

LA LEY

INCLUYE
SUPLEMENTO ACTUALIDAD

DIRECTOR: JORGE HORACIO ALTERINI
AÑO LXXII N° 69

BUENOS AIRES, REPUBLICA ARGENTINA

Jueves 10 de abril de 2008

ISSN 0024-1636

EL COMPROMISO DE CESE DEL ARTICULO 36 DE LA LEY 25.156 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

POR FRANCISCO MURUZETA

I. El Compromiso de Cese

La Ley de Defensa de la Competencia (Ley N° 25.156) ("LDC") prohíbe ciertos tipos de conductas a las que califica como anticompetitivas y establece sanciones para las personas físicas o jurídicas que incurran en ellas. Para la aplicación de una sanción bajo la LDC la autoridad a cargo de su aplicación debe seguir el procedimiento que dicha ley regula.

Un sumario en el marco de una investigación por posible violación a la LDC puede concluir de tres modos diferentes: si el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia ("TNDC") (1) entiende que no existe mérito para sancionar, se procederá al archivo de las actuaciones; por el contrario, si encuentra méritos y a juicio del TNDC se acredita la violación a la LDC, el TNDC aplicará las sanciones que la referida ley contempla; por último, el procedimiento iniciado puede concluir con un Compromiso de Cese en los términos del artículo 36 de la LDC.

El Compromiso de Cese es un instituto del Derecho Antimonopólico de vital importancia, que al igual que en nuestro país existe —con diferentes matices— en las principales legislaciones *antitrust* del mundo. Resulta especialmente útil en aquellos casos que se presentan *ab initio* como dudosos, o en donde la prueba que se necesitaría para acreditar la conducta anticompetitiva denunciada es de difícil o muy compleja producción (tanto por la naturaleza de la prueba a producir como por el tiempo que demandaría y lo incierto de su resultado). Al respecto, cabe traer a colación la reflexión de Cabanellas cuando dice que "...las

SUMARIO: I. El Compromiso de Cese. — II. Las eventuales acciones de responsabilidad por daños y perjuicios. — III. El Compromiso de Cese en el MERCOSUR, Estados Unidos y en la Unión Europea. — IV. Conclusión.

mayores dificultades que enfrenta la vigencia práctica de la legislación antimonopólica es la derivada de los obstáculos que pesan sobre la investigación de los hechos punibles bajo ella, debido a la naturaleza encubierta de las decisiones que dan origen a tales hechos." (2).

En nuestro país el Compromiso de Cese se encuentra regulado en el artículo 36 de la LDC, en donde se establece: "Hasta el dictado de la

resolución del artículo 34 (3) el presunto responsable podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello. El compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento. Transcurridos tres (3) años del cumplimiento del compromiso del presente artículo, se archivarán las actuaciones."

El artículo precedentemente transcrito reproduce sustancialmente la regulación que el instituto en estudio tenía en la anterior Ley de

Defensa de la Competencia (4). Como única diferencia relevante puede señalarse el momento hasta el cual puede ofrecerse el Compromiso de Cese, el cual ha sido extendido en la nueva ley hasta el dictado de la resolución del TNDC que cierra la vía administrativa (en la anterior ley el límite estaba dado por el vencimiento del plazo para contestar el traslado que se confería una vez concluida la instrucción).

En cuanto a la forma de presentación del Compromiso de Cese hay que estarse a lo establecido en Decreto Reglamentario 89/2001, que en relación a ello indica: "El presunto responsable podrá presentar la propuesta de compromiso a la que hace referencia el Artículo 36 de la Ley N° 25.156 por sí solo o en forma conjunta con el denunciante y la SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR. Se correrá vista de dicha propuesta al denunciante y a la SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR a fin de que manifiesten lo que consideren oportuno, ex-

cepto cuando éstos hubieran presentado la propuesta conjuntamente con el presunto responsable."

Si bien el artículo antes transcrito se refiere únicamente a la posibilidad de que el denunciante presente el compromiso "...por sí solo o en forma conjunta con el denunciante y la SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR...", la doctrina ha entendido que la lectura correcta de esta disposición es que el Compromiso de Cese puede ser presentado (i) por el denunciado con el denunciante, (ii) por el denunciado con la Secretaría de Defensa de la Competencia y el Consumidor, o (iii) por el denunciado, el denunciante y la Secretaría de Defensa de la Competencia y el Consumidor (5).

