad judicial", sino más bien se trata de una "institución jurídica" en función al interés superior del adoptado. Fuera de esta distinción; entendemos que la esencia del concepto es la misma; la adopción da la

calidad de hijo al que lo es biológicamente de otras personas.

Entre los otros cambios previstos en el Código del Menor, figuran los requisitos exigidos al adoptante, como su edad (25 años) y tener 15 años de diferencia con el adoptado (artículo 70). Además, respecto al adoptado, se suprime la prohibición habida en el código de Familia de que sea casado o tenga hijos, bastando la autorización de sus padres, tutores o personas de las que dependa y su edad: menor de 18 años.

Lo que se conocía en el Código de Familia como la "arrogación", ha sido sustituida por el código del Menor con la "adopción plena".

El tratamiento jurídico que el Código del Menor da a la adopción plena asimila al adoptado como hijo matrimonial, manteniéndose la reserva del trámite, esto es, prohibiéndose la exhibición del expediente o testimonio de piezas insertas en él a personas extrañas. Por otro lado, el Código del Menor (artículo 67) coincide con el Código de Familia regula la conversión de la adopción simple en adopción, plena, cuando el menor abandonado, huérfano, etc., no haya cumplido los 6 años. Esta conversión, bajo el enfoque del Código de Familia suponía el cambio de la adopción a la arrogación.

En mérito a lo explicado, nuestra legislación incluye a la adopción como otra clase de filiación, es decir que por disposición de la Ley, el hijo ajeno, cuyo origen biológico lo vincula a otros padres; adquiere la calidad de hijo matrimonial, con todos los derechos que le corresponden.

6. EL NOMBRE EN LA FILIACIÓN DE LAS PERSONAS.

Al analizar los Derechos de la Personalidad, nos hemos referido al nombre como aquel atributo de la personalidad que permite individualizar a la persona, distinguiéndola de las demás. También mencionamos que se halla compuesto por elementos fijos y contingentes; los primeros llamados así por su inmutabilidad, y los segundos, contrariamente, por su posibilidad de cambio.

En materia de filiación, toda persona tiene dos nombres: el prenombre o "nombre de pila", y el apellido o "nombre patronímico", también conocido como "nombre de familia".

El nombre de pila es intransmisible, es decir que no puede transmitirse de padres a hijos en cada generación. Por el contrario, el apellido o "nombre de familia, es el distintivo -de familia, por lo tanto hereditario, pues se transmite de padres a hijos. Por lo dicho, la filiación contempla tanto al nombre de pila, como al apellido de las personas, en ese orden cronológico.

Sin embargo, para efectos de la filiación, es necesario analizar al apellido con mayor detenimiento. La regla general es que el hijo lleva el apellido con mayor detenimiento. La regla general es que el hijo lleva el apellido o apellidos de los progenitores, respecto a los cuales se halla establecida su filiación, así lo establece el Código de Familia en su artículo 173, inc. 1°.

No obstante ello, la filiación varía en el uso del apellido; así en la filiación matrimonial, los hijos llevan el apellido del padre, al que, por lo general le sigue el apellido materno.

En la filiación extramatrimonial, es decir, cuando se trata de hijos cuyos padres no están casados entre sí, hay que distinguir tres casos:

- Cuando el hijo es reconocido solamente por el padre o la madre, lleva el apellido de quién lo reconoció.
- Cuando el hijo es reconocido por ambos progenitores, lleva, el apellido de los dos, del padre y de la madre.
- Cuando el hijo no ha sido reconocido por ninguno de sus progenitores, en cuyo caso debiera adoptar el de sus apoderados o el de su elección, en la práctica, la costumbre hace que estos hijos lleven el apellido de la madre, pues es ella quien generalmente lo inscribe en el registro civil.

Tratándose de los hijos adoptivos, los mismos tienen el derecho a usar el apellido del adoptante, ya sea anteponiéndolo al suyo propio, o en su reemplazo. Es necesario distinguir la adopción simple, a la que acabamos de referirnos, de la adopción plena, caso en el cual, el adoptado lleva el apellido de los adoptantes cual si fuera hijo de estos.

Respecto al nombre de pila o prenombre; cualquiera sea la filiación de la persona, ésta puede llevar el nombre o nombres que sus progenitores, o terceras personas le hubiesen puesto al momento de inscribirlo en el Registro Civil, significa que nuestra legislación no comprende ningún tipo de limitación en la elección del nombre de pila.

Siendo el nombre de pila susceptible al cambio; el artículo 9 del Código Civil regula el "cambio de nombre", al establecer que solo puede cambiarse, adicionarse o rectificarse "en los casos y con las formalidades que la Ley prevé".

Por consiguiente, el nombre puede modificarse, esto es, asumir un nombre distinto del originario; o rectificarse, es decir corregir un defecto del que adolece; o adicionarse otro nombre, sólo en los casos previstos por ley y únicamente cuando haya autorización en virtud a una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada. Así lo dispone el artículo 1537 del Código Civil.

6.1. LA FILIACIÓN COMO MEDIO DE IDENTIFICACIÓN

6.1.1. LOS DATOS DE FILIACIÓN.

Hasta ahora nos hemos referido a la filiación y sus diferentes formas de regulación al analizar la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. En todas ellas existe un vínculo que une a la persona con sus progenitores, con la diferencia que en la filiación matrimonial ese vínculo es de sangre, mientras que en la filiación extramatrimonial y adoptiva el vínculo existe por disposición de la Ley.

Sin embargo, existen los "datos de filiación", o sea el conjunto de caracteres físicos y somáticos, rasgos y señas particulares, que sirven para identificar a la persona de modo individual. En efecto, el solo nombre de la persona no es suficiente para identificarla, pues ocurre que muchas otras, aún sin tener el vínculo de parentesco llevan el mismo nombre y apellido. Nos estamos refiriendo a los homónimos.

Esta confusión o falta de identificación puede crear perjuicios, sean materiales o morales. Por ejemplo, cuando una persona debe a otra una suma de dinero, y al no pagar su obligación pecuniaria, el acreedor publica en la prensa el nombre y apellido del deudor, conminándolo al pago oportuno; pero resulta que se ha involucrado por error en la publicación el nombre de otra persona, distinta del deudor; se la está

perjudicando a aquella en su reputación.

Como consecuencia de esta confusión es necesario demostrar la identidad mediante un documento de identificación que la acredite. Al respecto, la cédula de identidad, creada por disposición de la Ley del 10 de diciembre de 1927 sirve única y exclusivamente para demostrar la identidad de las personas. En la cédula de identidad quedan estampadas las huellas digitales, a las que Ossorio³⁴ llamaba las "huellas inconfundibles de la personalidad humana". Por lo tanto, son datos de filiación las huellas digitales, juntamente con la fotografía, el número de cédula de identidad, el estado civil y la fecha de nacimiento.

Pero estos datos de la filiación también se hallan en otros documentos, como el Certificado de Nacimiento, donde figura el sexo de la persona, claro está, además de los nombres y apellidos paterno y materno.

El Pasaporte, como documento de identificación de la persona en país extranjero, también contiene otros datos de filiación, como la estatura, el color de los ojos, cabellos, etc.; los mismos que de igual forma constan en la Libreta de Servicio

³⁴ OSSORIO Ángel. Oh Cit Pag, 12

Militar, con mayor detalle.

7. LEGISLACIÓN COMPARADA.

7.1. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.

La legislación chilena clasifica la filiación en: legítima, ilegítima y adoptiva.

En el caso de la filiación legítima, deben concurrir determinadas circunstancias. En primer lugar, el hijo tiene que ser concebido dentro del matrimonio de los padres; la maternidad de la mujer tiene que estar respaldada por el hecho del embarazo, y el alumbramiento del recién nacido.

En segundo lugar, debe existir la paternidad del cónyuge, es decir, la circunstancia de que el hijo haya sido engendrado por la misma persona que pasa por su padre.

La otra condición para que el hijo sea considerado legítimo consiste en el matrimonio de los padres posterior a la concepción. Esta figura se la denomina "legitimación"; donde, siendo ilegítimos en su origen, adquieren la calidad de hijos legítimos por la fuerza retroactiva reconocida al matrimonio. Esta clase de legitimación se llama "de pleno derecho", según lo dispone el artículo 206.

La otra, es la "legitimación voluntaria", que se otorga mediante instrumento público suscrito por ambos padres a favor de los hijos nacidos antes de su matrimonio.

Respecto a los efectos de la filiación legítima, la ley chilena en sus artículos 30, 214 y 215 determina que son los mismos, tanto para el hijo legítimo, como para el legitimado por el subsecuente matrimonio de sus padres, o sea en la legitimación voluntaria.

En la filiación ilegítima, se hace una subdivisión, distinguiendo entre "hijos naturales" y "simplemente ilegítimos".

El artículo 270 se pronuncia sobre los hijos naturales. Se les da esta denominación, porque en su origen son hijos ilegítimos, a los que la ley les otorga el estado civil de "hijos naturales"; o si no es la ley, adquieren ese estado civil por el reconocimiento voluntario de uno de sus progenitores.

En cambio, a diferencia de los hijos naturales, los "simplemente ilegítimos" son aquellos que no están reconocidos solemnemente, por lo tanto, se ignora quienes son sus progenitores. En ese sentido, la ley les reconoce el derecho a investigar su verdadera filiación.

Al existir la distinción entre hijos naturales y simplemente ilegítimos, se genera discriminación respecto a los derechos de unos y otros. En ese sentido, los hijos simplemente ilegítimos solo pueden reclamar alimentos de sus progenitores. Por el contrario, los hijos naturales, además de este derecho, tienen otros como el derecho a los gastos, de educación y crianza, derechos sucesorios, y en general el derecho a ser mantenidos por sus padres.

Finalmente, el ordenamiento civil chileno reconoce una tercera clase de filiación: la filiación adoptiva.

Al respecto existen dos modalidades: la simple" y la "legitimación adoptiva".

siguiendo la opinión del chileno Rosset³⁵, la adopción simple "Es un acto jurídico destinado a crear entre el adoptante y adoptado derechos y obligaciones establecidos por ley". Los efectos producidos por la adopción simple, se traducen en: el derecho al, nombre, que incluye el apellido del adoptante, derecho a la autoridad paterna sobre el adoptado, derecho a la patria potestad sobre el mismo; derecho de alimentos y derechos sucesorios, pero solo en la sucesión ab-intestato. ,

³⁵ ROSSEL SAAVEDRA Enrique, "Manual de Derecho de Familia" Pág.372

Tratándose de la legitimación adoptiva, hablamos de una institución del derecho civil chileno que concede el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos, al menor que no posee el vínculo biológico con sus legitimantes adoptivos, pero que le otorga los mismos derechos. Esta institución jurídica, procede en beneficio de los menores huérfanos de padre y madre, cuya filiación se desconoce; o en el caso de menores internos en instituciones públicas o. privadas que se hallan desamparados. La finalidad perseguida radica en acoger al menor para darle lo necesario para su desarrollo físico y espiritual.

Otra característica en la legitimación adoptiva es la confidencialidad del trámite, con el fin de no ocasionar conflictos psicológicos al menor si se entera de su verdadera filiación. Por esta razón, el artículo 18 de la Ley 16346 dispone que la sentencia pronunciada a favor de la legitimación adoptiva ordenará la destrucción de la ficha individual del menor y la cancelación de sus antecedentes, como la inscripción de su nacimiento.

En síntesis, como consecuencia de esta filiación, se reputa al hijo como legítimo, adquiriendo los derechos hereditarios y deberes propios de los hijos legítimos.

7.2. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

El Código civil Paraguayo, reglamenta la filiación matrimonial, y extramatrimonial, a la adopción, se le da otro tratamiento, distinto a la filiación.

Respecto a la filiación matrimonial, los artículos 225 y siguientes establecen una serie de presunciones bajo las cuales se consideran hijos matrimoniales a los nacidos después de los 180 días de celebrado el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación. También se asimilan como hijos matrimoniales a los nacidos después de la reconciliación y cohabitación de los esposos, separados por sentencia judicial.

Otra presunción concerniente a los hijos matrimoniales, consiste en que a tiempo de la concepción, sus padres estén casados; o, de otro modo sean reconocidos en el momento de celebrarse el matrimonio. En este caso, la posesión de estado puede suplir al reconocimiento de los padres.

Cuando el hijo nace dentro de los 300 días de disuelto el matrimonio de la madre, se lo considera como hijo matrimonial, aunque la madre lo reconozca hijo extramatrimonial.

La filiación matrimonial se prueba por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil; el certificado de matrimonio de los padres; o a falta de los anteriores, mediante la posesión de estado. En última instancia es bienvenida la prueba testifical.

