

EL SEXO Y SU IMPORTANCIA JURIDICA

ALEJANDRO BARROS AMENGUAL
Profesor de Medicina Legal.

1. INTRODUCCION.

Este trabajo tiene la pretensión de ser publicado, en nuestra Revista "Temas", en dos oportunidades diferentes y consecutivas, lo que resulta adecuado para una mejor comprensión de esta materia, que puede constituir un nexo, muchas veces, entre el sexo en la especie humana y nuestro Derecho.

La primera parte, que hoy aparece, lleva el título que se anota al comenzar a escribir y tiene el propósito de dar, en líneas generales, una noción del vocablo "sexo", su naturaleza jurídica, sus formas existentes, las diferencias orgánicas y psíquicas que se observan en el hombre y en la mujer, terminando con reproducir y comentar algunas disposiciones legales, de Derecho público o privado, inherentes a la variación o igualdad de derechos y obligaciones que ellos tienen, conjunta o separadamente, lo que merece una relevancia jurídica e interés para nosotros.

La segunda parte llevará, inicialmente, un análisis de las malformaciones de los órganos genitales externos o internos y de su eventual defectuoso funcionamiento, lo que puede identificarse como "estados intersexuales" (hermafroditismo, homosexualismo).

Posteriormente, en forma preferente, intentaremos explicar un hecho jurídico, que es "el cambio de sexo", en su aspecto sexológico, médico-quirúrgico y en otro, netamente, jurídico y social; se tratará de revisar todo el procedimiento civil-voluntario y la tramitación ante la autoridad administrativa, necesaria hasta afinar la rectificación de la Partida de Nacimiento del peticionario, quien, muchas veces, debe sanear importantes obligaciones que pueden afectarle desde antes de lograr sus "torcidas" pretensiones; por ejemplo, frente a un matrimonio civil no disuelto, eludiendo la calidad y obligaciones de alimentante, su deseo de desligarse de responsabilidades contractuales, penales, tributarias, laborales, militares, etc., sin olvidar que también, dentro del Derecho Sucesorio, el cambio de sexo de un

determinado individuo, puede dar lugar a un conflicto que no es fácil de resolver.

Muchas de las situaciones descritas más arriba, escapan o se ocultan del conocimiento de un juez, quien ordena, en definitiva, la rectificación del instrumento público, solicitada junto con disponer su nueva inscripción, en el convencimiento de que el abogado patrocinante y apoderado, como escribe el jurista y escritor uruguayo Eduardo J. Couture: "Es leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que el letrado le dice, y en cuanto al Derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que le invoca".

II: SIGNIFICADO E IMPORTANCIA DEL SEXO.

Etimología: del latín, *sexus* o *secus*: abreviatura de lo que es muy distinto.

El sexo representa la más grande diferenciación de la especie humana.

El alma o principio vital es simple y espiritual, por lo cual la diferenciación del sexo no reside en el alma, sino en el cuerpo biológicamente organizado. De este hecho se deduce la igualdad esencial en cuanto a la personalidad, del hombre y la mujer.

En sentido amplio, el sexo es una condición orgánica que distingue al macho de la hembra, tanto en los racionales como en los irracionales, incluyendo también a los vegetales.

También, puede definirse como "la diferencia establecida, fundamentalmente, en su capacidad de producción de óvulos o espermios".

Actualmente, se considera la palabra "sexo" como indicadora del predominio de los caracteres propios de la femineidad o masculinidad.

No hay duda de que el sexo tiene una importancia primordial en la vida jurídica, por el papel fundamental que tiene en la vida humana.

El derecho, dentro de una jerarquía de pautas de comportamiento sexual, sólo se ocupa (o debiera ocuparse) de las más importantes y básicas, es decir, de aquellas que se consideran como esenciales para el buen estado de la sociedad.

La función sexual, consiste en la cópula, destinada por la naturaleza a la reproducción de la especie. Está relacionada con la vida humana y con el derecho, porque la civilización contemporánea, de acuerdo con sus normas morales, limita el ejercicio libre de la función sexual, estableciendo delitos y sancionándolos, como el adulterio, el incesto, la violación, el estupro.