II. Las eventuales acciones de responsabilidad por daños y perjuicios

El artículo 51 de la LDC establece que las personas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley pueden reclamar ante el juez competente en la materia, el resarcimiento por los daños y perjuicios "conforme las normas del Código Civil" (6).

La LDC elimina los condicionamientos que establecía la ley 22.262 para la iniciación de las acciones civiles por resarcimiento de daños y perjuicios (7). Con la sanción de la ley 25.156, para la interposición de una demanda civil por resarcimiento de daños y perjuicios generados por una conducta reputada como anticompetitiva, no resulta siquiera necesario la formalización de una denuncia ante el TNDC (8).

(Continúa en pág. 2) >

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Conforme al artículo 58 de la LDC, hasta la constitución del TNDC, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ejercerá las funciones y competencias que en la ley se prevén para dicho tribunal.

(2) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia", Tomo 2, pág. 387, Editorial Helista, 2005.

(3) El artículo 34 de la Ley 25.156 (Adla, LIX-D, 3942) establece: "Concluido el período de prue-

ba, las partes podrán alegar en el plazo de seis (6) días sobre el mérito de la misma. El Tribunal dictará resolución en un plazo máximo de sesenta (60) días. La resolución del Tribunal pone fin a la vía administrativa."

(4) Artículos 24 y 25 de la Ley N° 22.262 (Adla, XL-C, 2521).

(5) Obra citada, Tomo 2, pág. 370.

(6) La previsión del artículo 51 de la LDC no era necesaria, ya que bastaba al respecto las previsiones que, en materia de responsabilidad, trae el Código Civil (artículos 1066, 1007 y 1109 del Cód-

igo Civil). En tal sentido, señala Cabanellas: "La prohibición prevista en los artículos 1° y 7° de la LDC da el elemento de ilicitud a las conductas bajo ellas comprendidas, causantes de daños a terceros, configurándose así los elementos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad por delitos y cuasidelitos, prevista en dicho Código". Obra citada, Tomo 2, pág. 387.

(7) El artículo 4 de la ley 22.262 establecía: "Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que: a) estuviese firme la resolución prevista en el

artículo 19; b) se hubiere dictado la resolución aprobatoria prevista en el artículo 24; c) se hubiese dictado la resolución prevista en el artículo 26; d) estuviese firme la resolución prevista en el artículo 30. No obstante, transcurridos dieciocho meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrá ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios. El plazo de prescripción será de dos años, a partir de la fecha en que la acción civil pueda ser ejercida, conforme lo establecido en el presente".

(8) Al respecto señala Cabanellas: "Puede así demandarse por daños y perjuicios en sede civil sin efectuar denuncia o sin que exista un proce-

DOCTRINA

El compromiso de cese del artículo 36 de la ley 25.156 de defensa de la competencia.

POR FRANCISCO MURUZETA.....1

DERECHO COMPARADO

Cambio de identidad sexual.

POR FELICITAS MALZEGUI MARCÓ.....3

NOTA A FALLO

La inhabilitación provisoria para conducir en el proceso penal.

POR DIEGO SEITÓN.....5

JURISPRUDENCIA

INHABILITACION PARA CONDUCIR/ Conducción imprudente del automotor — Procesamiento por el delito de homicidio y lesiones culposas — Inconstitucionalidad de oficio de la norma que faculta al juez a disponer la inhabilitación provisoria para conducir (CN.Crim. y Correc.).....5

SUPLEMENTO ACTUALIDAD

ACTUALIDAD PARLAMENTARIA.....1

LA LEY

TOMO LA LEY 2008-B



FIN COPIA
FLIP
30/10/08

(Viene de pág. 1) ▶

Para que tenga lugar la resarcibilidad del daño deben reunirse los requisitos que establece el Código Civil. En tal sentido, el daño debe ser cierto (esto es, resultar objetivamente probable); subsistente, manteniendo ese carácter hasta tanto no sea reparado por el responsable; propio o personal de reclamante; debe afectar un interés legítimo; debe ser significativo; y debe tener una relación causal relevante (9).