La filiación extramatrimonial se halla regulada por los artículos 230 y siguientes. En ese entendido, se consideran hijos extramatrimoniales a los concebidos fuera del matrimonio a tiempo de la concepción, sino con anterioridad a ella.

Los padres pueden reconocer a sus hijos habidos fuera del matrimonio, ya sea conjuntamente, o por separado, en este último caso la legislación paraguaya estatuye que el padre reconociente no puede declarar el nombre de la otra persona con quien lo tuvo. El reconocimiento puede hacerse en escritura pública o por testamento.

De la previsión señalada se puede apreciar que su tendencia se orienta hacia el sistema de filiación cerrado, pues, como vemos, se protege la filiación extramatrimonial ya establecida en el reconocimiento hecho separadamente por uno de los padres, prohibiendo expresar el nombre de la otra persona con quien tuvo al hijo. Sin embargo, consideramos que se coarta el derecho del hijo a saber su verdadero origen, al estatuirse dicha prohibición que oculta el nombre del otro progenitor. Entendemos que, por otro lado, protege al hijo contra toda discriminación relacionada a su origen, pues simplemente llevará el apellido del progenitor que lo reconoció, evitando expresar si se trata de hijo legítimo, o ilegítimo, etc., tal como lo hace la legislación chilena.

Respecto a las acciones, sobre filiación, los hijos pueden interponerlas a fin de ser reconocidos por sus padres, en base a ello, se admiten todos los medios de prueba para demostrar la paternidad o maternidad, aunque

ésta última no puede ser impugnada cuando se trata de atribuir un hijo a una mujer casada.

Se admite la impugnación de la filiación en caso de suposición de parto o sustitución del hijo, aunque haya conformidad en el Registro del Estado Civil y los asientos parroquiales.

Finalmente, al referirse a la adopción, la legislación paraguaya le da otro tratamiento, es decir no la enfoca desde el punto de vista de la filiación, sino como otra forma de parentesco entre el adoptado, el adoptante, y la familia de este.

7.3. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

Para el Código Civil peruano, la filiación puede ser: matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. De esta manera se ha suprimido la antigua filiación, que calificaba a los hijos como legítimos e ilegítimos.

La filiación matrimonial se halla regulada a partir del artículo 361 y siguiente. En ese sentido, estatuye que el hijo debe nacer durante el matrimonio de los padres; o dentro de los 300 días siguientes a su disolución. Además determina que se tiene por padre al marido de la madre.

Incluso se presume que el hijo es matrimonial, cuando la madre declara que no es de su marido, o ha sido condenada por adúltera.

La prueba de la filiación matrimonial, al igual que en otras legislaciones, se acredita con las partidas de nacimiento del hijo o de matrimonio de los padres; o a falta de ellas por otro instrumento público.

Cuando no existe ninguna de las anteriores, la filiación matrimonial se prueba por sentencia recaída en juicio donde se demuestre la posesión continua de estado. La ley peruana establece que habiendo conformidad entre la posesión de estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, la filiación matrimonial no admite impugnación.

También se legisla la impugnación de la paternidad o maternidad en la filiación matrimonial. En el primer caso si concurren una serie de circunstancias, como la impotencia absoluta del marido, o la imposibilidad de su cohabitación con la mujer los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo. La maternidad admite impugnación en caso de suposición de parto o suplantación del hijo.

Se reconoce al hijo el derecho a que se declare su filiación, esta acción es imprescriptible.

Por lo expuesto, se evidencia la protección que se otorga a la filiación matrimonial, incluso cuando la mujer admite o reconoce que el hijo no es de su marido, o se la ha condenado por adulterio.

Esta previsión, a nuestro juicio es propia del sistema de filiación cerrado, pues se basa en un vínculo ya establecido en el matrimonio, que consolida la filiación matrimonial del hijo, aún cuando en la realidad provenga de una unión libre, es decir extramatrimonial.

A continuación, los artículos 386 y siguientes reglamentan la filiación extramatrimonial.

En la filiación extramatrimonial están comprendidos los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Es decir que solo existe el vínculo de sangre derivado de una "unión de hecho". Los hijos extramatrimoniales, también son llamados "hijos alimentistas", en virtud a que solo pueden reclamar alimentos del padre que ha tenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.

El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad, son los únicos medios de prueba de esta filiación. Al igual que en la ley paraguaya, este reconocimiento, puede hacerse por ambos padres o separadamente, pero si es por separado, se prohíbe a quien lo reconoció revelar el nombre de la otra persona con quien tuvo al hijo.

Dicho reconocimiento es de carácter irrevocable y no admite modalidades.

En el caso de la declaración judicial de la filiación extramatrimonial, se establecen una serie de requisitos para su procedencia, entre ellos cuando el supuesto padre vivió en concubinato justo en la época de la concepción; o si hubo violación, rapto o retención violenta de la mujer en esta época.

Para demostrar el extremo de la paternidad o maternidad extramatrimoniales se admiten todos los medios de prueba, entre ellos, la prueba de los grupos sanguíneos.

Al igual que en el reconocimiento del hijo hecho por separado; la sentencia judicial que declara la paternidad o maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos, es decir el derecho de alimentos que tiene la madre, así como la indemnización si hubo violación, o promesa de matrimonio.

Finalmente la adopción, figura como la otra clase de filiación reconocida en la legislación peruana. Es decir, a través de este acto jurídico, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante, dejando de pertenecer a su familia consanguínea. Entre los requisitos exigidos para la misma está el consentimiento de los padres del adoptado, la aprobación del juez, la edad del adoptado, así como la solvencia moral del adoptante entre otros.

CAPÍTULO TERCERO

EL CAMBIO DE SEXO

1. EL SEXO COMO PROBLEMA MÉDICO LEGAL.

1.1. LA IDENTIDAD SEXUAL.

La identidad sexual constituye un importante aspecto de la identidad personal, teniendo en cuenta que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. En ese entendido, no podemos prescindir de su tratamiento sin mencionar a la identidad personal, aquel bien, jurídico que consiste en el interés de la persona por afirmar su propia individualidad, es decir, proyectar socialmente su verdad personal expresada en los atributos definitorios de su personalidad, como el nombre, la filiación, la imagen, y la suma de pensamientos, opiniones, comportamientos, actitudes y rasgos psicológicos que la distinguen socialmente.

El sexo conforma uno de los caracteres primarios de la identidad personal. Sobre esta premisa, cuando hablamos de identidad sexual enfocamos al sexo desde dos puntos de vista: de un lado es posible referirnos al sexo desde el punto de vista estático, esto es bajo el enfoque biológico el sexo se identifica por sus caracteres anatómicos y fisiológicas, y por su morfología exterior. En

consecuencia, todos estos caracteres son los que figuran en el registro del estado civil a tiempo del nacimiento de la persona.

De otro lado, existe el enfoque del sexo dinámico, constituido por los hábitos, modales y actitud psicosocial que en suma, conforman la personalidad misma del sujeto.

Sobre la base de lo expuesto, esta doble vertiente del sexo estático y dinámico es generalmente coincidente en cada persona; en otras palabras, al sexo biológico, cromosómico y que figura en el Registro Civil le corresponde el sexo psicológico social o psicosocial.

No obstante lo expresado, excepcionalmente se presentan casos "Sui Generis" que significan situaciones problemáticas en la realidad cotidiana, la ciencia los denomina casos de "Intersexualidad" por la disociación o falta de concordancia entre, el sexo biológico y el sexo psicosocial, quíerese el sexo estático y el sexo dinámico: nos referimos al caso del "transexual".

Una vez hecha la distinción entre la concepción estática y dinámica del sexo, el derecho enfrenta dos problemas que atingen a la identidad sexual:

- a) El primero se centra si se presenta el caso de observarse una manifiesta disociación entre el sexo biológico que figura en el Registro Civil y por otro lado el sexo psicológico social. Al respecto, la doctrina no mantiene una sola

posición, un sector de la misma estima que el sexo es inmutable, esto es, que no cambia y por tanto corresponde al nacimiento de la persona.

Otro sector de la doctrina, contrariamente le otorga preponderancia al sexo psicológico - social, en ese sentido consideran que el sexo no es inmodificable o estático, de otro modo, no es un estado que la persona adquiera de una vez y para siempre.

- b) El otro problema o disyuntiva a la luz del derecho plantea la posibilidad de admitir que la identidad sexual se defina, en última instancia, bajo la concepción dinámica del sexo, es decir, el sexo psicosocial.

Por lo tanto, de verificarse esta posibilidad, correspondería la adecuación del sexo estático al dinámico, al sexo psicosocial con el cual la persona o transexual se identifica plenamente, tanto así que llega a vivirlo existencialmente. Bajo esta hipótesis podemos hablar del "cambio de sexo", consistente en la adecuación de la morfología genital exterior del sujeto en conformidad al sexo sentido y vivido que es el sexo psicosocial.

Consideramos que la identidad sexual se halla vinculada estrechamente con una serie de derechos de la persona, básicamente aquellos inherentes al libre desenvolvimiento de la personalidad, como el derecho a la salud, a la integridad sicosomática, que a su vez atinge a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, los mismos cuyo análisis efectuaremos más adelante.

1.2. FACTORES QUE CONFORMAN LA DETERMINACIÓN DEL SEXO.

Dada la complejidad del sexo, no conviene darle un enfoque unilateral que se limite al factor biológico, sino más bien tener en consideración otros elementos como el psicológico y jurídico social. Sobre el punto, Patti³⁶ señala al sexo como "un dato integral de la personalidad determinado por un conjunto de factores de los cuales deben facilitarse o buscarse su equilibrio". Los especialistas han tomado en cuenta en la determinación del sexo a factores como: el cromosómico, morfológico, gonádico, psicológico, social y jurídico, este último referido al sexo registral.

Nosotros, nos regiremos a los elementos que desde el estricto punto de vista científico determinan en su conjunto el sexo del sujeto³⁷:

³⁶ PATTI Salvatore, citado por Fernández Sessarego Carlos Ob. Cit. Pág.300

³⁷ PERICONE Gracomo, citado por Fernández Sessarego Carlos Ob Cit. Pág.301

- a) El dato cromosómico, constituido por el patrimonio celular que se hereda el instante de la concepción, es decir, los 23 pares de cromosomas, 22 de los cuales son comunes a ambos sexos.

- b) Los caracteres sexuales gonádicos condicionados por los cromosómicos y que consisten básicamente en los testículos y los ovarios respectivamente, determinantes en los caracteres sexuales hormonales y genitales.

- c) Los caracteres hormonales condicionados por la actividad endocrina de específicos órganos anatómicos, como la hipótesis, las glándulas corticosubrenales, gonádicas, estas últimas pueden presentar efectos prevalecientemente femeninos (estrógenos) o masculinos (testosterona).

- d) Los elementos genitales, representados por los caracteres externos, que permiten una primera diferenciación sexual, la que hace posible determinar el sexo del recién nacido para efectos del Registro Civil.

- e) Los elementos anatómicos o secundarios, perceptibles exteriormente como el desarrollo pélvico, la distribución de la velloidad. Estos elementos pueden ser modificados a través de hormonas.

- f) El elemento psicológico que, aunque se halla condicionado por factores hormonales y genitales, es el resultado de vivencias, sentimientos profundos que determinan manifestaciones típicas del género masculino o femenino, la orientación de su sexualidad, así como los hábitos, modales, comportamientos.

Como síntesis de todos los factores mencionados en la determinación del sexo, Perticonne enfatiza que el único elemento de certeza para determinar el sexo biológicamente es el dato cromosómico, inmutable desde la concepción y que no puede modificarse a través de factores naturales o intervenciones externas. Otros científicos dan preminencia desde el punto de vista biológico al sexo cromosómico y gonádico, mientras que el factor morfológico, psicológico y legal influyen en la psiquis y en la vida de relación en general.

En opinión de Perlingieri³⁸, los elementos constitutivos del sexo antes citados no son estables, por lo que debería descartarse una concepción estática o inmutable del mismo.

Finalmente, Finocchiaro³⁹ considera necesario evaluar el conjunto de caracteres para individualizar el sexo, en particular el patrimonio cromosómico, los caracteres sexuales primarios, los caracteres sexuales secundarios, el aspecto psicológico, todos estos que a su vez se hallan condicionados por otros factores:

³⁸ PERLINGIERE, Citado por Fernández Sessasero Carlos Ob. Cit. Pág.304-305

³⁹ FINOCCHARO Mario citado por Fernández Sessarengo Carlos, Ob. Cit. Pág.306

ambientales, familiares, sociales, las intervenciones quirúrgicas, etc.

