

## *Transexualidad y cirugía*

Propuesta de un texto alternativo para el artículo 110 del Proyecto de Código Civil argentino y el artículo 13 del nuevo Código Civil brasileño

Por Ricardo D. Rabinovich-Berkman

### **1. Planteo**

Este trabajo es el tercero de una línea, iniciada con la ponencia que presentáramos a las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001), y continuada mediante la conferencia que diéramos en el I Congreso Nacional de Fiscales de Familia (Río de Janeiro, 2002, inédita). A su vez, su temática e ideas se derivan de cuanto sostuviéramos en la parte pertinente de algunas obras previas<sup>1</sup>. De allí que, por una cuestión de prolijidad, y para evitar reiteraciones, en los aspectos que hemos desarrollado en aquellas oportunidades, no nos explayaremos esta vez.

La primera pregunta que nos vemos forzados a hacer, es si realmente es cosa sensata el que estemos tratando de la sexualidad como cuestión jurídica. No podemos dejar de recordar el magnífico cuento medieval español del rey que, burlado por unos estafadores que le aseguraron que vestía telas hermosas que no podían ver los bastardos, salió desnudo al desfile. Todos tan temerosos como el soberano de que al declarar que nada veían se los tuviese por hijos ilegítimos, alababan las inexistentes vestiduras. Hasta que un negro que no había que pudiese perder, llegó al rey y díjole: “Señor, a mí no me empece que me tengáis por hijo de aquel padre que yo digo, ni de otro, y por ende os digo que yo soy ciego, o vos desnudo vais. [...] Y desde que el negro esto dijo, otro que lo oyó dijo eso mismo, y así lo fueron diciendo, hasta que el rey y todos los otros perdieron el recelo de conocer la verdad”<sup>2</sup>. Así, a menudo, es de impune lo obvio, por su obviedad misma, que es su mejor escudo.

Se dedican congresos y comisiones de reuniones jurídicas a tratar la cuestión de la sexualidad. Se publican libros que total o parcialmente la abordan. Se dan clases sobre ella en las facultades de derecho, conferencias en las entidades que reúnen a los autodenominados “letrados”. Es decir, se asume y presume que es un asunto jurídico y del menester de los hombres y mujeres de derecho. Pero, ¿realmente lo es? O, en otras palabras, ¿debería serlo? Veamos:

### **2. Algunas objeciones**

Algunos consideran que las “anormalidades sexuales”, teniendo por tales, al mero efecto de este debate (y sin que ello implique nuestra conformidad con esa postu-

---

<sup>1</sup> Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Transexualidad, una aproximación jurídica integradora*, Bs. As., Dunken, 1996; *Cuestiones actuales en derechos personalísimos*, Bs. As., Dunken, 1997; *Vida, cuerpo y derecho*, Bs. As., Dunken, 1998; *Responsabilidad del médico*, Bs. As., Astrea, 1999; *Bioderechos*, Bs. As., Dunken, 1999; y *Derecho Civil. Parte general*, Bs. As., Astrea, 2000.

<sup>2</sup> Don Juan Manuel, infante, *El conde Lucanor*, Bs. As., Difusión, 1979, p. 174 (actualizamos el idioma).

ra), a las orientaciones no “heterosexuales”, serían enfermedades. Ahora, si tales fuesen, nos preguntamos: ¿qué otra cura de enfermedades genera tanta oposición jurídica como la operación de “cambio de sexo”, que es, según pacífica doctrina médica y psicológica, uno de los medios terapéuticos a adoptar frente a la transexualidad?

Si las referidas orientaciones no heterosexuales no constituyesen supuestos patológicos (tal, lo aclaro, es nuestra creencia, y la de muchos autores, tanto jurídicos como médicos y psicológicos), entonces se trataría, por definición, de un aspecto íntimo, que hace al proyecto existencial de cada uno. En consecuencia, no sería una cuestión jurídica, por faltarle la interferencia intersubjetiva que, en términos cossianos, que compartimos, es requisito de toda materia que interese al derecho.

Nótese que en el caso específico de la transexualidad<sup>3</sup>, lo que habilita una terapia (es decir, lo patológico) es la inadecuación entre orientación sexual y cuerpo, no la orientación en sí (por lo menos, en nuestra postura). De allí que no coincidamos tanto últimamente (hemos cambiado de postura al respecto) con Millot<sup>4</sup>, que propugna la primacía de los abordajes terapéuticos psicológicos sobre los quirúrgicos, porque para ella lo que se debe tratar es la transexualidad en sí. Nosotros creemos que esa tesis sólo se justificará en caso de pedido expreso del paciente, que ha de ser amo y señor de optar por la operación.