A título ilustrativo, quienes podrían iniciar la acción de resarcimiento podrían ser los sujetos que se ven desplazados de la posición que ocupaban en el mercado, los que por esa práctica no pueden ingresar al mercado, y los consumidores que sufren daños por el accionar contrario a la competencia (10). Claro está, para que su acción tenga éxito deberán acreditar los extremos que, en materia de responsabilidad por daños, establece el Código Civil.

Por su parte, los rubros indemnizatorios podrían estar configurados por el daño emergente, el lucro cesante, el descenso del volumen de ventas, el valor de la clientela perdida, los daños a la imagen comercial, la lesión del prestigio o del crédito comercial del que gozaba en el mercado, los costos laborales por haber tenido que proceder al despido de empleados, las inversiones realizadas y los costos financieros causados por las conductas anticompetitivas (11).

Ahora bien, corresponde analizar qué implicancias se derivan, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, del hecho de haber suscripto un Compromiso de Cese. Específicamente, la cuestión a dilucidar consiste en saber si dicha acción (suscripción del Compromiso de Cese) implica o no un reconocimiento de las imputaciones realizadas por el TNDC en el acto de apertura del sumario que diera origen a la investigación. En efecto, si la celebración del Compromiso de Cese implica un reconocimiento por parte del sumariante de las conductas anticompetitivas imputadas por el TNDC (12), luego éste no podrá (al menos con éxito), en un posterior y eventual reclamo de daños y perjuicios iniciado por quien se considere perjudicado por dichas conductas, negar la existencia o la ilicitud de las mismas.

En el contexto indicado es necesario analizar el rol que juega el artículo 1102 del Código Civil, el que establece: "Después de la condena del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado" (13). En tal sentido, en primer lugar, habrá que dilucidar si (i) un sumario en el marco de la LDC es asimilable a un "juicio criminal", y (ii) si el Compromiso de Cese puede ser asimilado a una "condenación".

Respecto a lo primero, si bien existe consenso en considerar a los procedimientos bajo la LDC (especialmente, los relativos a investiga-

ción de conductas) como procedimientos de naturaleza penal, no es menos cierto que el artículo se refiere a "juicio criminal". Por ello, extender dicho término a otras investigaciones de carácter no judicial (como sería la que lleva a cabo la LDC) sería forzar el alcance de la norma y con ello, la voluntad del legislador al crearla.

La segunda cuestión consiste en dilucidar si la suscripción de un Compromiso de Cese del artículo 36 de la LDC puede ser asimilado, en cuanto a sus efectos, a una "condenación" en los términos del artículo 1102 del Código Civil. En tal sentido, la respuesta ha de ser también negativa, atento a la ausencia en el instituto en estudio del efecto sancionatorio propio de una "condenación" (14). En el mismo sentido se han pronunciado otros autores como Carbajales - Marchesini (15) y Spolansky (16).

Teniendo en cuenta lo expuesto podemos concluir que, si bien la LDC omite referirse concretamente a la cuestión aquí analizada, es dable interpretar que la suscripción de un Compromiso de Cese bajo la ley 25.156 no implica un reconocimiento de las imputaciones realizadas por la CNDC en el acto de apertura del sumario que diera origen a la investigación. En el mismo sentido, es dable concluir que no es de aplicación el artículo 1102 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo dicho, teniendo en cuenta las graves implicancias que podrían derivarse de una interpretación en contrario, lo más aconsejable es que en el mismo Compromiso de Cese se deje especialmente aclarada la cuestión, en el sentido de que la suscripción del mismo no podrá ser considerada como un reconocimiento por parte del investigado de haber incurrido en la conducta anticompetitiva objeto del Compromiso de Cese.

III. El Compromiso de Cese en el MERCOSUR, Estados Unidos y en la Unión Europea

III.1. Mercosur

El Compromiso de Cese se encuentra legislado en los artículos 22 y 23 del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (17). En dichos artículos se establece que el Comité de Defensa de la Competencia podrá homologar, *ad referendum* de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, un compromiso de cese de la práctica sometida a investigación "...el que no importará confesión en cuanto al hecho ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada"; y asimismo, se establecen las cláusulas que necesariamente deberán ser incluidas en el Compromiso de Cese, tales

como la obligación del denunciado de cesar la práctica investigada en el plazo que se establezca; el valor de la multa diaria a ser impuesta en caso de incumplimiento al acuerdo arribado; y la obligación del denunciado de presentar informes periódicos sobre su actuación en el mercado y sobre eventuales modificaciones en su estructura societaria.