1.3. DIVERSAS POSICIONES EN LA DETERMINACIÓN DEL SEXO.

En la doctrina se enfrentan diversas posiciones, que ciertamente contrastan en lo tocante a la determinación del sexo, un sector de la misma considera como criterio exclusivo para determinar el sexo, la morfología de los órganos genitales exteriores, es decir, la apariencia física. Para los partidarios de esta posición, el sexo resulta inmutable, es una condición inmodificable de la persona que se adquiere con el hecho del nacimiento; entonces, este planteamiento parte del supuesto básico de la inmutabilidad del sexo originario, de lo cual se infiere la ilegitimidad o ineficacia de las intervenciones quirúrgicas destinadas a modificar el aparato genital externo y adecuarlo a las exigencias psicosociales del transexual varón o mujer.

Las razones que sustentan esta posición doctrinaria parten de los principios de seguridad y certeza jurídicas que deben imperar en las relaciones de la sociedad en cuanto al sexo de las personas.

La propuesta doctrinaria, a nuestro juicio supone asumir un punto de vista estático y unilateral del sexo, privilegiando a lo estrictamente genital y prescindiendo de los otros elementos que hemos mencionado líneas atrás, es decir el psicosocial, hormonal, etc.

De acuerdo con esta posición doctrinaria, lo único posible y lícito sería someter al transexual a un tratamiento médico - psíquico para que afirme su sexo originario, es decir el sexo biológico que corresponde al de su nacimiento y que figura inscrito en el Registro del Estado civil. Por consiguiente, bajo esta óptica solo corresponderían las medidas preventivas y de rehabilitación.

Sin duda, para este sector de la doctrina el transexualismo tiene connotaciones cuyas raíces son resultado de factores psicológicos, ambientales o educativos, que ameritan el tratamiento hormonal o una adecuada psicoterapia tendiente a reafirmar su verdadera identidad sexual, es decir, únicamente el sexo biológico que figura en el Registro Civil.

De otro lado, se sitúa antagónicamente aquel sector de la doctrina que postula que el sexo no es un factor inmutable de la personalidad, sino, por el contrario, se trata de un elemento mutable, dinámico. Para este sector, el sexo no es solo una expresión física o configuración somática, sino, fundamentalmente una actitud psicológica, un comportamiento social que consiste en el convencimiento y vivencia de la persona de pertenecer a un sexo diverso, del que figura inscrito en los registros del Estado Civil.

En consecuencia, sobre estos parámetros, para este sector la adecuación de los genitales al sexo sentido y vivido es un hecho posible y deseable, por lo que debería ser considerado como lícito, fundamentando que se trata de un acto de libre decisión del sujeto, pero, teniendo muy en cuenta el interés de los terceros. Entre los partidarios a este "cambio de sexo", se estima que solo sería la intervención quirúrgica ante el fracaso del tratamiento psiquiátrico, al que debiera someterse el transexual con el fin de determinar si se ha de beneficiar real y efectivamente con la cirugía.

Un tercer sector de la doctrina manifiesta que no debería aceptarse la interferencia de terceros, incluso de la justicia en lo referente a la determinación del sexo. Estiman que corresponde exclusivamente al transexual decidir libremente y en forma personal si se somete o no a determinada intervención quirúrgica de cambio de sexo. Dicho sector se apoya en el respeto a la intimidad de la persona. Nosotros, particularmente no compartimos plenamente esta posición, pues precisamente por razones de certeza y seguridad jurídicas corresponde la intervención obligatoria de la magistratura, teniendo en cuenta que el cambio de sexo interesa al orden público y a las buenas costumbres; si bien la persona del transexual es la que finalmente debe decidir, por encima de su elección personal se impone el interés social de la comunidad.

1.4. DISTINCIÓN ENTRE GÉNERO Y SEXO.

Ya hemos mencionado la complejidad del sexo, en razón del conjunto de factores de orden biológico, psicológico y jurídico - social que interactúan en su conformación.

Sobre esta base, corresponde distinguir al sexo del género. Pellegrini⁴⁰ acertadamente define al sexo como lo estrictamente genital, por sus connotaciones anatómicas y fisiológicas, es decir, por la anatomía funcional del aparato genital. A diferencia del sexo, el género comprende la expresión de la sexualidad, esto es, tiene un contenido conceptual más extenso que comprende todas las manifestaciones del instinto sexual, y todas las normas sociales, jurídicas, religiosas que lo regulan o castigan.

De esta manera, el término sexo se reserva para hacer referencia a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer; mientras que el término "género" se utiliza para identificar las características socialmente construidas, aprendidas en la colectividad o sociedad a la que pertenecen, respecto a lo obligado, lo permitido y lo prohibido para hombres y mujeres y que definen el ser y quehacer femenino y masculino, por todo ello, el género constituye lo que el sujeto hace en el mundo, el trabajo social que desempeña.

⁴⁰ PELLERIN, citado por Fernandez Sessarego Carlos, Ob. Cit.293

Otra diferencia entre ambos radica en que el sexo es perceptible externamente y no varía en las diferentes sociedades, es universal; en cambio el género, que es lo social, varía de una sociedad a otra, de un contexto cultural a otro, lo que se considera femenino en una cultura, en otra puede ser masculino y viceversa, el género no se identifica a simple vista⁴¹.

Sobre la base de la distinción precedente, consideramos que el sexo genital se limita al ámbito biológico, mientras que el género abarca la sexualidad en su conjunto y se relaciona con varias disciplinas médicas, entre ellas: la Psiquiatría, psicología, Endocrinología, etc.

1.5. LOS ESTADOS INTERSEXUALES.

Sin duda, la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad, comprometiendo las actividades del ser humano e identificándolo socialmente.

Como preámbulo a lo que ha de entenderse por estados intersexuales, Stanzione⁴², experto en el fenómeno del trarrsexualismo nos muestra que la distinción entre la masculinidad y feminidad que baja la nueva visión científica no es absoluta ni definitiva; no son valores netamente opuestos, sino grados sucesivos de la sexualidad. En opinión de este autor, la sexualidad masculina y femenina se

⁴¹ ENCUESTRO NACIONAL DE JUEZAS EN BOLIVIA, Subsecretario de Asuntos de Género, Pág.94

⁴² STANZIONE, citado por Fernández Sessarengo Carlos Ob. Cit. Pág.322

diferencia solo en el ámbito cuantitativo y cronológico.

De modo general, la ciencia considera la intersexualidad como "aquellos puntos intermedios entre la masculinidad y feminidad", bajo la hipótesis de que todos los seres humanos encierran en si mismos la posibilidad de tener caracteres de ambos sexos, es decir, el masculino y el femenino. Otros autores consideran la diferenciación sexual por el elemento psicosexual y la capacidad copulativa.

Luego de este preámbulo, corresponde definir a los Estados intersexuales como "aquellos estados donde existe falta de homogeneidad entre los factores biológicos y morfológicos en relación a los elementos psicológicos"⁴³.

Sobre esta definición, los estudiosos norteamericanos clasifican como estados intersexuales a los casos de hermafroditismo y pseudohermafroditismo. De otro lado, los científicos europeo le otorgan un campo más amplio, incluyendo los casos de travestís, los transexuales y hasta los homosexuales.

Cabe resaltar la opinión de Dogliotti⁴⁴, quien discordando con los europeos, no considera al transexualismo como un estado intersexual, pues

⁴³ Ibidem Pág.324

aquel cambio de sexo se produce mediante una intervención quirúrgica externa; mientras que en los casos de intersexualidad, se advierte un cambio por evolución natural,

A continuación, analizaremos cada uno de estos estados intersexuales, a fin de distinguirlos del transexualismo.

Por tanto, el primero, no aspira a modificar sus genitales externos, sino solamente desea superar el estado de ambigüedad, aquella doble sexualidad que no lo define ni como hombre ni como mujer. En ese sentido, la medicina, a través de una intervención quirúrgica le ayudará a definir su sexo, ya sea como varón o como mujer. Como ya se verá más adelante, los ordenamientos jurídicos en general no han puesto obstáculos ni límites para cualquier intervención quirúrgica destinada a determinar el sexo verdadero, conforme a la evolución natural que experimente la persona.

a) El pseudohermafroditismo.

El pseudohermafroditismo, tanto masculino, como femenino representa "la carencia en un mismo individuo de homogeneidad entre los órganos genitales externos y el sexo genético, no obstante predominan las características correspondientes a uno de los sexos⁴⁵.

⁴⁴ DOGLIOTTI, citado por Fernandez Sessarego Carlos Ob. Cit. Pág.315

En el pseudohermatrodifismo, existen varones con expresiones anatómicas propias del sexo femenino, y viceversa. Tales expresiones anatómicas, pueden ser, por ejemplo la distribución de la velloidad, o el desarrollo pélvico, etc.

Esta situación, se diferencia del transexualismo, pues en el no existen anomalías a nivel de la gónada, es decir en la glándula productora de los gametos, o en los genitales externos.

b) El Travesti

Tanto el travestismo, como el transexualismo “Son anomalías que se fundan en una misma condición psicopatológica, es decir, en la desorientación o incertidumbre del rol en cuanto al sexo y al género⁴⁵ Sin embargo, el femenino del travestí reviste una psicopatología más moderada que la del transexual, siendo esta última la más grave y extrema

Otra semejanza entre ambas anomalías radica en el uso de la vestimenta del sexo contrario al originario, con la diferencia que para el transexual, el hecho de usar ropas del sexo contrario, que es el sentido y vivido, no colma su drama existencial, no evita que aspire al ansiado cambio de sexo.

⁴⁵ Ibidem, Pág.326

⁴⁶ Ibidem, Pág.326

Stanzione distingue tres clases de travestís:

En el primer grupo figuran todas aquellas personas que esporádicamente hacen uso de ropas del sexo contrario. Todas ellas comparten la misma característica, sienten, viven y trabajan como cualquier persona de su propio sexo; es decir que no aspiran o desean el cambio de sexo, asumen su sexo biológico originario como cualquier otro sujeto.

Un segundo grupo lo conforman los sujetos que representan un estadio intermedio entre el "travesti" y el "transexual"; se trata de individuos cuya vestimenta les resulta insuficiente para colmar sus aspiraciones, desean alguna otra variación física que los aproxime al sexo contrario, pero sin pretender todavía la modificación quirúrgica de sus genitales.

En el tercer grupo se ubican los verdaderos transexuales, la desorientación de su rol o papel sexual es completa. La persona siente odio por sus propios órganos sexuales, la distribución de su vello, su conformación física, solo esperan que llegue el día en que con la operación del cambio de sexo adquieran su liberación total.

c) El homosexualismo.

Esta clase de anomalía se caracteriza porque "la persona siente atracción por sus

congéneres del mismo sexo, obstante original o biológico⁴⁷.

El transexualismo se diferencia claramente de la homosexualidad, en tanto el último incluye a homosexuales y lesbianas, en el caso de las mujeres. Además, el transexual varón no desea tener relaciones homosexuales, sino más bien una unión con su pareja heterossexual, sólo después de lograda la ansiada intervención quirúrgica de cambio de sexo que le posibilite tener relaciones sexuales normales con un varón⁴⁸.

Hasta aquí hemos hecho referencia a los distintos casos de estados intersexuales, observamos que el problema se plantea fundamentalmente en cuanto al grado o intensidad de vivir total o parcialmente como un ser de sexo distinto al originario, lo que es patente y notorio en el caso que nos ocupa: el transexualismo, cuya problemática abordaremos a continuación.

2. EL TRANSEXUALISMO Y SU RELEVANCIA JURÍDICA.

2.1. CONCEPTO DEL SÍNDROME DEL TRANSEXUALISMO.

Dogliotti⁴⁹ define en pocas palabras el concepto del síndrome del transexualismo: "es el cambio de sexo, el pasaje de un sexo a otro como consecuencia

⁴⁷ Ibidem Pág.329

⁴⁸ CHAVEZ, citado por Fernández Sessarego Carlos, Ob. Cit. Pág.329

⁴⁹ DOGLIOTTI, citado por Fernández Sessarego Carlos Ob. Cit. Pág.315

de intervenciones externas, terapias hormonales".
operaciones quirúrgicas o terapias hormonales

Para Patti y Will⁵⁰, este síndrome se caracteriza por el hecho de que una persona, clasificada desde el punto de vista genotípico y fenotípico dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto, de vivir de la manera que lo hacen los del sexo opuesto".

Sobre estas definiciones, nosotros concebimos este síndrome como el profundo sentimiento del transexual de pertenecer al otro sexo, pese a ser una persona normal, bajo la óptica genética y morfológica, el sujeto quiere modificar quirúrgicamente sus genitales externos, a los cuales no tolera, en busca de obtener el reconocimiento jurídico de su transformación o cambio de sexo.