Si cada uno es titular de su propia existencia, y el cuerpo es aquello con lo que existimos y desde donde existimos<sup>5</sup>, ¿cómo podemos aceptar que se declaren “prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres” (art. 110, Proyecto de Código Civil argentino), o *defeso o ato de disposição do próprio corpo* (art. 13, nuevo Código Civil brasileño, que entrará en vigor en enero del 2003)?

Si la gran finalidad de todo sistema jurídico, como sostenía Bentham<sup>6</sup>, es la búsqueda y consecución de la felicidad, tanto individual como general, para el mayor número de personas, ¿quién (que no padezca una patología psicológica severa) podría ser feliz prohibiendo a otros ser felices sin verdadera necesidad?

A esto se responde a menudo que si hay un interés común en vedar las cirugías de cambio de los atributos sexuales externos. Y dentro de esta postura, a su vez, se suele argumentar que la mudanza física traería la de la identidad de género (masculino, femenino), y ésta, a su vez, ocasionaría graves dificultades a los acreedores y demás terceros interesados. Pero es un aserto anacrónico, porque actualmente un simple registro computarizado soluciona el problema, pues con él el dato personal “sexo” se modifica en segundos, permitiendo aun así identificar al sujeto.

<sup>3</sup> Preferimos esa palabra en lugar de “transexualismo”, porque el sufijo *ismo* denota normalmente enfermedad.

<sup>4</sup> Millot, Catherine, *Exsexo. Ensayo sobre el transexualismo*, Bs. As., Catálogos, 1984, p. 95 y siguientes.

<sup>5</sup> “Mi cuerpo es lo que me individualiza, lo que me hace ser quien soy [...] el cuerpo, sin el cual yo no sería; el cuerpo, que me hace ser quien soy, que impide mi confusión con los otros yo [...] el fundamento de mis posibilidades, de mis proyecciones, de toda mi acción. Mi cuerpo es el *aquí, ahora*; y con respecto a ese *aquí, ahora*, que mi cuerpo es, se estructuran el *allí, el después*, hacia los cuales me proyecto”, Fatone, Vicente, *Introducción al existencialismo*, Bs. As., Columba, 1973, p. 30 y 31.

<sup>6</sup> Bentham, Jeremías, *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, Londres, 1789.

### 3. El supuesto “estado sexual”

En este terreno, se suele hacer mucho ruido por pocas nueces. Se habla de la supuesta inmutabilidad del así llamado “estado sexual”, como verdadera cuestión de orden público. Pero la teoría de los “estados” (*status*) es de derecho romano, y el tal “estado sexual” en Roma nunca existió. De los tres estados romanos, el único sensible al sexo era el *status familiae*, pero los autores y las normas sólo consideraron al sexo como un dato de la realidad, jamás como un “estado” en sí<sup>7</sup>.

También se equivocan los que estiman que “por ser un estado” el sexo debe permanecer jurídicamente inmutable, pues todos los “estados” del derecho romano eran, por definición, mudables. El esclavo podía tornarse libre, y viceversa; el extranjero obtener la ciudadanía, y el ciudadano perderla; el *filiusfamilias* volverse *paterfamilias* y éste convertirse en *alieni iuris* (con la arrogación). En definitiva, para sostener la cuestión desde el ángulo romanista, hay que prestar más atención al derecho romano, cosa que en los últimos lustros se ha hecho bastante poco.

Lo cierto es que parecemos olvidar otra pregunta básica: ¿tiene verdadero sentido actualmente un registro civil separado de hombres y de mujeres? En otras palabras: en sociedades que se proclaman igualitarias para individuos de ambos sexos, ¿sigue teniendo razón de ser la identificación sexual en la documentación? Históricamente, ella siempre estuvo ligada a la discriminación de la mujer y a las restricciones a su capacidad jurídica (es bastante exacto el principio: “dime qué identificas, y te diré en qué discriminas”). ¿Será, acaso, que más allá de las proclamas altisonas, no estamos realmente tan deseosos de asumir en toda su extensión las consecuencias de una sociedad abierta?