A diferencia de lo que sucede con la regulación de este instituto en la LDC, con esta clara y completa redacción, se despeja toda duda en relación a las implicancias que puede traer aparejada la suscripción de un Compromiso de Cese, impulsando así una impronta utilitarista de esta eficaz herramienta de la política antimonopolística.

III.2. Estados Unidos

A los fines de incentivar el uso en nuestro país del instituto en cuestión, sería plausible que una futura reforma legislativa aclarara, al igual que lo establece el Protocolo de Defensa de la Competencia del Consumidor del MERCOSUR, que la suscripción de un Compromiso de Cese no implica confesión por parte del denunciado "en cuanto al hecho ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada".

and Penalties Act", más conocida por "*Tunney Act*" en referencia al Senador John V. Tunney, autor del proyecto luego convertido en ley.

La *Tunney Act*, que fuera sancionada en el año 1974, tuvo como principal finalidad establecer la revisión judicial —por Cortes Federales de Justicia de los Estados Unidos— como instancia obligatoria de cada *Consent Decree* acordado entre el Departamento de Justicia de los EE.UU. ("*DOJ*", según sus siglas en inglés) en relación a denuncias realizadas por dicho organismo por violación a las leyes de defensa de la competencia.

Al respecto, cabe destacar que antes de la *Tunney Act*, no existían procedimientos legales específicos que regularan de modo alguno los *consent decrees* que celebraba el DOJ. Justamente por esta razón, y por las repercusiones que tuvieron lugar a raíz del acuerdo arribado —"a puertas cerradas"— entre el DOJ y la Internacional Telephone & Telegraph Corp ("*ITT*"), surgió la necesidad de regular este tipo de "*settlements*", y establecer una instancia obligatoria de revisión judicial por cortes federales (18).

El procedimiento de la *Tunney Act* prevé la elaboración, por parte del DOJ, de un "*Competitive Impact Statement*" (CIS), el que debe ser presentado al juez competente conjuntamente con el *consent decree* propuesto. Asimismo, en dicha presentación debe identificarse la conducta anticompetitiva investigada y el remedio propuesto. Todos estos documen-

tos deben ser publicados en el "*Federal Register*" (asimilable a lo que sería en la República Argentina el Boletín Oficial) para su conocimiento público. Luego de transcurrido el plazo para que terceros realicen comentarios u observaciones al *consent decree* propuesto, el DOJ presenta al juez interviniente dichos comentarios. Con todos los elementos indicados, el juez decidirá si homologa o no el acuerdo propuesto (19).

El juez sólo homologará el acuerdo propuesto —*consent decree*— en la medida que el mismo sea en el "*interés público*".

Asimismo, la *Tunney Act* establece que una decisión final en el marco de un proceso civil o criminal iniciado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en el cual se determine la violación a la legislación *antitrust*, será considerado *prima facie* evidencia contra el denunciado en un eventual juicio en el que terceros reclamen daños y perjuicios por la conducta anticompetitiva objeto del proceso civil o criminal en cuestión. Sin perjuicio de ello, la ley en cuestión establece también que el "*prima facie effect*" no será de aplicación en caso de *consent judgments* o *consent decrees* celebrados "antes de que algún testimonio haya sido tomado" (20).

Es decir, si se cumplen los requisitos establecidos por la "*Tunney Act*" para que la autoridad judicial homologue el acuerdo al que arribaron las partes (principalmente, que el acuerdo sea consistente con el interés público), dicho compromiso o las cuestiones ventiladas durante el proceso regulado por la *Tunney Act* contra el denunciado, en los eventuales juicios por daños y perjuicios que inicien terceros, no constituirá evidencia de ningún tipo en relación a la existencia o autoría de la conducta anticompetitiva investigada. En otras palabras, la celebración de un acuerdo en los términos de la *Tunney Act* no representa para el denunciado admitir la comisión de la conducta anticompetitiva denunciada (21).

III.3. Unión Europea

En la Unión Europea, el Compromiso de Cese como herramienta para poner fin a una investigación al que se supuesta comisión de conductas anticompetitivas se reguló recién en el 2002, con el dictado del "Reglamento (CE) Nro. 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado" (22).