2.2. PROBLEMÁTICA DEL TRANSEXUAL: SU DRAMA EXISTENCIAL, PERFIL PSICOLÓGICO Y SÍNTOMAS QUE LOS CARACTERIZAN.

Para resumir esta vasta problemática del transexual comencemos indicando que se aprecia un definido contraste o disociación entre el elemento físico, es decir, sus características sexuales exteriores, y el elemento de naturaleza psíquica. Esta es la raíz del mal que lo aqueja, y lo conduce a la angustiada búsqueda de una correspondencia entre su

⁵⁰ PATTI – WILL, citados por Fernández Sessarego Carlos, Ob. Cit. Pág.317

aparición física, a la que califica como "error de la naturaleza", y sus hábitos, costumbres, ademanes y comportamiento en general que es propio del sexo realmente sentido y vivido en la cotidianidad.

Esta tendencia de lograr su propia identidad sexual, a "ser uno mismo", lleva a los transexuales a someterse a intervenciones quirúrgicas de sus genitales, que les mortifican y estorban, para sustituirlos por aquellos que corresponden a su sexo psicológico y costumbres de vida.

El transexualismo, como síndrome se manifiesta desde la infancia a través del comportamiento típico del sexo contrario, es decir, mediante juegos del otro sexo, ademanes, modos de caminar y actitudes que no concuerdan con las propias del sexo biológico, deben resaltar que de acuerdo a los datos de la Medicina Legal el sexo psicológico se adquiere entre los dos y cuatro años de edad.

Llegada la pubertad y adolescencia, la problemática del transexual se agudiza, y se presenta el doble conflicto: en principio, el disgusto por sus propios genitales y atributos físicos en general; y luego el segundo conflicto: la hostilidad del ambiente que se manifiesta en el rechazo y marginación que provocan su aislamiento y el uso de vestimenta con la cual oculte su realidad biológica considerada por el "error de la naturaleza".

Luego, continúa el proceso del transexual, que no se detiene o soluciona con el uso de ropa del sexo opuesto, fenómeno que hemos denominado "trasvestimiento", sino que busca una transformación radical acorde a su convicción o verdad personal: el sexo vivido. Es en ese instante cuando el transexual recurre al médico a fin de someterse a la terapia hormonal y posterior intervención quirúrgica para el ansiado cambio de sexo, concebido como la única opción o recurso del verdadero transexual para superar sus conflictos éticos, religiosos, psicológicos, etc.

La aspiración final del transexual es el reconocimiento jurídico de su nuevo estado en cuanto al género, sea masculino o femenino, y lograr el correspondiente cambio de sexo y prenombre que figure en el Registro del Estado Civil. Por consiguiente, el transexual desea vivir en concordancia con su identidad sexual, la misma que forma parte de la identidad personal. En suma, los síntomas del verdadero transexual pueden resumirse en dos:

- a. El sentimiento profundo de pertenecer al sexo opuesto del que la naturaleza le ha asignado, cuyas características biológicas son normales y constan en el Registro del Estado Civil.
- b. El deseo insuperable de cambiar de sexo a través de la operación quirúrgica, dentro de las posibilidades de la ciencia y además, que se le

reconozca jurídicamente un nuevo estado expresado en un nuevo sexo, y prenombre, consecuencia del cambio de sexo.

Nos parece vital enfatizar que ante estos síntomas, el auténtico transexual no trata de ocultarlos o disimularlos a partir de una toma de conciencia de su conflictiva situación, sino más bien, los pone de manifiesto a través de su comportamiento, al cual ya nos hemos abocado.

3. DESCUBRIMIENTOS CIENTÍFICOS SOBRE LAS CAUSAS DEL TRANSEXUALISMO.

A continuación expondremos los recientes descubrimientos científicos, que demuestran el origen biológico del transexualismo.

En Australia, los científicos han descubierto que en el cerebro, concretamente en el hipotálamo, que comprende órganos importantes como la hipófisis, existen células relacionadas íntimamente con la función sexual de la persona.

Dichas células, ubicadas en una placa del hipotálamo, determinarán la conducta sexual del sujeto, ya sea como varón o mujer, sin que se produzca una variación en el factor cromosómico. En consecuencia, los científicos descubrieron que la alteración de los núcleos de esas células, en detrimento del espacio que ocupa el citoplasma, incidiría en la preferencia sexual de la persona, independientemente de su

constitución cromosómica; entonces los núcleos agigantados alterarían la conducta sexual común o estándar de las personas.

Los científicos aclaran que si bien los cromosomas no se alteran, estarían condicionados por dichas células que agigantadas en su núcleo son determinantes en la preferencia sexual del sujeto, preferencia que no coincide con el sexo cromosómico.

Como síntesis del descubrimiento, los científicos señalan que se trata de un hecho biológico de orden congénito que va madurando con el transcurso de los años, por lo cual, en el caso específico de los transexuales, existiría un componente biológico u orgánico, además del psicosocial. Otra conclusión a la que llegaron fue que el intentar un tratamiento para combatir el engrandecimiento de los núcleos de estas células situadas en el hipotálamo, convertiría a la persona en un sujeto con un comportamiento sexual indiferente⁵¹

Del descubrimiento citado, podemos señalar que el transexualismo tiene una base o cimiento biológico, cuyas consecuencias se expresan en el elemento psicosocial, de ahí que el transexual experimente la vivencia del sexo opuesto al que cromosómicamente le pertenece. Es así que, conforme la Ciencia nos lo demuestra, la conducta sexual se halla condicionada por el engrandecimiento de las células ubicadas en el hipotálamo, aquellas que, sin alterar la constitución

⁵¹ FERNANDE SESSAREGO, Carlos, Ob. Cit. Pág.303-304

cromosómica del sujeto, la condicionan alterando la sexualidad común o "estándar", que en condiciones normales cromosómico.

Corresponde ahora mencionar aquel otro descubrimiento de la Ciencia médica. Se trata de una prueba biológica y objetiva basada en la individualización del llamado "antígeno H-Y", que es un componente glicoproteico de la membrana de la célula masculina exclusivamente.

Los estudios realizados, demuestran que las mujeres dan resultados negativos respecto a la presencia del citado antígeno H-Y. En el caso de los transexuales hombre - mujer no poseen el mencionado antígeno, como sería de esperarse; en cambio, contrariamente si lo tienen los transexuales mujer - varón.

En consecuencia, dichos resultados demuestran a la luz de la ciencia, que la discordancia patente entre el elemento psíquico y el somático, característico del transexual, puede ser comprobado objetivamente como la disociación entre las características externas de un sexo y la presencia o ausencia, según los casos, el antígeno H-Y⁵²

Claramente observamos sobre la base del descubrimiento precedente," la comprobación científica del origen del transexualismo. Siendo el antígeno H-Y propio del sexo masculino, las pruebas han demostrado que el transexual hombre cuyo fin es adquirir el sexo femenino, carece de este antígeno, lógicamente, porque el mismo corresponde

⁵² PATTI WILL, citados por Fernandez Sessarego Carlos, Ob.Cit.Pág.313

al sexo masculino y en este caso el transexual hombre - mujer vive y siente el sexo femenino.

Contrariamente, la mujer transexual cuya aspiración consiste en adquirir el sexo masculino demuestra en las pruebas la presencia del indicado antígeno, lo que confirma biológicamente el sexo vivido, cual es el masculino.

4. EL TRANSEXUALISMO COMO FENÓMENO SOCIAL.

El transexualismo como fenómeno social es conocido desde tiempos antiguos. Existen testimonios de esta inversión psicosexual que se remontan a la época clásica; por tanto, el síndrome del transexualismo no es una expresión exclusiva de nuestra cultura contemporánea, sino que, tratándose de un fenómeno social, debe examinarse en su real perspectiva histórica.

De esta forma, el fenómeno del transexualismo alcanzó notoriedad a comienzos de la década de los años cincuenta, oportunidad en la que se realizó la primera intervención quirúrgica, conocida de "conversión sexual".

Se trató del famoso caso del soldado Christine Jorgensen, quien fue operado por el médico Christian Hamburger. Dicho galeno anunció que el resultado de la conversión sexual había resuelto el cambio del sexo masculino al femenino en la totalidad de sus aspectos: plásticos, anatómicos, sexuales y psicológicos. También señaló haber recibido un total de 483 cartas de distintos países (Alemania, Francia, Italia, Noruega,

etc.), de este número, 375 correspondían a hombres y 108 a mujeres, todos ellos deseaban someterse a una intervención quirúrgica de adecuación de sus genitales exteriores⁵³

El transexualismo como fenómeno social debe ser resuelto por el Derecho, en lo que respecta a su prohibición o aceptación, si se optase por la segunda alternativa, se deberán precisar las reglas de conducta con la finalidad de armonizar y compatibilizar el interés personal del transexual con el interés social de la comunidad, y en especial el interés de la familia, en el ámbito del Derecho de Familia.

Siendo conscientes de la compleja problemática que representa el transexualismo, en nuestra opinión el Derecho requiere para su solución una previa consulta ínter y multidisciplinaria, sobre la cual el Juez y la Ley han de sustentarse para emitir un pronunciamiento ecuaníme.

5. EL CAMBIO DE SEXO.

5.1. ALCANCES DE LA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA PARA EL CAMBIO DE SEXO.

Con la ayuda de la cirugía, el transexual consigue superar la disociación existente entre su configuración biológica de un lado, y su perfil psicosocial, del otro.

⁵³ CHAVES Antonio, citado por Fernández Sessarego Carlos, Ob.Cit. Pág.314-315

Ahora bien, la intervención quirúrgica que supone un medio de liberación para el transexual, implica solo la adecuación de los caracteres sexuales externos al sexo sentido y deseado, mas no logra cambiar el sexo cromosómico.

Conviene describir las características principales de la intervención quirúrgica. Se trata de una cirugía demoledora - reconstructiva de tipo radical y complejo; en el varón, la misma consiste en la remoción de los testículos. La amputación del pene y la formación de una vagina artificial, valiéndose de las partes del pene.

Para completar la transformación, se requiere la disminución de la manzana de Adán y el aumento de los senos a través de implantes de silicona.

En el caso de la cirugía tendiente al cambio de sexo de una mujer a varón, es mucho más complicada, implica suprimir los ovarios y el útero, los senos se reducen en tamaño y se fabrica un pene artificial. Esta operación va acompañada de una serie de recursos o implantes para imitar la erección del pene artificial.

Una vez descritas las características de la operación, respecto a sus alcances es preciso indicar que la operación demoledora - reconstructiva del aparato genital no significa un cambio de la conformación genética y cromosómica

del sujeto, las que se mantienen inalterables después de la operación. En otras palabras, no se opera un cambio total del nuevo sexo, sino tan solo lograría el objetivo propuesto de eliminar la grave discordancia entre los genitales exteriores del sujeto y el sexo realmente sentido y vivido.

Dentro de los alcances de la operación, cabe resaltar que su importancia no reside en última instancia en el cambio del factor cromosómico "Y" por el "X" o viceversa, sino la liberación del conflicto existencia! que supone para el transexual aceptar una apariencia sexual que rechaza en lo cotidiano y el sexo psicosocial que es realmente sentido y vivido con intensidad.

En nuestra posición, frente al conflicto entre el factor cromosómico que el transexual no advierte ni le interesa y él liberarlo de esa situación, corresponde someterlo a una intervención quirúrgica siempre y cuando hayan fracasado todas las terapias psiquiátricas y hormonales destinadas a afirmar su sexo cromosómico o biológico.

6. VALORACIÓN ÉTICA DEL CAMBIO DE SEXO.

El cambio de sexo no es exclusivamente un problema médico legal; debe tenerse en cuenta su valoración ética, consideramos que todas las actividades del hombre son susceptibles de un juicio de valor al respecto.

La doctrina se ha pronunciado ampliamente con relación a esta problemática del cambio de sexo, manteniendo posiciones antagónicas, un sector de la misma que se opone radicalmente a su admisión, considera que es un acto contrario a los dictados de la naturaleza, por lo que resulta éticamente inadmisibile.

Fundamentan su posición señalando que seria un escándalo él tener que admitir la posibilidad de prácticas quirúrgicas utilizadas para satisfacer inclinaciones que no coinciden con el sexo dado a cada cual por la sabia naturaleza.

Por el contrario, otro sector de la doctrina se pronuncia a favor del cambio de sexo, argumentando que la persona puede escoger y decidir libremente su modo de vivir, mientras no cause perjuicio a los demás; es decir, reconocen el derecho de la persona a su propia identidad sexual, sin que ello signifique una actitud reñida con la moral o ética social.

También mencionan que el cambio de sexo constituye un acto de liberación que guarda concordancia con el derecho fundamental a desarrollar libremente la personalidad, para así obtener equilibrio y bienestar psicológico en el marco de la propia identidad.