“El sexo es inmutable, y sólo existen dos. Siempre fue así, porque es cosa de la naturaleza. Nada va a poder hacer el hombre a ese respecto”, se dice, y es normal que no tarden en recordarse las muchas admoniciones bíblicas al respecto, como la condena a los travestis en Deuteronomio 22, 5, la de los hombres castrados (Deuteronomio 23, 1) y las que atañen, directamente, a la homosexualidad (Deuteronomio 23, 17, y especialmente 1 Timoteo 1, 10; 1 Corintios 6, 9: “¿No saben que los injustos no heredarán el reino de Dios? No se extravíen. Ni fornicadores, ni idólatras, ni adúlteros, ni hombres que se tienen para propósitos contranaturales, ni hombres que se acuestan con hombres”).

Pero dejando de lado los argumentos bíblicos, porque son confesionales y no científicos, este de la inmutabilidad no es un aserto válido desde todo punto de vista, porque hoy realmente existen técnicas que, si bien no consiguen un auténtico e integral “cambio de sexo”, sí aproximan mucho más en sus características físicas al sujeto al sexo opuesto que al que tenía antes de someterse a ellas. Hay cosas nuevas bajo el sol, y a esas cosas nuevas hay que darles respuesta, en vez de obstinarse y negarlas.

También los antiguos griegos (notoriamente Aristóteles en *La política*), y muchos romanos no les iban en saga (ni siquiera el propio Cicerón, a pesar de su estoicismo), creían que la esclavitud era cosa de la naturaleza. Y muy poco tiempo atrás, todavía se predicaba, incluso en círculos de intelectuales, que los “negros” y las mujeres eran

---

<sup>7</sup> Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho romano*, Bs. As., Astrea, 2001.

“naturalmente” inferiores en lo intelectual, y que, desgraciadamente, nada se podía hacer para cambiar eso. Igualmente, se afirmaba que volar era imposible, por ser el cuerpo más pesado que el aire, y por tanto sólo era asunto de brujas y hechiceros, carne de hoguera.

Otra vez sería bueno recordar más el derecho romano: es “por causa de los hombres que se constituyó todo el *ius*” (*Digesto* 1, 5, 2), y no a la inversa: no el hombre para el derecho. No seamos esclavos de nuestras propias criaturas, no terminemos, como el aprendiz de brujo de la leyenda medieval, víctimas de nuestros conjuros.

Hay otros que destacan que las cirugías de cambio del aspecto sexual son irreversibles y cruentas. Es cierto, pero también lo son muchas otras operaciones quirúrgicas, incluso algunas bastante prescindibles, como las estéticas no reparadoras, a las cuales, por cierto, no se presentan oposiciones (y son mucho más fecundas en juicios de mala praxis que las intervenciones de otros rubros).

#### 4. Las buenas costumbres

Se aducen las “buenas costumbres” como baluarte en contra de cualquier apoyo a las tendencias no heterosexuales. Pero, ¿quién ha de fijar cuáles son las buenas costumbres, y cuáles las malas?

Sócrates, por ejemplo, era un activo homosexual. Pocos párrafos más cargados de homoerotismo que este del *Banquete* de Platón (175, c y d): “Entonces, prosiguió mi narrador, Agatón, que se encontraba recostado solo en el último lecho, exclamó: ¡Aquí, Sócrates, recuéstate a mi lado, para que, en contacto contigo, disfrute yo también de ese sabio descubrimiento que se ha presentado a tu espíritu en el vestíbulo! [...] Y entonces Sócrates se recostó y dijo: ¡Qué bueno sería, Agatón, si la sabiduría fuese cosa de tal índole que pudiera derramarse del más lleno al más vacío, con tal de que estuviéramos tú y yo en contacto el uno con el otro, así como un hilo de lana hace pasar el agua de la copa más llena a la más vacía! Si es así que sucede también con la sabiduría, entonces estimo mucho el hecho de estar a tu lado en este lecho, pues imagino que, saliendo de ti, un amplio y bello saber vendrá a llenarme”<sup>8</sup>.

Sócrates, al parecer, mantuvo una larga relación amorosa con Platón. Y aunque ambos (cada uno por su lado) fueron objeto de muchas imputaciones por parte de la comunidad ateniense y de otras ciudades, nunca fueron molestados, que se sepa, por su homosexualidad. De hecho, Sócrates fue, según la *Apología* de Platón, acusado concretamente de “corromper a los jóvenes”. Sin embargo, a pesar de que su tendencia homosexual era pública, la imputación se refería a la supuesta enseñanza de nuevos dioses, y a la aducida incitación a rebelarse contra las leyes de la ciudad, pero ni una palabra se dijo de los aspectos eróticos<sup>9</sup>.