El artículo 9 del Reglamento (CE) Nro. 1/2003 establece: "Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión para su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella cons-

NOTAS

dimiento en sede administrativa, o bien optar por entablar la acción civil una vez que se ha iniciado o resuelto el procedimiento en sede administrativa". Obra citada, Tomo 2, pág. 392. Al respecto, señala Martínez Medrano que si bien bajo la LDC es posible interponer la demanda civil sin previamente haber efectuado la denuncia ante el TNDC, es poco probable que ello ocurra, ya que es precisamente en la investigación del TNDC de donde surgirán las pruebas de la infracción y del daño. "Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia", pág. 221., Ed. Depalma, 2002.

(9) ALTERINI, Attilio Aníbal - AMELA, Oscar José - LOPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales", pág. 259 y ss., Ed. Abeledo - Perrot, 1995.

(10) DROMI, Roberto, "Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC", pág. 149, Ed. Ciudad Argentina, 1999.

(11) SEREBRINSKY, Diego H., en "Poder de Compra de los Grandes Retailers y Defensa de la Competencia"; La Ley, N° LXXI N° 234.

(12) A esta postura pareciera adherir Gabriel Martínez Medrano cuando dice: "Mediante este compromiso el denunciado reconoce que su conducta es anticompetitiva y se compromete al cese de la misma en forma inmediata y gradual o a la modificación de los aspectos relacionados con su accionar." Ob. citada, pág. 207.

(13) Al respecto, y como otra cara de la misma moneda, el artículo 1103 del Código Civil establece: "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución".

(14) Ob. citada, Tomo 2, pág. 373 y ss.

(15) "Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia", pág. 269, Editorial Ad-Hoc, 2002.

(16) "Derecho penal, Mercado Competitivo y MERCOSUR"; LA LEY, 1997-E, 1308.

(17) MERCOSUR /CMC/ DEC. N° 18/96. El artículo 33 del Protocolo establece que el mismo entrará en vigencia treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, con relación a los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen y, en el caso de los demás signatarios, en el trigésimo día después del depósito del respectivo instrumento de ratificación. A la fecha de publicación de este trabajo, sólo Brasil y Paraguay han efectuado el depósito de ratificación.

(18) Los acuerdos - consent decrees - celebrados entre el DOJ y ITT estuvieron rodeados de denuncias por irregularidades. Entre ellas, surgió a la luz una donación de US\$400.000 que ITT efectuó al entonces partido oficialista (Comité Nacional Republicano).

(19) KRAUSS, Joseph G. - SAYLOR, David J. and BREED, Logan M., "The Tunney Act: A House Still

Standing"; The Antitrust Source (www.antitrustsource.com)

(20) #5 Caltan Act, 15 U.S.C. # 16 (Tunney Act): "A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties thereto: Provided, That this section shall not apply to consent judgments or decrees entered before any testimony has been taken."

(21) FLYNN, John J. - BUSH, Darren, "The Misuse and Abuse of the Tunney Act: The Adverse Consequences of the "Microsoft Fallacies"; Vol. 34, pág. 749 y ss. Loyola University Chicago Law Journal.

(22) Diario Oficial de las Comunidades Europeas de fecha 4 de enero de 2003.

tará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión."

Nada dice el artículo antes transcrito acerca de las implicancias que, para el denunciado y desde el punto de vista de su responsabilidad civil por daños y perjuicios frente a terceros, se pueden derivar de la celebración de un compromiso de cese. Sin perjuicio de ello, la respuesta a dicho interrogante podría encontrarse en los considerandos del Reglamento (CE) NOTAS

(23) Conforme lo indican las Memorias que publica en su sitio web la CNDC, desde 1981 al 2006 inclusive existieron 356 casos denunciados, de los cuales 74 finalizaron con una sanción (20,7% del total), y 22 con la suscripción de un Compromiso de Cese (6,1 % del total) (fuente: www.meccon.gov.ar/cndc/novedades.htm). A la fecha de publicación de este trabajo no ha sido publicada la memoria correspondiente al año 2007.

Nº 1/2003, cuando en el apartado #13 al respecto indica: "Las decisiones relativas a esos compromisos constatarán que ya no hay motivos para que la Comisión intervenga, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe."