Para nosotros, ambas posiciones, tanto la contraria, como la favorable responden a una postura o valoración subjetiva, es decir, a la particular visión del hombre,

a una determinada concepción del mundo; que consideramos debe variar de acuerdo a la libertad de pensamiento de cada persona.

En nuestro particular punto de vista, haciendo una valoración ética del cambio de sexo, consideramos que lo importante y ético es conciliar el interés personal del transexual con el interés social y el interés público, es decir, el cambio de sexo no debe estar librado única y exclusivamente al arbitrio de la persona, sino que debe haber ese control social que tutele el interés de terceros, a quienes puede afectar una modificación del sexo, al orden público, que implica la necesidad de que exista certeza en las relaciones jurídicas.

Debemos tener presente el drama humano que encierra al transexual, su propio cuerpo, su morfología exterior que le impide vivir de acuerdo a su íntima convicción. La Ciencia y el Derecho deben actuar coordinadamente intercambiando criterios para ayudar al transexual a ser como ellos "decidieron ser", es decir, colaborando con ellos para que superen la disociación del cuerpo o somática y la psíquica. Nuestro criterio se orienta a autorizar legalmente la intervención quirúrgica, luego de un proceso judicial, una vez que se haya comprobado la ineficiencia de los tratamientos médicos, psiquiátricos y hormonales tendientes a reafirmar su sexo biológico u original.

Se les debe dar la oportunidad de insertarse a la sociedad y realizarse tal como son, consideramos que lo moral es vivir honestamente, sea como varón o como mujer, y no ser aparentemente un varón, mientras que el comportamiento social, visible y perceptible por todos

sea el del sexo opuesto. Es posible que la persona viva honestamente, y a la vez sin perjudicar el interés de los demás, en nuestra opinión no debe haber discordancia entre la conciencia de la propia persona y su verdad personal, aún cuando ello implique ir en contra de los cromosomas o la genética.

Tampoco es cuestión de dejar el problema al mero criterio subjetivo del juzgador, sino realizar una adecuada valoración de los intereses en juego, teniendo presentes los principios generales de la Constitución.

6.1. Posición Favorable a la Admisión del Cambio de Sexo.

Sin duda, el problema del cambio de sexo se plantea en el marco de aquellos derechos que sirven de sustento jurídico, nos referimos al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el derecho a la salud, el derecho a la propia identidad sexual; y también, en consideración de aquellos otros con los cuales entra en contradicción: el derecho a la integridad psicosomática, el derecho a procrear, el orden público y las buenas costumbres, que constituyen el límite social.

Dentro de esta posición favorable a la admisión del cambio de sexo, la doctrina propugna sé legalización que derivará en la modificación del prenombre, amparándose en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en este específico caso del transexual, quien está

convencido de pertenecer al género contrario del que figura en su nacimiento, siempre que esta mutación de sexo no agrave el derecho de los demás. Consiguientemente, afirman que tratándose de un hombre o de una mujer soltera, el cambio de sexo no ofende problemas de orden social.

Para este sector, dentro de la libertad personal se encuadraría el derecho de cada persona a que se le reconozca su identidad sexual, la misma que vendría a ser su verdad personal, su manera de ser.

Otro fundamento de esta posición es el derecho a la salud integral que tiene el transexual, su desequilibrio emocional y el drama íntimo suponen la ausencia total de un estado de salud integral, de bienestar psíquico. Entonces, la adecuación de la identidad sexual, permitirá al su verdad personal socialmente.

En suma, el sector de la doctrina que se muestra favorable a la admisión del cambio de sexo, no considera al sexo como una fatalidad biológica, inmodificable, sino fundamentalmente una opción existencial.

Teniendo esta posición favorable al cambio de sexo, coincidimos plenamente con la doctrina, apoyándonos en el derecho que tiene el transexual al libre desenvolvimiento de su personalidad, el derecho de libertad, supone la posibilidad del ser humano de poder hacer todo lo que está jurídicamente permitido, y que no esté expresamente prohibido, es

decir, siempre que no atente contra intereses ajenos o el interés social, y no signifique un abuso del derecho.

La persona, en pleno ejercicio de este derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, puede optar por el sexo al cual está convencido de pertenecer, no obstante la invariabilidad del sexo cromosómico.

La Constitución peruana reconoce el derecho que tiene la persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, por tanto, el derecho a la identidad sexual se halla inserto dentro de este amplio marco referencial. Encontramos en la libertad personal un sustento jurídico para el cambio de sexo, el cual supone también un cambio en la identidad dinámica, es decir, el comportamiento, modales, hábitos, costumbres, así como en la identidad estática, representada en la modificación del prenombre en el Registro Civil.

Respecto al derecho a la salud del transexual, es de nuestra opinión que la intervención quirúrgica destinada a superar la disolución o discordancia entre lo somático y lo psíquico, contribuye a devolverle la salud integral. En ese marco, consideramos favorable la operación del cambio de sexo, claro está, y lo reiteramos siempre que no hayan resultado positivas las terapias psiquiátricas y hormonales.

No debemos perder de vista que frente al derecho

subjetivo del transexual se halla el correspondiente y recíproco derecho de los demás, el cual representa un deber para el transexual facultado, es decir, para el transexual

En otros términos: el derecho de los demás es el deber del facultado, este derecho de los demás se halla representado por el interés social, y principalmente por el orden público y las buenas costumbres. Podemos simplificar jurídicamente nuestra afirmación, citando el conocido principio: "El derecho de uno termina donde comienza el derecho de los demás".

En consecuencia, ante el derecho subjetivo del transexual, existen deberes genéricos, que son los derivados de principios generales del ordenamiento jurídico, y deberes específicos referentes a cada institución jurídica.

6.2. Posición Contraria a la Admisión del Cambio de Sexo.

Los adversarios a la admisión del cambio de sexo, se oponen de manera tajante arguyendo que se trataría de una involución sexual del sujeto, en el entendido que la desviación del transexual es una cuestión más patológica. Por ello la intervención quirúrgica resulta irrelevante, pues solo constituye un simulacro o una simple apariencia en cuanto a los órganos sexuales externos.

Entre los opositores se sostiene que dicha intervención quirúrgica, jamás supondría un verdadero cambio de sexo, por lo que señalan como único instrumento, frente al caso del transexual, una eficaz profilaxis que estabilice psicológicamente el sexo originario⁵⁴.

Por otra parte, rechazan el cambio de sexo bajo la justificación de que el derecho a la libertad personal, supone en el sujeto un deber frente al derecho de los demás. Por consiguiente, la libertad tiene claras limitaciones, ya sea en el interés social, orden público y buenas costumbres.

Con relación al orden público, este sector manifiesta que un cambio de sexo atenta contra la certeza que se requiere en la identidad personal. Dicha certeza se vería afectada, al no haber concordancia entre el sexo originario, que figura en el Registro del Estado Civil; y el nuevo sexo, como consecuencia de la intervención quirúrgica de cambio de sexo.

De otra parte, el argumento ético que fundamenta el rechazo al cambio de sexo, tiene su basamento en lo concerniente a las buenas costumbres, las que en opinión de los opositores deben regir la convivencia humana.

⁵⁴ CARUSO, Citado por Fernandez Sessarego Carlos. Ob. Cit. Pág.346

Finalmente, los opositores descartan el cambio de sexo, al considerar las intervenciones quirúrgicas atentatorias a la integridad física del sujeto, causando en él una disminución grave y permanente.

En suma, los opositores al cambio de sexo niegan toda prevalencia del sexo psicológico, limitándose a reconocer únicamente la existencia del sexo originario, que consta en el Registro del Estado Civil.

Respecto a las buenas costumbres, por tratarse de una valoración ética, en opinión nuestra, ella depende del consenso y los criterios mayoritarios en una sociedad dada.

Es decir, consideramos que el rechazo al cambio de sexo por atentar contra las buenas costumbres, depende del criterio imperante en cada comunidad y en cada época, donde sin duda, habrá opiniones compartidas según la concepción que se tenga del mundo.

Con relación a la negación del cambio de sexo, por atentar contra la integridad física, consideramos que las intervenciones quirúrgicas, si bien privan de una función importante, cual es la función reproductiva, contribuyen de otro lado a su integridad psicofísica, al adecuar lo somático o físico al sexo sentido y vivido. Debemos enfocar el problema, aceptando que la persona constituye una unidad psicofísica, es decir, que debe haber

correspondencia entre el sexo biológico y psicológico. En mérito a lo enunciado, la intervención quirúrgica le devuelve al transexual la integridad física, teniendo en cuenta que con ella, la persona ya no siente aversión o rechazo por su apariencia física y sus órganos genitales.

Obviamente, todo lo expresado anteriormente tiene su asidero legal en la comprobación real y efectiva de que se trata de un verdadero caso de transexualismo, a través de peritajes psiquiátricos y tratamiento hormonal, tendiente en primera instancia a la afirmación del sexo biológico u original.

6.3. Posición de la Iglesia Católica.

La Constitución Pastoral "Gaudium et Spes"⁵⁵ sobre La iglesia en el Mundo Moderno hace referencia al respeto del cuerpo del hombre.

"El hombre, unitario en su dualidad de cuerpo y alma es, por su condición corporal, una síntesis del universo material. De tal modo que los elementos encuentran en él su plenitud y pueden hablar libremente a su Creador; de ahí que no esté permitido al hombre despreciar su propia vida corporal, sino que está obligado a considerar su cuerpo como bueno y digno de honor, ya que ha sido creado por Dios y ha de resucitar el último día. sin embargo, por la herida producida por el pecado, tiene que someterse a las rebeliones del propio

⁵⁵ CONSTITUCIÓN PASTORI GUDIUM ET SPES, LA IGLESIA EN EL MUNDO MODERNO Pág.20-21

cuerpo y que no le consienta vivir esclavo de las depravadas inclinaciones del corazón".

Respecto a la sexualidad del hombre, la citada Constitución Pastoral señala: "Pero Dios no creó solo al hombre, ya que, desde los comienzos los creó varón y hembra (Génesis 1, 27), haciendo así de esta asociación de hombre y mujer la primera forma de comunidad de personas: el hombre, por su misma naturaleza, es un ser social, y sin relación con otros no puede vivir ni desarrollar sus propias cualidades.

Por consiguiente, Dios, como leemos, también en la sagrada página "observó todo lo que había hecho y lo encontró muy bueno" (Génesis 1, 31).

Con relación a la Ciencia, la iglesia Católica considera que si tiene buenos fines no contradice a la religión, ambas son autónomas, pues tienen su propio campo. La investigación científica no se opone a la fe si se adecúa a la moral, por ello, el progreso humano debe ser según la voluntad de Dios.

De lo expuesto, la iglesia Católica no está de acuerdo con el desprecio del hombre hacia su propia vida corporal, sino más bien debe considerarlo como "bueno y digno de honor" en virtud de haber sido creado por Dios. En consecuencia, el cambio de sexo sobre la base de intervenciones quirúrgicas significa una rebelión del hombre contra su propio

cuerpo, como resultado de la herida producida por el pecado y las depravadas inclinaciones del corazón que esclavizan al hombre e impiden que dé gloria a Dios aún en su propia humanidad.

7. RELACIÓN DEL CAMBIO DE SEXO CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.

7.1. El Cambio de Sexo y el Derecho a la Salud.

A nuestro entender, la salud es el presupuesto para el libre desenvolvimiento de la personalidad. En ese sentido, la salud constituye aquel bien instrumental necesario para la protección y desarrollo de la personalidad del individuo.

Nuestra constitución Política del Estado en su artículo 7 inciso a) consagra a la salud como uno de los derechos fundamentales de la persona, juntamente con el derecho a la vida y la seguridad.

Sin duda, el derecho a la salud se perfila dentro de la posición permisiva para favorecer al transexual con el cambio de sexo. En ese marco, se debe comprender a la salud, no en la concepción tradicional que la enfoca en función a la ausencia de enfermedad; si no más bien, vincularla con la noción de bienestar general, nos referimos al concepto de salud integral.

Debemos citar el concepto de salud dado por la

Organización Mundial de la salud, en el se declara: "la salud es un estado completo de bienestar psíquico, mental y social, por lo que no consiste solamente en una ausencia de enfermedad".

A su vez, el artículo 199 de la C.P.E., reconoce implícitamente el concepto de salud, entendido en su más amplia acepción, al decir: "el Estado protegerá la salud física, mental y moral de la infancia y defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación". Como podemos apreciar, existe una nueva noción del concepto de salud, la misma que no se limita a la ausencia de enfermedad, sino que abarca otros aspectos, como la salud psíquica, mental y social que en conjunto representan el completo bienestar integral para el sujeto.