Es que, según explica Andrewes, “Como nuestro marco social nos hace difícil mirar este aspecto tranquilamente, ha de destacarse desde un principio que hay, y ha habido, muchas civilizaciones que abiertamente toleran la homosexualidad sin sentir

<sup>8</sup> Platon, *Le banquet*, París, Belles Lettres, 1938, p. 175a a 175d (traducción nuestra del griego).

<sup>9</sup> Ver Platón, *Apología de Sócrates*, Bs. As., Eudeba, 1981 y Mondolfo, Rodolfo, *Sócrates*, Bs. As., Eudeba, 1996.

que están haciendo nada notable, y que tales civilizaciones no están automáticamente involucradas en un desastre inmediato. Hasta tienen cierta compensación social, pues el exclusivamente homosexual no es obligado a esconderse o sujeto a chantaje, mientras que el heterosexual exclusivo no está peor por ello, ni aquellos que andan en algún lugar entre ambos (investigaciones competentes ponen a la mayoría de nosotros en esta última categoría, y no hay razón para pensar que las proporciones griegas fueran diferentes). Para Grecia, ello significaba principalmente que la fase ambigua por la que atraviesan la mayoría de los hombres jóvenes era prolongada. La búsqueda de muchachitos era una preocupación para un hombre joven; los practicantes más viejos eran susceptibles de ser hallados ridículos u ofensivos. El hombre promedio sentaba cabeza bastante fácil en la vida familiar; y nadie familiarizado con el arte o la cerámica griegos, estará dispuesto a subestimar la fuerza del afecto marital o paternal que sentía el griego ordinario<sup>10</sup>.

Adriano, Marco Antonio y Nerón, entre muchos otros romanos célebres, tuvieron famosas aventuras o relaciones homosexuales<sup>11</sup>, y en ningún caso eso fue causa de menoscabo social o político (la pobre imagen que legó Nerón a la posteridad se deriva de su trato a los cristianos, no de sus actitudes eróticas). Cuando el gran poeta latino Catulo (I a.C.) quiso dar a su amada Clodia un nombre elogioso, no halló mejor opción que “Lesbia”, en obvia referencia a la famosa poetisa griega Safo de Lesbos (V a.C.), conocida por sus amores homosexuales con sus jóvenes discípulas<sup>12</sup>.

He conocido algún viejo y solemne romanista que considera muy mala costumbre que los hombres usen aros y, por lo menos en público, se aleja de las “mujeres de la vida”, por entender que andar con ellas es una pésima costumbre. Pero el emperador Justiniano, en la única imagen no numismática contemporánea de él que poseemos (la de la iglesia de San Vital, en Ravena, Italia), aparece usando aros, y además se casó con Teodora, una de las mayores prostitutas de Constantinopla (según refiere Procopio de Cesárea). Y si la meretriz-emperatriz Teodora no hubiese salvado el reino de su marido durante la Revolución Nika en 532, el emperador con aros no hubiese podido poner en vigor el *Corpus Iuris Civilis*, y entonces el solemne romanista moralista se hubiese debido sumar a la larga nómina de los desempleados<sup>13</sup>.

Parece, entonces, que las buenas costumbres son cosa de cada cultura, de cada sociedad y de cada época. Y aun dentro de una sociedad, no todos concuerdan en calificar las costumbres de buenas o malas. Algunos pueden pensar, por ejemplo, que pagar la deuda externa a banqueros poderosos cuando los niños locales mueren de hambre, es una muy mala costumbre... Aunque la mayoría de los gobiernos latinoamericanos opinen lo contrario.

¿Y quién va a imponer, en caso de disenso (que es siempre), su criterio de “buena costumbre”? ¿las mayorías? ¿los más poderosos? ¿realmente figura entre las potestades conferidas al juez (o, en su caso, a los jurados) la de establecer cuáles son las “buenas costumbres”?

<sup>10</sup> Andrewes, Anthony, *Greek society*, Harmondsworth, Penguin, 1971, p. 237 y 238 (traducción nuestra del inglés).

<sup>11</sup> Ver Grimal, Pierre, *El amor en la Roma antigua*, Barcelona, Piados, 2000.

<sup>12</sup> Ver la *Introducción* de Francesco Della Corte a Catullo, *Poesie*, Verona, Mondadori, 1992.

<sup>13</sup> Sherrard, Philip, *Bizancio*, Amsterdam, Time-Life, 1967, p. 56 y siguientes.