El legislador ha instituido el contrato de matrimonio civil, para el cumplimiento de

esta función, pero el hombre no se somete, habitualmente, a las normas de esta institución de derecho y recurre a las formas prohibidas, dentro de lo normal o patológico.

III. NATURALEZA JURIDICA DEL SEXO.

No es fácil determinar, con acierto, cuál es la verdadera calificación que debe hacerse, dentro de nuestro Derecho, del término "sexo", ya que el Código Civil, otros cuerpos legales o disposiciones especiales, no lo definen, si no que, en reiteradas ocasiones, solamente se refieren a él, en distintas oportunidades y formas, sin pronunciarse sobre su naturaleza jurídica.

Por otra parte, los autores, tradicionales o modernos, hacen otro tanto; nos han privado de concedernos una explicación, general y precisa, sobre la materia, que nos ocupa en el ámbito jurídico.

Sin embargo, hay distinguidos abogados y profesores universitarios, que intentan ilustrarnos sobre esta interrogante, concediéndonos su valiosa opinión, que trataremos de reproducir:

- a) El sexo, consistiría en un "bien jurídico extrapatrimonial", sin un significado o valor económico directo, protegido por la ley.
- b) Se piensa que, el sexo, se trataría de un "hecho jurídico natural", inherente al nacimiento, en que la criatura que estaba en el vientre materno (sin importar su sexo), adquiere la calidad de persona natural, que lo habilita para ser titular de derechos subjetivos.
- c) Hay quienes estiman que, el sexo, debió ser incluido en la enumeración, no taxativa, que los autores hacen, tradicionalmente, de los "atributos de la personalidad".

Para entender mejor esta última opinión debemos recordar que: "Los atributos de la personalidad, son las propiedades o características inherentes a toda persona".

- d) El fallecido profesor, don Victorio Pescio Vargas, de Valparaíso, enseñó, en el Tomo III Pág. 69, de su Manual de Derecho Civil, que: "Atributos de la personalidad, es el análisis de todos aquellos elementos que son necesarios al desenvolvimiento del individuo como sujeto de derechos".
- e) El ex-profesor, don Carlos Ducci Claro, Q.E.P.D., de la Universidad de Chile y de nuestra Universidad Gabriela Mistral, en la pág. 104 de la Tercera y última edición de 1986, de su obra *Derecho Civil (Parte General)*, aseguró que: "Existen ciertos elementos que son inherentes, que integran el concepto

mismo de la personalidad".

Más adelante, en la pág. 105, el señor Ducci Claro agrega: "Los atributos de la personalidad son cualidades que corresponden a todo ser humano sólo en virtud de ser tal".

- f) Los profesores Victor Vial del Río y Alberto Lyon Puelma, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la Pág. 279 de su libro "Derecho Civil" (Teoría general de los actos jurídicos y de las personas), entienden que: "Atributos de la personalidad es el conjunto de ventajas, prerrogativas y potestades que se derivan para aquellos que ostentan tal beneficio".

Ahora bien, todos los profesores y tratadistas, están de acuerdo con consignar, en igual forma, la enumeración de los elementos o atributos de la personalidad, más o menos, como sigue:

1. Atributos esenciales:

- a) la capacidad
- b) el nombre
- c) el domicilio
- d) el patrimonio

2. Atributos no esenciales:

- e) el estado civil
- f) la nacionalidad

El profesor Ducci Claro, agrega, a la relación anterior, un último atributo esencial que, a su juicio, son Los Derechos de la personalidad, manifestando que constituyen un vasto conjunto de derechos, aún no totalmente determinados, pero que son inherentes a la persona humana ... Constituyen un atributo de la persona por ser tal y, en consecuencia, son iguales para todos.