El derecho a la salud, en su nueva concepción también ha sido acogido por la constitución del Perú, que en su artículo 15 señala: "Todos tienen el derecho a la protección de la salud integral". De este modo en la legislación peruana, la salud integral supone el bienestar del sujeto, como condición previa para un pacífico y equilibrado desarrollo de su personalidad.

Hasta aquí hemos analizado el concepto de salud, entendido como el bienestar integral; sobre esta premisa corresponde enfocar la salud del transexual.

Podemos definir el estado del transexual como aquel carente de salud, es decir referida al bienestar integral. El transexual, antes de su conversión legal al sexo "vivido", que implica también el reconocimiento social de su identidad, adolece de una permanente perturbación psíquica; no tiene estabilidad emocional, ni equilibrio psíquico. Posee sentimientos contradictorios, al avergonzarse de su situación, que no es social ni éticamente aceptada, menos tolerada. Su vida transcurre en lograr ser admitido en su verdadera identidad sexual, que se manifiesta en la proyección de su personalidad o, quiérase, "su verdad personal". Todos estos síntomas psicológicos conducen al transexual a asumir una actitud cínica y hasta de escándalo en su afán de reclamar la comprensión social de su problemática.

Una vez descrita la ausencia de salud integral en el transexual, justifica la autorización legal para las intervenciones quirúrgicas, destinadas a eliminar la disociación o contraposición en el aspecto somático, de una parte, y el psíquico de otra. Por consiguiente, al superar el estado de anormalidad psicológica, mediante dicha operaciones, se le devuelve al transexual la salud integral, haciendo conciliar el aspecto-somático y el psíquico.

Para Stanzione⁵⁶, de acuerdo al actual avance de la Ciencia, el síndrome del transexualismo no puede ser superado eficazmente mediante terapias

⁵⁶ STANZIONE, Citado por Fernández Sessarego Carlos Ob. Cit. Pág.351

hormonales, ni tampoco sesiones de psicoterapia, mas aún cuando se trata de transexuales adultos. Ello nos da otra razón para la viabilidad de la intervención quirúrgica, ya que el transexual exige la adecuación de su apariencia genital externa con su sexo psicosocial, que lo vive y siente.

Sin embargo, dentro de la doctrina no todos los autores ni la jurisprudencia han accedido al derecho del transexual a su salud integral, se ha contrapuesto a este derecho, otro más general: el respeto a la persona humana. Sobre este punto, cabe citar que en Italia, la corte de Casación, mediante sentencia 515 de 20-06-83 encontró una discordancia entre la Ley de Rectificación de Sexo y este principio general del respeto a la persona humana, lo que dio lugar a demandar su inconstitucionalidad. Finalmente, la Corte Constitucional, mediante sentencia 161 de 24-05-85 desestimó la citada inconstitucionalidad alegando que "la intervención quirúrgica logra establecer el equilibrio entre soma y psiquis, ofreciendo al transexual un estado de bienestar, al establecer las condiciones necesarias para una vida sexual y de relación, lo más cercana a lo normal⁵⁷.

Como corolario de todo lo expuesto, acerca del derecho a la salud del transexual, concluimos señalando que se debe otorgar tutela jurídica a través de la adecuación física, concordante con la psíquica que permita la superación de un estado psicosomático que coarta enormemente sus

⁵⁷ El fallo se publicó en "Foro Italiano", 1985-1-2162, cita de FERNANDEZ SESSAREGO Carlos, Ob. Cit. Pág.352

aspiraciones y desenvolvimiento de su personalidad.

7.2. El Cambio de Sexo y el Integridad Psicosomática.

Si hemos de abocarnos al cambio de sexo, y sus incidencias en la integridad psicosomática de la persona, debemos analizar la problemática referida a los actos de disposición sobre el propio cuerpo.

En principio, el Código civil boliviano se ocupa de la materia en el artículo 7 párrafo I, prohíbe los actos por los que la persona disponga de todo o parte de su cuerpo, si como consecuencia de ello, deriva en una lesión grave y definitiva a su integridad física, o, si son contrarios al orden público y las buenas costumbres.

En el párrafo II regula la donación de órganos para trasplantes, estableciendo la obligatoriedad del informe y control previo a cargo del colegio Médico de Bolivia. Finalmente, en el párrafo III faculta a la persona la revocación de los actos por los cuales disponga de todo o parte de su cuerpo.

Del artículo precedente, observamos que se regula la donación de órganos para trasplantes, comprendidos como un acto de disposición sobre el propio cuerpo, mas no se tutela expresamente el cambio de sexo. No obstante, advertimos que la prohibición contenida en el precepto, es aplicable también al cambio de sexo, como otra forma de disposición sobre el propio cuerpo, claro está, además de la donación de órganos.

Dentro de la legislación comparada, tanto el código civil italiano, como el código Civil peruano; regulan los actos de disposición sobre el propio cuerpo con una terminología muy similar a la que destina para el efecto el código civil boliviano en su artículo 7. A este respecto, el artículo 5 del Código Civil italiano, prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios al orden público o las buenas costumbres.

El código Civil peruano, en su artículo 6 contiene la misma redacción, con la diferencia que incluye una excepción, prescribe que: "son válidos los actos de disposición que supongan uní disminución permanente, si es que son motivados por su estado de necesidad de orden médico quirúrgico, o si están inspirados por motivos humanitarios". Por otro lado, la Constitución de ese país, en su artículo 2 inciso 1) protege la integridad física, comprendiendo en ella la función pro creativa.

Ciertamente, la legislación peruana contiene un dispositivo legal innovador, al acceder a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, aún a riesgo de disminuir permanentemente la integridad física, motivándose en el estado de necesidad, orden médico quirúrgico, o por motivos humanitarios. Consideramos que dicha excepción tiene como objeto el interés social de cada persona de conservar su salud óptimamente, en provecho del bien común.

Dentro de la doctrina, los opositores rechazan el cambio de sexo, al considerar que las intervenciones

quirúrgicas privan a la persona de su función endocrina y pro creativa, lo que constituye una disminución grave y permanente de la integridad física. En nuestra opinión, la indicada posición doctrinaria resulta coherente, pues no es lícito privar a la persona de aquella función fundamental: su capacidad pro creativa. Es decir, el derecho subjetivo del transexual a disponer de su propio cuerpo se halla claramente limitado frente a este interés de orden público, la conservación de la especie humana. Por ello, cada sujeto, frente al interés de orden público antes mencionado, tiene el deber de no realizar actos de disposición de su propio cuerpo que signifiquen la pérdida permanente de una función vital del ser humano.

Sin embargo, debemos reconocer que el sexo tiene doble vertiente: el aspecto biológico o somático, y el aspecto psicológico. Por tanto, la intervención quirúrgica destinada a adecuar los órganos genitales al sexo "sentido" y "vivido", que es el sexo psicológico, no atenta ni lesiona la integridad psicosomática, por el contrario, resulta psicológicamente liberadora del sujeto, la persona adquiere un estado de bienestar integral, de estabilidad psicológica, que se traduce en su salud integral. En ese contexto, la finalidad última de la intervención quirúrgica busca devolverle al transexual la salud perdida, conciliando el aspecto somático y el psíquico, lo que a nuestro criterio responde a un motivo médico quirúrgico, y además humanitario.

Por tanto, concordamos con la solución propuesta en el código civil peruano que autoriza los actos de disposición sobre el propio cuerpo por las razones ya expuestas, y que se adecúan a la problemática del transexualismo.

No debemos olvidar, sobre la base de los últimos descubrimientos científicos que el síndrome del transexualismo tiene origen biológico, lo que justificaría aún más la pertinencia de las intervenciones quirúrgicas, como tratamiento médico quirúrgico de adecuación morfológica al sexo sentido. En síntesis, el problema de la integridad física, dentro de los alcances delimitados con anterioridad, supone un conflicto de derechos: de un lado, la persona, basada en el derecho a la libertad personal, reclama que se le permita legalmente acceder al cambio de sexo, apoyándose también en el libre desenvolvimiento de su personalidad, pero dentro de los límites del interés social y los principios éticos que imperen en determinada comunidad. El sujeto, exige también la puesta en marcha de su derecho a la salud, el mismo que, como dijimos no se limita al estado de ausencia de enfermedad, sino a la sensación de bienestar integral, a aquel estado de salud mental, psíquica y física.

Frente a estos derechos, favorables a la posibilidad del cambio de sexo, y la correspondiente adecuación del cuerpo a la psique, se contrapone la situación jurídica del derecho a la integridad física. Conviene aclarar que, aunque la intervención quirúrgica destinada al cambio de sexo supone la mutilación del órgano sexual masculino, en el caso del cambio de sexo masculino por

femenina, a nuestro criterio, no debe considerarse como una mutilación en sentido estricto, sino como la adecuación morfológica de los genitales, a través de una operación demoledora y reconstructiva con fines terapéuticos. En ese sentido, hallamos justificación al cambio de sexo, en cuanto no se trate de un mero capricho arbitrario del sujeto, sino, como resultado de terapias hormonales y psiquiátricas que no hayan logrado orientar y afirmar al sexo natural o biológico del transexual.

7.3. El Cambio de Sexo y el Derecho - Deber a Procrear.

En el punto anterior, ya hemos hecho una referencia a esta problemática. Al respecto, corresponde precisar que el cambio de sexo implica una grave consecuencia impide que el sujeto pueda procrear, una vez realizada la intervención quirúrgica de adecuación sexual.

En efecto, de acuerdo al actual desarrollo científico, no obstante la contribución de la operación a eliminar la discordancia entre lo somático y lo psíquico, supone la pérdida del derecho a procrear de la persona. Esto significa que el transexual, al solicitar la autorización judicial para el cambio de sexo estaría renunciando implícitamente a este derecho fundamental: su capacidad pro creativa o de reproducción.

Dentro de la perspectiva social, es de interés primordial de la humanidad mantener la especie. Por tanto, si nos colocamos bajo este punto de vista, cabe preguntarnos: ¿Cuál sería el destino de la humanidad si en el mundo fueran hipotéticamente la mayoría transexual, sometidos a intervenciones quirúrgicas para el cambio de sexo.

En consecuencia tratándose de la procreación, observamos que al lado del derecho fundamental a procrear, esto es, a perpetuarse genéticamente, existe el derecho de los demás a que el transexual no renuncie a este derecho esencial, pues de hacerlo iría contra el interés de la humanidad: la conservación de la especie.

Del planteamiento anterior, encontramos el conflicto de derechos suscitados por el cambio de sexo: por un lado, el derecho a la libertad personal o libre desenvolvimiento de la personalidad, cuyo límite lo representa el interés social; de otro lado, el derecho y el deber de procrear.

Basándonos en el derecho de la persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, consideramos que el transexual, antes de someterse a la intervención quirúrgica de cambio de sexo, tiene conocimiento de sus consecuencias: la pérdida de la función pro creativa, por tanto, se trata de una libre elección y decisión del transexual, renunciar a esta función fundamental, al considerar un bien mayor para su persona someterse a la operación para superar el estado de ambigüedad entre lo

físico y lo psíquico, y así lograr su máxima aspiración, adquirir salud integral.

7.4. El Cambio de Sexo y el Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad del transexual, se configura como el derecho a la reserva de la vida privada, el mismo que debe ser protegido tal como si se tratase de cualquier otra persona. No obstante lo afirmado, este asunto relativo a la vida privada del transexual, plantea un delicado problema de equilibrio entre la tutela de la intimidad del sujeto, de un lado; y del otro, la certeza que debe existir para los terceros en lo concerniente a las relaciones jurídicas existentes entre estos y el transexual.

La problemática del transexual, se concreta a su exigencia de vivir y ser social y jurídicamente reconocido como del sexo al que se siente pertenecer. Ahora bien, en el marco del derecho a la intimidad que le asiste, existen ciertos límites, cuya observancia resulta imprescindible.

Por ejemplo, en la hipótesis de que el transexual haya cambiado de sexo y bajo esta circunstancia contraiga matrimonio, su cónyuge tiene el derecho a saber si podrá tener descendencia, lo que, como sabemos, no sucedería en esta específica situación. Por consiguiente, siendo la procreación uno de los fines principales del matrimonio, al no ser posible su realización en el

presente caso, no es aceptable mantener en la ignorancia al cónyuge respecto a la esterilidad de su pareja: En consecuencia, el presente caso de hipótesis refleja que la tutela de la intimidad del transexual implica el sacrificio de grandes intereses de terceros, intereses que significan el conocimiento de la verdad en sus relaciones jurídicas, en el ejemplo dado, dentro del matrimonio.