IV. Conclusión

Los acuerdos entre el denunciado/investigado y las autoridades de defensa de la

competencia se han convertido en el principal instrumento que tienen las agencias de defensa de la competencia en el mundo para hacer cesar las situaciones que a priori se consideran anticompetitivas. La conveniencia de la utilización de este instituto no sólo está representada por su rapidez y celeridad, sino por su eficiencia desde el punto de vista del ahorro de recursos, tanto por parte del Estado como de los particulares.

A los fines de incentivar el uso en nuestro país del instituto en cuestión (23), sería plausible que una futura reforma legislativa aclara, al igual que lo establece el Protocolo de Defensa de la Competencia del Consumidor

del MERCOSUR, que la suscripción de un Compromiso de Cese no implica confesión por parte del denunciado "en cuanto al hecho ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada".

En dicha reforma, y más acorde con la regulación que respecto al tema existente en los Estados Unidos (a saber, la *Tunney Act*), sería conveniente también que se prevea una instancia de revisión judicial obligatoria de los Compromisos de Cese, para asegurar así acuerdos justos que no pierdan de vista el objetivo principal de esa especialidad: la defensa de la competencia y la protección al interés económico general. ♦

DERECHO COMPARADO

CAMBIO DE IDENTIDAD SEXUAL

POR FELICITAS MAIZTEGUI MARCO

I. Introducción

El problema del "transsexualismo" conlleva a analizar la problemática que trae aparejada el cambio de identidad en la persona, modificación que trasciende al campo del derecho, siendo en éste en el que se reflejará si es posible, y en su caso bajo qué condiciones otorgar un marco legal a ello y abrigar qué consecuencias y repercusiones se dan en diferentes aspectos.

En este sentido se advierte hoy día que en tres sistemas legales —Reino Unido, España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos— la transexualidad ha nacido en el mundo jurídico de modo diverso según qué criterio se adopte de admisión al postulado "qué es la identidad sexual de la persona" (criterios: biológico, psicológico, socio-psicológico etc.), los cuales han servido para definir la identidad sexual de una persona transexual, por vía jurisprudencial y en algunos casos legislativamente.

Actualmente en nuestro país los fallos emitidos en sentido favorable a la reasignación registral de un nuevo sexo destacan el aspecto socio-psicológico de la persona.

Conocer la progresividad del concepto de identidad sexual en cada sistema jurídico, generalmente vía intervención quirúrgica, posibilita auscultar mediante los motivos dados al reconocimiento cuáles han sido los soportes legales que habilitan determinada solución, conocer cómo subyace en la misma una filosofía del derecho y aspectos socio-culturales, entre otros varios. A su vez, existen diferentes efectos jurídicos a esos cambios y, por tanto, ellos impactan en distintas esferas de la personalidad. Todo ello lleva a tener que posicionarnos en concepciones antropológico-filosóficas, a fin de posibilitar una crítica.

II. Tres sistemas legales

Brevemente indicaré las notas salientes de los tres sistemas legales antes referido, en los que se asienta la aceptación legal de la transexualidad como causa del cambio de identidad. Finalmente los alcances de los fallos habilitantes en nuestro país intentando realizar una aproximación de algunas conclusiones.

II. a) Reino Unido

En el *Common Law*, el derecho se deriva de las decisiones judiciales que reconociendo principios,

costumbres y reglas de conductas, poseen suficiente autoridad para fijarlo, a más de los estatutos que emite el cuerpo legislativo; de allí la importancia del precedente en la jurisprudencia. En el tema que nos ocupa, en el caso de 1947 "*Gardner vs. Gardner*" (1) el cónyuge solicitó el divorcio fundado en la conducta antinatural de la cónyuge (que conocía antes del matrimonio) por prácticas homosexuales. Aun siendo madre del hijo común, ella expuso claramente su voluntad de cambiar su sexo —al masculino—. El Tribunal entendió que ese cambio de sexo era "un exponente de perversión sexual" y tuvo en cuenta el estado de quiebre de salud mental del esposo, declarando el divorcio por conducta antinatural de la cónyuge.

En el precedente *R.E.L. (orser) r.E.L.*(2), se concluye que la falta de consumación de un matrimonio provoca la nulidad (la mujer concibe un hijo por fecundación artificial) y el vínculo es considerado antinatural, el juez sostuvo que existe una impotencia psicológica en el marido y que se trata de "un matrimonio antinatural".