## 5. Las “buenas costumbres” (vistazo histórico)

Históricamente, el concepto de *buena costumbre* deriva de la vieja idea romana de *mos maiorum*, expresión que se remonta a las primeras fuentes histórico-jurídicas latinas, significando, más o menos: “actuar como los antiguos actuaran”<sup>14</sup>. Los censores de la República, como el famoso Catón (234 a 149 a.C.), tenían entre sus funciones la de proteger y determinar los *mores*. Pero Catón, mientras predicaba el cultivo de la tierra como única fuente de ingresos, vivía del préstamo usurario, a través de prestanombres. Tal vez por ese tipo de incongruencias, los censores carecían de imperio, y no tenían facultad de juzgar.

Fue sólo con la caída de la República que los príncipes se atribuyeron el poder de formular los *mores*, cosa mal vista por los propios historiadores romanos del período (como Suetonio). En uso de tal potestad, Domiciano expulsó a un viejo cuestor del Senado, por ser afecto a la danza, que el príncipe consideró mala costumbre<sup>15</sup>.

En la Edad Media, la fuerza de la costumbre como fuente formal creció por el aporte de los ordenamientos germánicos, todos ellos consuetudinarios. Así dicen, por ejemplo, las *Siete partidas* de Alfonso X el Sabio de Castilla y León (s. XIII): “Costumbre es derecho o fuero que no es escrito: el cual han usado los hombres largo tiempo, ayudándose con él en las cosas y razones sobre las que lo usaron” (Partida 1ª, Título 2, Ley 4ª, actualizamos el lenguaje). Pero permanece presente el carácter conservador de la costumbre: “En las cosas que se hacen nuevas, debe ser catado en cierto el pro de ellas, antes de que se parta de las otras que fueran antiguamente tenidas por buenas, e por derechas” (Partida 7, Título 34, Ley 37). Y en su glosa a dicha Partida, Gregorio López, el más célebre comentarista de este cuerpo legal (1555), deja bien claro que se está hablando de los *boni habita* romanos. Es decir, de las “buenas costumbres”<sup>16</sup>.

Todo lo cual muestra que el de buenas costumbres es un concepto profundamente ideológico, transido de un fortísimo conservadorismo, reaccionario contra cualquier mudanza o innovación. Y, como era de esperarse, el ultra-conservador *Código Napoleón* (1804) usó el concepto de *moeurs* (art. 900) y de *bonnes moeurs* (art. 1172), ambos referidos a las condiciones inválidas.

## 6. Las *buenas costumbres* en los códigos civiles brasileños

En Brasil, Freitas en el *Esbozo* usó los criterios de *fato imoral* (contrario a los *mores*) y de *ação ou omissão contraria aos bons costumes* (arts. 552 e 558). Por su parte, el Código Civil brasileño de 1916 fue mucho más moderado. Sólo dejó el concepto de “buenas costumbres” para la pérdida de la patria potestad (art. 395), pero en materia de actos jurídicos prefirió la mucho más técnica fórmula de “vedado expresamente por la ley” (art. 115) o simplemente “ilícito” (art. 145), superando en este punto

---

<sup>14</sup> Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho romano*.

<sup>15</sup> Suetonio, *Los doce césares. Domiciano VIII*, hemos traducido y publicado este texto completo en *Un viaje por la historia del derecho*, Bs. As., Quórum, 2002, § 64.

<sup>16</sup> *Las Siete Partidas*, glosadas por el licenciado Gregorio López, Salamanca, Portonariis, 1555, III, p. 102: *consideranda sunt noviter facta quae commoda afferunt, antequam ab antiquis quae et bonis habita fuerunt recedatur h.d.*, Madrid, Boletín Oficial, 1985 (empleamos la edición facsimilar).

a su principal modelo<sup>17</sup>, el Código alemán de 1896/1900, que hace reiterado uso del concepto de *gute sitten* (arts. 138, 817, 819 y 826). A su vez, la brasileña ley de introducción al Código Civil (1942) trae el concepto de *bons costumes* en el art. 17, como filtro para los actos extranjeros.

Asombrosamente, el nuevo Código Civil no sólo regresa al uso de las “buenas costumbres” en la teoría de los actos jurídicos, sino que además introduce ese concepto como límite a los “actos de disposición del propio cuerpo” (art. 13). En tal giro, es claramente implícita la referencia a las cirugías de “cambio de sexo”, que requerirían, entonces, que el interesado obtuviese un dictamen acreditando la “exigencia médica”<sup>18</sup>.

Bueno será que lo considere el cirujano que interviene, si no desea pasar por la odisea del doctor Roberto Farina, condenado en primera instancia en 1978 por lesiones corporales graves a dos años de reclusión. Finalmente, el tribunal de alzada de San Pablo lo absolvió, estableciendo la sabia doctrina: “No actúa dolosamente el médico que, a través de una cirugía, procura curar al paciente o reducir su sufrimiento físico o mental”<sup>19</sup>.