La legislación comparada⁵⁸ también tutela del derecho a la intimidad del transexual, en ese sentido, la Ley italiana sobre Rectificación de Sexo de 14 de abril de 1982 en su artículo 5, se pronuncia al respecto, determinando que las partidas, del estado civil expedidas por el organismo competente, solo deben expresar la indicación del nuevo sexo y prenombre del transexual. Obviamente, el legislador italiano pretende con esta prescripción, la cancelación del pasado del transexual, seguramente en previsión de la problemática que supondría revelar su verdadera identidad en sus relaciones sociales.

Otro caso vinculado a la intimidad del transexual, tuvo lugar dentro de la jurisprudencia italiana.

El Tribunal en lo penal de Livorno se ocupó del caso en que se divulgaron noticias periodísticas sobre el pasado de un transexual, a quien se le había autorizado judicialmente el cambio de sexo. El Recurrente solicitó

⁵⁸ PAITI Salvatore, citado por Fernández Sessarego Carlos, Ob. Cit. Pág361

en su demanda la reparación por la ofensa reclamando ilegítima invasión a su privacidad.

El Tribunal amparó la demanda en lo concerniente a la tutela de la intimidad de la vida privada, pero desestimó el extremo referido a una supuesta ofensa al honor.

A su vez, dentro de la legislación sueca, la ley de 21 de abril de 1972 regula análogamente el derecho a la intimidad del transexual, pero de forma más rigurosa que la italiana. El artículo 7 de dicha Ley, prohíbe a quien de alguna manera participe en el procedimiento judicial de cambio de sexo, divulgar todo hecho referente a la vida privada del interesado.

Quien contraviene, ya sea de forma consciente, o por negligencia dicho mandato legal, es penado con 1 año de cárcel, o con la reparación del daño civil.

7.5. El Cambio de Sexo y el orden Público.

Ya hemos adelantado criterios respecto al orden público, cuando enfocamos las posiciones doctrinarias en contra del cambio de sexo.

Comencemos señalando que la identidad personal constituye un interés más de tipo subjetivo, que comprende el cúmulo de atributos de la personalidad humana. Frente a ella se encuentra el interés público, expresado en la certeza que debe existir para la identificación de la persona. En consecuencia la identidad personal se perfila como el interés personal del sujeto y a la vez el interés de orden público y social.

Por lo dicho, el orden público consiste en "el interés social que exige la identificación estática de las personas para poderlas individualizar dentro de la sociedad". Esta identificación se materializa en las partidas del Registro civil, donde constan los datos fidedignos respecto a la identidad de la persona, su sexo, nombre y apellidos paterno y materno, así como el nombre de sus progenitores; todos estos datos resumen la verdad personal del sujeto, y satisfacen la exigencia, de orden público y por tanto, de interés social consistente en la certeza para identificar a la persona.

Sin embargo, conviene aclarar que no siempre se registran con exactitud los datos del sexo de la persona a tiempo de nacer en la partida de nacimiento. Nos estamos refiriendo a los casos de hermafroditismo y pseudohermafroditismo, donde la morfología genital exterior no está definida, y el sujeto presenta simultáneamente ambos sexos, es en estas situaciones donde la certeza de orden público sobre la identificación de la persona es cuestionable o dudosa.

Entonces, al existir un caso de hermafroditismo o pseudohermafroditismo, se deberá esperar la evolución natural del sujeto a fin de poder establecer con certeza su sexo de origen, o sino, mediante intervenciones quirúrgicas que definan cual es su sexo verdadero.

La problemática del cambio de sexo, atañe al reconocimiento social de la identidad sexual del sujeto, siendo que la identidad sexual es tan solo una parte de su identidad personal. Pero, frente a la proyección de su identidad personal, tiene prioridad el interés social y público, por lo tanto, el juez y el legislador deben buscar un justo equilibrio, teniendo en cuenta el interés de la sociedad y el Estado, el orden público en general.

El orden público también se manifiesta en la necesidad de certeza en las relaciones jurídicas del transexual con la sociedad en su conjunto.

De esta forma, el cambio de sexo supone una serie de consecuencias en dichas relaciones jurídicas donde esta en juego el orden público, concretamente, cabe mencionar, por ejemplo: los efectos del cambio de sexo en el matrimonio, el servicio militar, las sucesiones, los casos de internamiento hospitalario o aún más si se trata de internamiento carcelario, las relaciones de trabajo, los contratos, así como otras situaciones en las cuales se requiere de certeza jurídica en cuanto a la identidad del transexual.

A diferencia del hermafroditismo y el pseudohermafroditismo, cuyo origen se debe a causas ajenas a la voluntad de la persona, el transexualismo depende de la libre elección del sujeto, como ya lo hemos señalado al tocar el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad.

Entonces, concluyamos este punto enfatizando que, precisamente, por razones de orden público es necesario e imprescindible que toda intervención quirúrgica de cambio de sexo sea judicialmente autorizada, luego de un procedimiento judicial donde compruebe que se trata de un caso verdadero de transexualismo, sobre la base de los peritajes psiquiátricos que diagnostiquen este síndrome, y a la vez sirva, en principio, para tratar de aproximar al sujeto a su sexo original, con ayuda de terapia psicológica y hormonal. Nuestro planteamiento considera que toda intervención quirúrgica sin una previa autorización judicial a cargo del órgano jurisdiccional del Estado, constituye una mutilación, considerando que el caso no ha sido de conocimiento del juzgador, apoyado del equipo ínter y multidisciplinario, psiquiatras, médicos y peritos especializados, los cuales deben determinar que efectivamente se trate de un transexual, y además, hayan corroborado la ineficacia de las terapias hormonales y psiquiátricas tendientes a afirmar su sexo original.

En suma, a nuestro criterio, toda intervención quirúrgica de cambio de sexo con la debida autorización judicial no altera el orden público sino más bien lo acata, y además preserva el derecho de la persona a su

integridad física, como resultado de un previo proceso judicial que culmine en el Registro del Estado civil con la inscripción de la sentencia que autoriza el cambio de sexo. En este caso dicha inscripción en el Registro civil da plena fe y certeza en cuanto a la identidad de la persona, para armonizar sus relaciones jurídicas con los terceros.

7.6. El Cambio de Sexo y las Buenas Costumbres.

Al mencionar los argumentos usados por la doctrina contrarios a la admisión del cambio de sexo, hemos hecho referencia a las buenas costumbres.

Cuando enfocamos a las buenas costumbres, no podemos prescindir de emitir un juicio de valor en torno al problema del cambio de sexo. Las buenas costumbres, representan una posición ética compartida por un sector mayoritario de la sociedad, en función a aquella particular visión del mundo, que considera ético y moral determinado tipo de comportamiento.

Bajo esta perspectiva, ciertamente el cambio de sexo no es algo común, ni que se manifieste cotidianamente, se trata de casos excepcionales, "sui generis", por lo tanto, es lógico que no sea considerado como una "buena costumbre". Dentro de lo que se ha de entender por buenas costumbres se halla todo lo que es natural y socialmente aceptable, en ese sentido, el cambio de sexo, atentaría contra las buenas costumbres, al considerarse inaceptable que la persona, siendo

genéticamente hombre, o mujer, decida someterse a una intervención quirúrgica que va en contra de la sabia naturaleza, del sexo biológico que le corresponde desde su nacimiento. No obstante aquello, consideramos que cuando se analiza la problemática del cambio de sexo como contraria a las buenas costumbres, no se toma en cuenta el problema biológico de fondo, la disociación o falta de concordancia entre el factor psíquico y el factor físico o somático del transexual.

A nuestro juicio sería atentatorio contra las buenas costumbres si el cirujano plástico, que realiza las intervenciones quirúrgicas, no contara con la autorización judicial dada al transexual en sentido de viabilizar el cambio de sexo, bajo esa óptica, el cambio de sexo, al margen de la ley representaría ir en contra de las buenas costumbres, pues sería un simple capricho de la persona, sin un diagnóstico y pronóstico médico legal que certifique la legitimidad de la operación.

De otro lado, no me parece una buena costumbre dentro de la sociedad, que la persona, siendo varón, se visiblemente como del sexo femenino, y viceversa. Lo sensato y honesto sería permitir a aquel varón vivir y asumir su verdadera identidad, en conformidad con su propio "yo", de esta forma no se contribuiría a su frustración existencial, ni tampoco se lesionarían intereses de terceros, siempre que el cambio de sexo, reiteramos, sea respaldado por la Ley y no perjudique intereses de terceros.

8. EL CAMBIO DE SEXO Y LAS RELACIONES FAMILIARES.

8.1. Situación Jurídica del Transexual y incidencia en el Ámbito Familiar

Uno de los graves problemas, no solo de orden privado, sino de carácter público que se deriva del cambio de sexo, es el que atañe a las repercusiones en el ámbito familiar. Nos referimos a la situación que podría presentarse si el transexual que se somete a la intervención quirúrgica de cambio de sexo está casado y tiene hijos, o aunque no haya contraído matrimonio tenga descendencia.

Sobre esta premisa, nos planteamos la cuestión previa, que consiste en saber si una persona casada podría jurídicamente acceder al cambio de sexo. A nuestro criterio dicha posibilidades inadmisibles, por las razones que a continuación exponemos.

Dentro de la compleja situación jurídica subjetiva del transexual, podemos mencionar que si se admitiera el cambio de sexo, el sujeto puede ampararse en el derecho a definir su propia identidad personal, en el derecho a la libertad personal y a la salud. En ese marco, la persona desea ser "ella misma", es decir, proyectar socialmente esa identidad personal, para ser tratada y considerada como del sexo sentido, y no bajo la óptica del sexo que figura en el Registro Civil.

Pero, dentro de la situación jurídica subjetiva expuesta, está el correlativo derecho de los demás, que constituye un deber para el facultado, en este caso, el transexual. Entonces, además del derecho de la humanidad en su conjunto, es necesario enfatizar el derecho que corresponde al cónyuge y a los hijos del transexual, si este fuere casado; por consiguiente, el derecho al cambio de sexo no debe ser absoluto, sino limitado por el interés social, el orden público y el derecho de los demás, concretamente del cónyuge e hijos que el legislador debe salvaguardar.

Cabe ahora analizar las consecuencias que acarrearía el cambio de sexo, en el ámbito familiar. En primer lugar, supone la destrucción de la vida familiar, y la lesión del derecho de los hijos, especialmente si son menores de edad. Como consecuencia del cambio de sexo, el matrimonio habido entre el transexual y su cónyuge perdería esa característica fundamental: la diferencia de sexos o heterosexualidad, por lo tanto, el cónyuge se vería frustrado por esta circunstancia, unida a la imposibilidad del transexual para procrear, siendo precisamente la procreación una de las principales finalidades del matrimonio.

Otra grave consecuencia, derivada del cambio de sexo es la lesión del derecho de los hijos de contar con sus padres debidamente definidos y sexualmente identificables, esto significa que la mutación sexual, sea del padre o de la madre los afectaría terriblemente, pues de repente se hallarían ante la nueva realidad de contar

simultáneamente con dos padres o dos madres, según sea el caso. En efecto, según la psicología contemporánea, el niño necesita desarrollarse en un ambiente donde se sienta acogido afectivamente, se ha demostrado que desde los primeros días de nacido, el niño necesita contar con sus padres bien definidos, en otras palabras, precisa contar, tanto de la figura paterna, como de la materna, en suma, necesita de una familia bien constituida.

El problema, por tanto, no se reduce a que el Juez determine a quien corresponde la tenencia de los hijos, o fijar las reglas para el horario de visitas, pues los hijos que requieren contar con sus padres bien diferenciados, y no ser manipulados como objetos.

No debemos perder de vista, entre otras consecuencias, el abandono material en el que se verían sumidos tanto el cónyuge, como los hijos del transexual, ante la actitud unilateral de este último en su decisión de cambiar de sexo.

Lo expuesto hasta aquí, en cuanto al cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares del transexual, nos demuestra que frente al derecho de este -a definir su identidad, y a la vez, superar la discordancia entre lo psíquico y lo físico, se encuentra de forma recíproca el derecho del cónyuge e hijos de evitar en lo posible la consumación del cambio de sexo, dadas las consecuencias que se derivan de su realización.

9. LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE EL CAMBIO DE SEXO.

9.1. Disposiciones Generales Sobre el Cambio de Sexo en la Legislación comparada.

En la legislación comparada, advertimos la tendencia general que favorece el cambio de sexo, sobre la base de la mutabilidad sexual. Es decir, se privilegia el factor psicológico, adecuándolo a la morfología exterior de la persona a través de la intervención quirúrgica.