En *Jackson v. Jackson and Pavan* (3) se sienta el principio de la evidencia de la verdad, en el sentido de que son ciertos los datos de la partida de nacimiento y el sexo allí consignado es un dato fundamental de identidad sexual.

Para determinar la identidad sexual de una persona, la jurisprudencia fue cambiando; al inicio la solución estaba en cuál es el sexo biológico y, posteriormente, se fue incorporando el criterio psicológico-social.

El paso de un criterio biológico a uno psicológico-social para determinar la identidad sexual de una persona demuestra, por un lado, un conocimiento escaso de la realidad que se analiza e intenta proteger jurídicamente (la identidad sexual de las personas) y, a su vez, vacía de contenido esa misma realidad que no puede ser definida de dos modos opuestos o contradictorios. Es lógico que eso conlleve al desdibujamiento de la efectiva trascendencia jurídica que la identidad sexual de las personas tiene para el derecho. Será en la institución de la familia y del matrimonio donde se refleje con más claridad esta situación (4).

En el año 1963 llega a los estrados judiciales el caso *Corbett v. Corbett*, asunto en el cual se plantea si existe o no matrimonio celebrado con un transexual varón (la cónyuge) debiendo decidirse en

primer término cuál es la identidad sexual de la "Sra. April Ashley". La partida de nacimiento da cuenta que nace varón y no hay controversia en torno a ello; se convocan a nueve expertos en medicina y concluyen que no es una mujer (hay una oposición entre poseer un sexo biológico a un sexo psicológico) porque el sexo biológico viene determinado aun antes del nacimiento y que las intervenciones quirúrgicas para modificar la morfología no alteran el verdadero sexo. De allí que se fija como criterio que el sexo está definido por factores biológicos y siendo el matrimonio la unión entre dos personas heterosexuales, el hecho que una persona asuma un rol diferente a su sexo biológico no le permite ser considerada como perteneciente a un sexo diferente al que señalan sus genes, cromosomas y hormonas. De resultados de lo cual, el matrimonio es declarado nulo por tratarse de una unión homosexual, destacándose la diferencia existente entre sexo y género.

El criterio comienza a ser modificado —fallo de 1996— habiendo una tendencia a tomar en cuenta el género antes que el sexo, es decir, lo subjetivo y cultural de la persona. Así en *Bellinger v. Bellinger* el Tribunal Superior del Reino Unido, el 11 de julio de 2003, dijo que los cambios culturales justificaban la adopción de un criterio más flexible admitiendo no obstante que es el Parlamento el que debe modificar el régimen matrimonial entre personas heterosexuales biológicamente rechazando así el pedido de declaración de validez del matrimonio celebrado entre un transexual-varón y otro varón (5).

A más del cuestionamiento de la identidad sexual para admitir la validez del matrimonio, se siguieron en distintos ámbitos (laboral, penal, administrativo, fiscal) planteos de igual raíz. Posteriormente se suceden otros ligados a la no discriminación en el ejercicio de la patria potestad cuando transexuales padres de niños modifican su sexo con posterioridad a haberlos concebido y casos en que no son los padres biológicos pero sí legales. En estos últimos, considerando el bien del menor, se negó el derecho al ejercicio de la paternidad.

En el año 2002 el gobierno inglés presenta al Parlamento un documento que propone un nuevo sistema registral, que entró en vigor en el 2005 (6), a través del cual se reconoce legal y registralmente las distintas identidades sexuales que una persona puede adoptar sucesivamente en su vida, validando el sexo social asumido y que es la persona la que decide su propia identidad sexual. De tal forma, el género o rol sexual adoptado sustituye al sexo.

II. b) España

Aquí se recepta en los inicios del tema el criterio socio-psicológico (no hay regulación legal especí-

fica sobre el cambio de sexo) (7) aceptando un reconocimiento jurídico del nuevo sexo, y rectificándolo aun sin cambio quirúrgico de sexo (8), con limitación de los efectos derivados de esa nueva identidad.