## 7. Las “buenas costumbres” en el Código Civil argentino

Vélez Sársfield empleó bastante el concepto de “buenas costumbres”, y además se tomó el trabajo de explicarlo, en la nota al art. 530 de su Código Civil: “En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”. Se comprende de inmediato que el problema de esta hermosa definición (en cuyas resonancias se entremezclan los efluvios romanos con los del iusnaturalismo racionalista), radica en las *leyes divinas*, que no son cognoscibles en forma científica, y en consecuencia se prestan a servir de vehículo para que el que tenga el poder de juzgar imponga su propia cosmovisión, endilgándosela a Dios.

El codificador creyó oportuno, fiel a su estilo, dar un ejemplo: “La condición impuesta a un donatario de no emplear lo que se le daba en libertar a su padre preso por deudas, se tendría por no escrita, porque ella tendría el efecto inmediato de inducir a un hijo ingrato a faltar a sus primeros deberes”. Se trata, como puede observarse, de un ejemplo tan arcaico (ya para el tiempo de Vélez) como discutible. El padre de marras puede ser un vividor malandrín que ejerce un poder despótico sobre su hijo, y que a buen resguardo está su prole mientras él medra en las sombras del calabozo, y el donante, en cambio, un pariente cariñoso que desea apoyar a este hijo prometedor y bueno, rosa nacida en el desierto, para que siente cabeza, sabiendo perfectamente que, de no dejar impuesta la condición que nos ocupa, el progenitor cautivo forzaría a su medroso vástago a liberarlo. He aquí que un juez muy moralista

<sup>17</sup> Ver Meira, Sílvio, *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*, Fortaleza, EUFC, 1990, p. 137 y siguientes.

<sup>18</sup> Texto completo: “Salvo por exigencia médica, es prohibido el acto de disposición del propio cuerpo, cuando importara disminución permanente de la integridad física, o contrariara las buenas costumbres”, traducción nuestra.

<sup>19</sup> Oliosí da Silveira, José F., *O transexualismo na justiça. Eros x Themis*, Porto Alegre, Síntese, 1995, p. 118 y siguientes.

halla aquí clarísimas las “leyes divinas” en juego, y aplica el criterio velezano. ¿Qué magnífico resultado tendremos? Un hijo promisorio en bancarrota, un padre tarambana suelto para hacer de nuevo de las suyas, y un donante que se observa por las mañanas al espejo sintiéndose como Sancho tras los golpes.

El artículo anotado, por supuesto, se refiere a la condición como modalidad del acto jurídico, y dice: “La condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres, o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación”. Ya se observa que la solución de la nota no es la del precepto, por cuanto en éste “la obligación” queda sin efecto, y en aquella, en cambio, lo hace “la condición”, con lo que la condición, justamente, subsistiría. En todo caso, parece que el mecanismo del artículo sería menos dañoso, porque llevaría todo al estado anterior. Coinciden con este criterio jurisprudencia y doctrina<sup>20</sup>.

Con razón opina Mayo, en la obra citada en el párrafo anterior que “aquí no pueden darse reglas estrictas, sino que debe resolverse cada caso según las circunstancias, lo que dependerá del buen criterio del juzgador sobre la moral ambiente”. En lo personal, preferimos depender del “buen criterio del juzgador” lo menos posible, sobre todo hasta que verdaderamente exista un Poder Judicial confiable y, por sobre todo, no impune, en nuestro país. Y dudamos mucho de la existencia de una “moral ambiente”. Creemos que existen valores absolutos y objetivos, a los que los “ambientes” en nada afectan, pero, en lo relativo a los esquemas morales, ellos varían dramáticamente, en un mismo sitio y tiempo, de un grupo social a otro. Una joven inmigrante paraguaya decía, poco tiempo atrás, refiriéndose a una compatriota suya que usaba el mismo tipo de ropa “sexy” de la mayoría de las chicas argentinas: “las paraguayas no nos vestimos así”. La comunidad argentino-coreana de Buenos Aires considera inmoral demandarse entre ellos en los tribunales. Los testigos de Jehová creen inmorales las sesiones espiritistas... ¿Con qué “moral ambiente” hemos de juzgarlos?