Las Leyes vigentes de los países que admiten y regulan el cambio de sexo, facilitan la adecuación de los genitales exteriores del transexual al sexo psicológico, según su íntima vivencia, su forma de vivir la sexualidad. Excepcionalmente dentro de la legislación comparada, se permite solamente la modificación del prenombre del sujeto, sin exigir con carácter previo a la intervención quirúrgica destinada a modificar sus órganos genitales externos; sin embargo, aunque se admite la viabilidad jurídica del cambio de sexo, lo que se desprende al autorizar la correspondiente modificación de su estado y prenombre en el Registro Civil; la legislación comparada reconoce que dentro de los alcances de la operación, no existe un cambio total y radical del transexual hacia el sexo vivido, se trata de una intervención quirúrgica que contribuye a la salud y bienestar integral del sujeto, eliminando la discordancia entre el sexo psicológico y su aspecto físico exterior.

9.2. Soluciones Propuestas por la Legislación Comparada respecto al cambio de Sexo en el Ámbito Familiar.

La legislación comparada también afronta el conflicto de intereses que suscita el cambio de sexo, entre el transexual y su familia particularmente respecto al cónyuge e hijos.

En ese entendido, se opta de modo general por privilegiar el interés familiar, estableciendo como solución que el transexual no sea casado para acceder a la intervención quirúrgica de cambio de sexo, además de ello, se exige el requisito de que sea incapaz de procrear.

La legislación sueca y alemán protegen los intereses de la familia del transexual, al establecer como requisito previo para el cambio de sexo, que el solicitante sea soltero.

En efecto, la jueza alemana del 10 de septiembre de 1990 más rigurosa que la sueca, otorga dos distintas soluciones al problema del transexual:

- La primera solución, que dentro de la doctrina se ha llamado "la pequeña solución", se limita única y exclusivamente a autorizar el cambio del prenombre del transexual en el Registro

Civil, sin exigir previamente la intervención quirúrgica de cambio de sexo.

- La segunda solución, denominada "la gran solución" exige como requisito previo la intervención quirúrgica de cambio de sexo, para la posterior modificación del prenombre de acuerdo al nuevo sexo, en el Registro Civil. En el marco de esta "gran solución", propuesta por la ley alemana, el solicitante no debe estar casado para poder someterse a la intervención quirúrgica de cambio de sexo.

En la legislación Holandesa, el Proyecto de Ley holandés, al igual que las leyes alemanas y sueca, exige que el transexual no sea casado, y a la vez se encuentre incapacitado para procrear. Dicho Proyecto de Ley no destina un tratamiento especial para el cambio de sexo, sino que integra la normatividad dentro del mismo Código Civil.

La Ley italiana del 14 de abril de 1982, prácticamente priva de tutela jurídica al cónyuge, al no exigir que el transexual no sea casado, como requisito previo al cambio de sexo. Fuera de ello, la sentencia que acoge la rectificación del sexo produce la automática disolución del vínculo matrimonial, o el cese de los efectos civiles del matrimonio religioso. Entre otros aspectos, esta Ley es muy breve y escueta, tampoco prevé la solución de otros aspectos derivados de la

disolución del matrimonio, como la tenencia, educación y mantenimiento de los hijos menores, dejando la solución del problema a las normas del Código civil, así como a la doctrina y jurisprudencia.

Frente a esta ambigüedad y falta de tutela jurídica por parte de la Ley italiana, con relación a la familia del transexual, la jurisprudencia italiana ha propuesto tres posibles alternativas para solucionar el problema del cambio de sexo, en caso de existir el vínculo matrimonial:

- a) La primera solución contempla la disolución de oficio del vínculo matrimonial, sobre la base de una resolución, del Tribunal competente, sin necesidad de la solicitud del recurrente.
- b) Una segunda solución, contrariamente propone que el interesado solicite expresamente la disolución del matrimonio, y que esta solicitud sea hecha en la misma demanda de rectificación de sexo.

Esta posición fue aceptada por el Tribunal de Roma, mediante la sentencia de fecha 3 de diciembre de 1982⁵⁹.

⁵⁹ La sentencia se publicó en "Giustizia Civile", 1983-1-1986, cita de Ferández Sessarego Carlos, Ob. Cit. Pág375

- c) Como tercera alternativa, se postula necesario iniciar una nueva acción legal, que se autónoma, esto es, independiente, para interponerla luego de pronunciada la sentencia que autoriza el cambio de sexo, y demandar en ella la disolución del matrimonio.

De las tres alternativas, la doctrina italiana se ha decidido por la primera, como la solución más aceptable, una decir, que el Tribunal disuelva de oficio el matrimonio del transexual. Se estima que la certeza en las relaciones jurídicas; y las exigencias de orden público no admiten la posibilidad que subsista jurídicamente un matrimonio en el que, como consecuencia de la sentencia que autoriza el cambio de sexo, ambos cónyuges pertenezcan al mismo sexo.

Cabe mencionar el fallo de la Corte de Casación de Italia de 20 de junio de 1983, en virtud del cual se criticó la solución propuesta por la Ley italiana sobre el cambio de sexo, al considerar que la misma atentaba contra la familia, lesionando los derechos del cónyuge e hijos del transexual, que quedarían expuestos a un cambio radical⁶⁰.

En opinión de Coco⁶¹, destacado jurisconsulto italiano, las obligaciones familiares de índole material subsisten al cambio de sexo, correspondiendo al transexual su cumplimiento, bajo

⁶⁰ Idibem, Pág.377

⁶¹ COCO, citado por Fernández Sessarego Carlos Ob. Cit. Pág.378

este punto de vista, la tutela de los hijos estaría asegurada, ya que el transexual se vería obligado moralmente en vista de su alejamiento del núcleo familiar

CONCLUSIONES.

En mérito al análisis efectuado sobre el tema que motiva nuestra investigación, llegue a las siguientes conclusiones:

- Considerando las consecuencias físicas y jurídicas que se derivan del cambio de sexo y ante la falta de una legislación expresa sobre el tema es imprescindible incorporar el marco legal que regule este fenómeno y asimismo, evite la práctica indiscriminada de intervenciones quirúrgicas destinadas a modificar el sexo.
- En base a los descubrimientos científicos que demuestran el origen biológico del transexualismo, fenómeno que se caracteriza por la disociación entre el aspecto somático y psíquico de la persona, se justifica la legitimidad de las intervenciones quirúrgicas solo y exclusivamente para aquellos casos de transexualismo diagnosticado por un psicólogo.
- El cambio de sexo con la debida autorización judicial no es contrario al orden publico ni a las buenas costumbres, sino mas bien permite que haya certeza jurídica respecto a la identidad de la persona para identificarla por su nuevo sexo y nombre en relaciones jurídicas, que incluyen a los actos y negocios jurídicos que realice o haya realizado cuando conservaba su sexo original.
- Todo cambio de sexo efectuado sin la respectiva autorización judicial que lo justifique, supone un atentado contra la integridad física que se traduce en

lesión grave y definitiva, al no estar respaldado por las pruebas psicológicas y endocrinológicas respectivas. Además constituye un atentado al orden público y a las buenas costumbres al responder a un simple capricho sin asidero médico legal.

- El cambio de sexo será admisible jurídicamente solo cuando se trate de un estado de necesidad de orden médico, endocrinológico psicológico y hormonal haya resultado insuficiente para que el sujeto asuma su sexo original.
- El cambio de sexo existiendo un vínculo matrimonial, o descendencia es absolutamente prohibido por razones de moral, orden público, buenas costumbres y por los efectos jurídicos negativos para el núcleo familiar que comprende al cónyuge e hijos.
- Los efectos jurídicos del cambio de sexo en el acto jurídico familiar del matrimonio son:
 1. Determina la anulabilidad relativa del matrimonio, al ocasionar en la persona que cambio de sexo, la importancia permanente para copula carnal así como para concebir o engendrar, además de determinar la igualdad de sexos privándole por completo de sus órganos de reproducción.
 2. Constituye causa para que el cónyuge afectado demande la anulabilidad del matrimonio por error en las cualidades del otro contrayente, al desconocer por completo el problema del transexualismo en su pareja.

3. En suma, el fenómeno del cambio de sexo contribuye a la desintegración del núcleo familiar al ocasionar la igualdad de sexos en los padres, aspecto que lesiona el principio de heterosexualidad en el matrimonio, siendo un requisito indispensable para el cambio de sexo la desvinculación previa del matrimonio y considerando que el niño necesita de la figura paterna y materna sexualmente diferenciables y plenamente identificables.
- En el ámbito de la adopción, jurídicos del cambio de sexo
 1. La revocatoria de la adopción simple, en el caso de que se haya realizado *sín* la debida autorización judicial y con posterioridad a la adopción, considerando el atentado que el adoptante infringe a su integridad física, aspecto sancionado en el Código del Menor y que paralelamente afecta al menor en su desarrollo psicosocial y a su derecho de contar con la figura paterna o materna sexualmente identificable y definida.
 2. En la adopción plena, aunque esta es irrevocable, el cambio de sexo sobreviniente a la misma constituye una causa para demandar su revocatoria, como una excepción a la regla, dando lugar a la extinción de la autoridad paterna y considerando la prioridad y protección que merece dicha institución a favor del desarrollo físico, psíquico, mental y moral del menor.
 3. El cambio de sexo realizado antes del trámite de adopción y con la debida autorización judicial, además del examen exhaustivo que demuestre si hubo

adaptación plena de la persona hacia su nueva identidad sexual resulta menos lesivo para el bienestar psicosocial del menor, en razón de que este último no conoce la verdadera identidad del adoptante. En este sentido, a fin de preservar el normal desarrollo del menor, el Juez del Partido en lo civil deberá ordenar la cancelación de la partida original de nacimiento del adoptante para evitar que este se entere del pasado del primero.

- Los efectos jurídicos del cambio de sexo en la filiación son:
 1. El cambio del prenombre o nombre de pila, en concordancia con el cambio de sexo que se operado en el sujeto.
 2. El cambio de identidad en el sujeto, quien como consecuencia del cambio de sexo, pertenecerá a un género distinto del originario.
 3. El cambio de sexo y la posterior modificación del prenombre mediante la rectificación de la partida de nacimiento, no afecta la filiación en lo concerniente al vínculo jurídico de parentesco que une al sujeto que cambio de sexo con sus progenitores, el cual conservará sus apellidos paterno y materno, según la filiación que le corresponda.
 4. La contradicción que dicho fenómeno ocasionara en la filiación de los hijos: como consecuencia del cambio de sexo en el padre, este cambiara el prenombre masculino a femenino, aspecto contradictorio con relación al nombre masculino del progenitor expresado en el certificado de nacimiento del hijo, por tanto, la filiación del

hijo mencionara a dos progenitores del mismo sexo.

- En el Derecho sucesorio, el cambio de sexo en el causante no impide que sus hijos hereden la masa patrimonial, para lo cual bastara que demuestren su filiación mediante el certificado de nacimiento.
- Siendo evidente el cambio de identidad como consecuencia del cambio de sexo, en el marco del internamiento penitenciario se hace indispensable el internamiento en un centro penitenciario femenino, además de la respectiva autorización judicial que acredite el cambio de sexo, considerando que el autor de un delito pudo cambiar de sexo a objeto de no ser identificado y evitar la aplicación de la ley.
- En la esfera de los contratos, el cambio de sexo sin autorización judicial determina su anulabilidad por inducir a la otra parte contratante en error sobre la identidad o cualidades del sujeto que cambio de sexo.
- Tratándose de los contratos "intuitu personae", el cambio de sexo puede determinar su anulabilidad si como consecuencia de la intervención quirúrgica la persona pierde la habilidad o cualidades por las que inicialmente se contrataron sus servicios.

BIBLIOGRAFÍA.

- BARBERO Domenico, "SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO", Tomo II, "Derechos de la personalidad", Ediciones Jurídicas, 6ta. Edición Europa -Buenos Aires - Argentina, 1967.
- BELLUSCIO Augusto, "MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA", Tomo II, Ediciones De Palma Buenos Aires - Argentina, 1993.
- BOSSERT Gustavo, "RÉGIMEN LEGAL DE FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD", Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1993.
- CARNELUTTI Francesco "INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL", Volumen I, jurídicas Europa América Buenos Aires - Argentina 1972.
- CABANELLAS Guillermo, "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina.
- KAUNE ARTEAGA Walter, "TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS", Volumen I, 1ra. Edición, Octubre de 1996.
- LLOVERÁS Nora, "PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN", Ediciones de Palma, Buenos Aires -Argentina, 1986.

- MESSINEO Francesco, "MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL", Tomo I, Ediciones Jurídicas, Europa América Buenos Aires - Argentina, 1979.
- OSORIO Manuel, "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES", Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 1981.
- ROSSEL SAAVEDRA Enrique, "MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA", Editorial Jurídica de Chile, 5ta. Edición, 1986.
- VALENCIA VEGA Alipio, "MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL", Editorial "Urquiza Ltda." 6ta. Edición La Paz, Bolivia, 1995.

ANEXOS.