Contrariamente a lo expresado por el profesor don Carlos Ducci Claro, en tal sentido, el fallecido profesor don Arturo Alessandri Rodríguez, en el Tomo primero de su obra Derecho Civil (2ª edición completada en 1936), en su pág. 215, señala una relación, más reducida, de las características o atributos de la personalidad, en la cual sólo consigna:

- 1. la nacionalidad
- 2. el domicilio
- 3. el estado civil
- 4. la capacidad
- 5. el patrimonio.

Resulta fácil darse cuenta que, el señor Alessandri, no estimó necesario incluir, en esta enumeración, ni el nombre, ni los derechos de la personalidad, circunstancia que merece toda nuestra atención y avala lo expresado anteriormente, cuando se ha sostenido que la relación de los atributos de la personalidad, no está contemplada, expresamente, en la ley y que tampoco tiene el carácter de limitada o taxativa.

Bien entonces, la opinión de que el sexo puede o debe ser estimado, por los autores como también "atributo de la personalidad", nos resulta que debe tomarse en cuenta, por todo lo antes expuesto y porque es un elemento inherente e integrante del concepto mismo de la personalidad, protegido por la ley, que no le puede ser negado a una persona por motivo alguno. Finalmente, es una condición orgánica y/o psíquica que distingue al hombre de la mujer, dentro de la especie humana y que tiene importancia jurídica.

IV. FORMAS EXISTENTES DEL SEXO.

El sexo, a nuestro entender, tanto en su morfología como en su fisiología, de la especie humana, puede manifestarse en tres formas diferentes, que se exteriorizan en la forma siguiente:

- a) sexo somático o corpóreo: es fácil de determinar al sólo examen físico, tanto en el hombre como en la mujer, en cualquier época de la vida, mediante la observación de los "caracteres sexuales anatómicos", que pueden ser primarios (órganos genitales) o secundarios (desarrollo pelviano o escapular, sistema locomotor, distribución de la grasa subcutánea, sistema piloso, desarrollo de la laringe).
- b) sexo psíquico o mental: puede ser congénito o adquirido y sin perjuicio, de la clara existencia de un indiscutible sexo somático. En el individuo, empiezan a aparecer manifestaciones, actitudes, tendencias propias del sexo opuesto; estas manifestaciones, contra natura, nacen a temprana edad y se confirman por los juegos infantiles o inclinaciones sociales equivocadas que progresivamente, se destacan y se desarrollan en el individuo, con indiferencia absoluta del comportamiento sexual que le corresponde normalmente.
- c) sexo social: existen sexólogos que aceptan esta última forma de manifestación de la sexualidad o expresión de las características del sexo.

Se observa, como una tendencia hacia sujetos del mismo sexo, que juntos se encuentran sometidos a vivir, permanentemente, en estricta comunidad social, como en establecimientos de educación con régimen de internado.

Más frecuente, ocurren, en hombres y mujeres, estas tendencias sociales irregulares, en individuos privados de libertad, en que el medio ambiente juega un

rol muy importante, por las condiciones de hacinamiento y promiscuidad, allí existentes.

Es muy posible, que la presencia de un sexo psíquico y/o un sexo social progresivamente, conduzcan, tanto al varón como a la mujer a un "homosexualismo" que consiste en la unión genital de personas del mismo sexo (sodomía en el hombre y safismo o lesbianismo en la mujer).

V. PSIQUISMO DEL HOMBRE Y LA MUJER.

Esencialmente, hay una igualdad psicológica entre el hombre y la mujer. Ambos son seres dotados de un alma espiritual que no se diferencia en nada en su esencia.

No obstante, en un cuerpo diferente, con caracteres distintos de cada sexo, tiene una manera de obrar el hombre y otra existente en la mujer; de aquí que podamos referirnos a una psicología masculina y otra femenina. El fundamento de esta diferencia, reside también en los distintos papeles que deben desempeñar ambos sexos en la vida diaria.

Las principales diferencias se relacionan con la intensidad y predominio de los "fenómenos intelectuales" y de la "vida afectiva".

No se puede decir que el hombre sea más inteligente que la mujer, ni que ésta sea más que aquel. No hay entre el hombre y la mujer una mayor o menor "inteligencia", sino diferencias.