Con su habitual profundidad, Colmo es de los pocos que han calado un poco más en este espinoso tema: “En cuanto a las buenas costumbres (que tienen varios sinónimos [...]), se entiende por tal la suma cambiante –según los países y lugares, y según las épocas– de maneras éticas de ser de una población, y que resultan del complejo dinamismo ambiente: recursos económicos, sistemas políticos, composición étnica, estado de la cultura, imitación extranjera, etc.”<sup>21</sup>. Las “maneras éticas de ser de una población”, sin embargo, no son homogéneas, salvo en grupos extremadamente pequeños y concentrados (vr.g., los habitantes de una aldea tribal amazónica). No es ni remotamente un criterio aplicable a poblaciones modernas, menos a un país entero (con buen criterio, el texto prefiere hablar de “lugares”).

Este autor es perfectamente consciente de lo problemático del concepto: “No hay nada más delicado para un juez, que debe tener en cuenta al efecto todo ese conjunto variado de factores. Es fácil pontificar con la obviedad de ejemplos como los del respeto doméstico, del concubinato y de la misma caridad. Lo grave está en las situaciones no corrientes. ¿Sería jurídicamente moral la condición que se impusiera a alguien de que beneficiara testamentariamente a sus hijos adulterinos en la misma proporción que a sus propios hermanos legítimos, etc.? ¿Lo sería la condición que

<sup>20</sup> Mayo, Jorge A. en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, Bs. As., Astrea, 1993, t. 2, p. 756 y 757.

<sup>21</sup> Colmo, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961, p. 157.

impusiera a un padre la obligación de castigar severamente a un hijo de conducta? No obstante la apariencia de ciertos principios codificados (que fulminan la herencia adulterina, que imponen el respeto y acatamiento del padre por el hijo), yo sostendría, con ciento y una razones, la afirmativa en el primer caso, y la negativa en el segundo. Pero mucho dudo que tal pudiera ser el criterio general. Como se comprenderá, no pretendo dilucidar el asunto, porque eso llevaría lejos: me basta con apuntarlo para recalcar su importancia práctica”. También acierta al asimilar los conceptos de “moral” y de “buenas costumbres”.

Colmo mismo se transforma, sin quererlo tal vez, en un ejemplo excelente del cenagal interpretativo en que estas referencias nos internan. Por un lado, demuestra cómo él, un jurista sabio, culto y probo, disiente en por lo menos dos consideraciones concretas con “el criterio general” que estima se impondría. Por el otro, entre los ejemplos de “mala costumbre” que da como “obvios” desliza seguro ni más ni menos que el concubinato, que es (y posiblemente ya era en esa época, si bien no tanto) la forma como viven centenares de miles de parejas argentinas a lo largo y ancho del país.

La extrema subjetividad de este concepto (y, por ende, su carga ideológica) se hace muy patente en la ya referida nota de Vélez Sársfield, cuando éste asimila las “buenas costumbres” al cumplimiento de “los deberes civiles o religiosos”. Los deberes civiles en nada molestan, en tanto surjan de las imposiciones legales. Pero los deberes religiosos, es de desear que no sean materia del derecho, salvo que tengamos en mente la restauración de la Inquisición y sus autos de fe. Bien se deja ver en la propia pluma del codificador cómo este concepto de las “buenas costumbres” puede ser un lobo con piel de cordero, un caballo de Troya en cuyo seno se entrometan las ideologías de los poderosos para someter a los débiles, de las mayorías para aplastar a las minorías, una rendija amplísima para que se filtren la venganza, el autoritarismo, el abuso de poder. Mala cosa...

Don Dalmacio empleó el concepto de marras en relación con el uso de la casa arrendada por parte del locatario (art. 1507). Aquí la utilización es curiosa, porque se habla de “uso deshonesto o contrario a las buenas costumbres”, como si se tratase de dos supuestos distintos, y uno no puede dejar de preguntarse qué conducta podría resultar “honesta” y, aún así, “contraria a las buenas costumbres”. Con el harto inseguro criterio de la honestidad no bastaba: hubo que echar más agua al lodazal.

Como en Brasil, se usó también este concepto (junto al de moral) para filtrar las “leyes extranjeras” (art. 14). Además, como límite a la finalidad los préstamos (art. 2261), donde se habla de “uso contrario a las leyes o buenas costumbres”, dejando bien claro que de estas últimas podrá echar mano el juez en ausencia de prohibición legal. Y, concordantemente con lo dispuesto en materia de condiciones en general, “En las disposiciones testamentarias, toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, anula la disposición a que se halle impuesta” (art. 3608).