Sin embargo, partiendo que el sexo biológico es invariable y por tanto no es un criterio apto para identificar la identidad sexual de quien tiene una nueva apariencia, la solución buscada tiene que ser legal. En este sentido en una primera etapa jurisprudencial se crea la teoría de la ficción (9) considerando a los transexuales en su nueva identidad pero limitando su aptitud para el matrimonio, como un tercer sexo, considerando que éste no es indiferente a todas las esferas de la persona que regula el derecho.

Posteriormente a partir del "derecho al libre desarrollo de la personalidad" reconocido en el art. 10.1 de la Constitución, la psique es el criterio a seguir para determinar la identidad sexual que se posee, exigiéndose una modificación morfológica que concuerde con el sexo que se pretende asumir jurídicamente.

La resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001 ha dado reconocimiento jurídico al nuevo sexo aparente de un transexual —reconocido judicialmente— pudiendo contraer matrimonio con personas de distinto sexo legal aunque coincida con el sexo biológico (10). Vale decir, que se admite el matrimonio heterosexual sólo desde el punto de vista legal, o sea, reconociendo que un transexual-varón adoptó legalmente su nueva identidad a mujer y puede unirse con otro varón, ya que en apariencia los dos sexos son distintos, disgregándose así la identidad personal con la sexual, el matrimonio y la familia.

Ciertas Comunidades Autónomas han legalizado diferentes tipos de uniones de hecho reconociéndoles determinados efectos jurídicos. Verbi-gracia, la ley foral para la igualdad jurídica de parejas estables de Navarra del 3 de julio de 2006, admite la adopción por parte de una pareja homosexual y la ley valenciana sobre uniones de hecho del 6 de abril de 2001, reconoce algunos beneficios económicos y jurídicos a aquellas personas que celebren un contrato de unión civil. Asimismo existen diversos proyectos de ley presentados al Congreso (11) para modificar el Código Civil y reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, como pareja humana (12).

II. c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El precitado Tribunal (13) sostiene que cada sistema jurídico puede decidir el criterio para deter-

(Continúa en pág. 4) ▶

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) "*Gardner v. Gardner*", 1947 1 All ER 630, 177 TL 148, 63 TLR 417; 1947 WN 128.

(2) *R.E.L. (orser) r.E.L.*, 1949 P211; 1949 1 All ER 141, 65 TLR 88.

(3) "*Jackson v. Jackson and Pavan*", 1964 P25; 1960 3 All ER 621; 1961 2 WLR 59.

(4) Cfr. CAMPS, Marina, "Seminario de Bioética", 26 de julio de 2007, Facultad de Derecho, Universidad Austral.

(5) Los *Bellinger* contrajeron matrimonio en el año 1981 y pretendían una declaración judicial de la validez del mis-

mo, a la luz de la prohibición establecida en el Estatuto de Matrimonio de 1973 y la compatibilidad con los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales.

(6) Gender Recognition Act 2004, <http://legislation.hmso.gov.uk/si/si2005/20050054.htm>.

(7) La Ley Orgánica 8/1983 modificó el art. 428 del Código penal despenalizando la cirugía de cambio de sexo con consentimiento libre y expreso. El Reglamento de Registro Civil dice en relación a la rectificación del sexo que no se dará publicidad sin autorización especial. Hasta el año 1982 los cambios o rectificación de sexos se admitían en casos de intersexualidad y no por transexualidad.

(8) Esto se reconoce en el año 2004 en un tribunal de Barcelona.

(9) STS 2 de julio de 1987, RJ 1987, 5045. El Tribunal Supremo sentenció, al reconocer el cambio de nombre-sexo, que esa modificación no supone una ocupación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiera la plena capacidad y aptitud en cada supuesto.

(10) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1 de abril (2001) 1896, p.111 y ss.

(11) <http://www.drugfarmacia.com/spa/sexologia/01ultimonumero/01editoriales/index.asp>. En el mes de marzo de 2007 se aprobó por el pleno del Congreso la ley reguladora

de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, permitiéndose a los transexuales que lo deseen cambiar su nombre y adscripción de género ante el Registro Civil.

(12) La Ley 13/2005 modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, incluyendo la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo, teniendo acceso al status matrimonial.

(13) En 1950 se suscribió el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales. El Protocolo nº 11 que entró en vigencia en el año 1998 modificó la original estructura del Consejo de Europa (partido) creando el Tribunal Europeo que tiene