El hombre posee una inteligencia más generalizada, de mayor abstracción; la mujer tiene una inteligencia más instintiva, de más análisis.

La vida afectiva, es más intensa en la mujer que en el hombre. Por esta razón, la mujer es más capaz que el hombre en soportar mejor las situaciones penosas, sacrificios espontáneos o un intenso dolor, etc.

La mujer por estar orientada a la maternidad, lleva en sí una abnegación, mucho mayor que el hombre, la cual se ve satisfecha en aquellas que se sacrifican por sus hijos.

VI. COMENTARIO DE ALGUNOS ASPECTOS JURIDICOS:

Iniciamos esta última parte del trabajo, refiriéndonos a la "terminología legal" respecto del sexo. Si bien nuestras leyes hablan de sexo masculino y femenino, de hombre o de varón y de mujer, hay términos comunes que abarcan ambos sexos, y hay términos especiales que sólo se refieren a uno de ellos. Veamos algunos ejemplos:

El Código Civil, en su artículo 25 expresa: "Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo.

Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él".

El artículo 26 del mismo cuerpo legal, siguiendo en parte el proceso de desarrollo sexual dice: "Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos".

El artículo 55 del Código Civil, nos entrega una definición del concepto que corresponde a persona natural y señala: "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición..."

El artículo 102 del mismo código define el matrimonio, señalando: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente".

Son muchas las disposiciones del Código de Bello, que podríamos reproducir a continuación, pero nos basta las ya anotadas para comprender que el sexo, en materia civil, juega un papel importante, con la advertencia, que por recientes reformas a la legislación pertinente la mujer, con justicia, mejora su situación jurídica.

En materia penal, el Código del ramo, contiene, asimismo, disposiciones en que el sexo de un individuo, es determinante en la comisión de un delito, como lo ilustramos de inmediato:

Artículo 375 del Código Penal, y su segunda parte: "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio".

Artículo 394 del C.P.: "Cometen infanticidio, el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las 48 horas después del parto matan al hijo o descendientes y serán ..."

Artículo 363 del C.P.: "El estupro de una doncella, mayor de 12 años y menor de 20, interviniendo engaño, será castigado ..."

En lo tocante, al Derecho Constitucional, últimamente no ha ocurrido nada importante en relación con esta materia y para ello basta con revisar nuestra actual carta fundamental de 1980.

El hecho más destacado, se remonta al gobierno del ex-Presidente, don Gabriel González Videla, oportunidad en que por una reforma legal, se le concedió, a la mujer, la plenitud de sus derechos políticos, que se conservan, con justicia, hasta hoy.

Se termina esta parte del presente trabajo, expresando que no está todo dicho; que falta mucho por revisar; especialmente; en materia laboral, de seguridad social y sanitaria y que a los estudiantes de Derecho, les corresponde ampliar esta inquietud y a los especialistas, *rectificar o mejorar las opiniones que hemos logrado obtener*, con mucha gratitud.

BIBLIOGRAFIA

1. Derecho Civil, tomo I Arturo Alessandri R. 1936
2. Derecho Civil, tomo III Victorio Pescio V. 1978
3. Derecho Civil (parte general) Carlos Ducci C. 1988
4. Derecho Civil, Víctor Vial del Rfo y
Alberto Lyon Puelma 1985
5. Síntesis del D. Civil, Francisco Escobar R. 1985
6. Medicina Legal, Eduardo Hamilton 1961
7. Medicina Legal, Luis Cousiño Mac-Iver
8. Medicina Legal, Samuel Gajardo 1952
9. Medicina Legal, Hernán Silva Silva 1991
10. Antropología Jurídica, Angel Fernández V. 1963

Códigos Chilenos:

Constitución Política del Estado	1980
Código Civil, editorial Jurídica	1990
Código Penal, editorial Jurídica	1983
Código Sanitario, editorial Jurídica	1990
Código del Trabajo, ed. Conosur	1987