Finalmente, en la nota al art. 3246, Vélez, coherente con lo que replicara a Alberdi en su debate sobre las fuentes, prefiere al sistema del Código Napoleón el de las Siete Partidas: “Todo pleito que no sea contra derecho, ni contra buenas costumbres puede ser puesto sobre las cosas que dan los hombres a empeño” (Partida 5ª, Título 13, Ley 12). Con lo que queda en perfecta evidencia que el criterio de “buenas

costumbres” empleado por el gran cordobés es el mismo de las leyes alfonsíes, del que ya nos hemos ocupado.

Numerosas fueron las leyes que emplearon el concepto de “buenas costumbres” luego. Como era de esperarse, la ley 13.512 de “propiedad horizontal” (1948) lo llevó de la locación al uso “de los departamentos o pisos” (art. 6). Por su parte, la ley 20.419 (1973) dio como una de las “atribuciones y deberes de la Subsecretaría del Menor y la Familia” que creaba, la de “desarrollar las acciones destinadas a asegurar la moral y las buenas costumbres en el ámbito familiar” (art. 2), etcétera.

## **8. El tema ante las cirugías de adecuación de aspecto sexual**

Ya vimos como en el Brasil el doctor Farina fue finalmente absuelto por el tribunal de alzada. Menos suerte tuvo el distinguido cirujano argentino San Martín, que fue condenado en iguales circunstancias en Buenos Aires (1966) a tres años de prisión en suspenso. A él lo salvaron de mayores lapidaciones sus indiscutiblemente brillantes antecedentes médicos. Su paciente, en cambio, fue calificado por el alto tribunal de “personalidad anormal, desviado, con torpe inteligencia y moral sin juicio crítico reflexivo” (y no hubo otros elementos serios de juicio para arribar a tal dictamen, fuera de la constatación de la no heterosexualidad). El nivel científico del lenguaje es plenamente acorde con el del decisorio<sup>22</sup>.

En la Argentina, en efecto, el art. 19, inc. 4° de la ley 17.132 dice: “Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: [...] no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial”. A este lamentable precepto, su ideología subyacente y sus gravísimas falencias, ya nos hemos referido sobradamente en los trabajos antes mencionados. Lo cierto es que la autorización de marras, sigue pasando el tiempo y no se otorga.

Por eso, en septiembre del 2001, presentamos moción fundada a las ínclitas XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Buenos Aires, solicitando se declarase la “urgente necesidad de derogar el inc. 4° del art. 19 de la ley 17.132”, dejando librada a cada sujeto mayor de edad y capaz la autodeterminación sobre su propio cuerpo. La propuesta, felizmente, fue aprobada por mayoría absoluta, casi unanimidad, quedando así como recomendación de tan prestigioso Congreso científico.

El actual proyecto de nuevo Código Civil argentino dice al respecto: “están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan [*sic*] contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o mejoría de la salud de la persona” (art. 110). A pesar de ser un texto muy restrictivo, sustancialmente concordante con el nuevo Código brasileño, es un avance grande en la Argentina, al quitar el mítico requisito de la autorización judicial.

---

<sup>22</sup> Hemos tratado este caso *in extenso* en Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Responsabilidad del médico*.

## 9. Nuestra propuesta

Modestamente creemos que la decisión sobre la alteración del cuerpo debe quedar librada al sujeto mayor capaz, sin intervención jurídica alguna, dado que forma parte de su proyecto de autoconstrucción existencial, es un acto íntimo que no afecta a terceros en sí, y sólo un concepto inquisitorial y autoritario de la sociedad podría justificar la intromisión pública en esa esfera.

En tal sentido, como lo hiciéramos recientemente en Río de Janeiro, en la conferencia citada más atrás, con amplísima aceptación del distinguido auditorio, proponemos *de lege ferenda*, como texto común para Brasil (art. 13) y Argentina (art. 110), el siguiente: “Cada uno es titular de su cuerpo, y siendo mayor de edad y capaz puede actuar en consecuencia, salvo prohibición concreta expresa en ley especial”.

Como se observa, revertimos el principio de ambos proyectos, dando como premisa el permiso y no la restricción, y limitando ésta al terreno técnicamente preciso de la expresión legal específica y concreta (no analógica ni general), erradicando las fórmulas subjetivas, inseguras e ideológicas presentes en los textos actuales.

Creemos que así habremos dado un paso en la dirección de ese mundo en que, como decía el gran Vittorio de Sica en su hermosa *Milagro en Milán* (1951), “decir *buen día* realmente signifique desear *buen día*”.

No con otra cosa soñamos...

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.