

PONENCIA PARA LA AUDIENCIA PÚBLICA DE SALTA

SE REFIERE AL TÍTULO PRELIMINAR DEL ANTEPROYECTO

AUTOR: JOSÉ E. DURAND MENDIOROZ. PROFESOR DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y DEONTOLOGÍA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE CS. JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA.

Señores Miembros de la Comisión Bicameral

Señora Presidenta:

I. Algunos aspectos metodológicos. Desde el punto de vista de la Metodología Jurídica el Anteproyecto resulta francamente interesante en cuanto objeto de estudio. Es que pueden advertirse tendencias innovadoras como la llamada “constitucionalización” del Derecho Civil, y el abandono casi definitivo del formalismo legalista heredado del movimiento codificador del S XIX que propugnaba un sistema normativo axiomáticamente cerrado.

La evidencia de esta última dirección se encuentra en el artículo 1° cuando al referirse a las fuentes del Derecho, establece –entre otras- la obligatoriedad de “tener en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso”. Esta expresión se refiere a lo que la doctrina conceptúa como propio de un sistema “judicialista” también conocido como del “ius commune” o, en su manifestación actual más conocida, la del mundo anglo sajón, la del “*common law*”.

En síntesis, este sistema, a falta de un ordenamiento codificado, se basa en la regla primordial del *stare decisis*, o sea, la obligatoriedad para los jueces de seguir el precedente jurisprudencial cuando existe suficiente analogía entre los casos a resolver.

En el Anteproyecto se prevé una especie de coexistencia de ambos sistemas (los juristas hablan de “diálogo de fuentes” del derecho) es decir, la pervivencia del sistema codificado (atenuado) con una mayor incidencia de la Jurisprudencia como fuente del derecho, en tanto los jueces están obligados a “tener en cuenta la jurisprudencia”. Pero una sanción apresurada de esta innovación, y su vigencia como una de las leyes fundamentales de la República podría convertir este interesante tema de estudio, en un híbrido que plantearía -por un buen lapso de tiempo- serios y generalizados conflictos en la aplicación de las fuentes, llevando toda la Nación a un grado importante de inseguridad jurídica lo cual, justamente, es lo que por definición debe evitar un orden jurídico positivo.

De modo que lo que personalmente como universitario me resulta un tema apasionante, y más allá de la admiración que me produce el sistema del “ius commune” de tradición milenaria, ya pensando como ciudadano y como abogado, debo señalar –en coincidencia con voces mucho más autorizadas que la mía- que una innovación tan radical en nuestro sistema debe ser analizada a fondo, en primer lugar, para evitar la inseguridad jurídica. Porque, entre otras razones, no están claramente expresados los principios en función de los cuales han de dirimirse los conflictos entre fuentes.

No existe, tampoco, la previsión acerca de qué se hará (permítaseme la analogía) con nuestro “common law”, nuestro “ius commune” es decir: con el enorme tesoro de jurisprudencia y de doctrina que, la sociedad argentina ha venido elaborando desde hace un siglo y medio en torno al articulado del Código de Vélez. El sistema actual es perfectible, por supuesto, pero de ninguna manera obsoleto! Tal que amerite su supresión lisa y llana y su reemplazo por un ordenamiento que por el momento no pasa de ser, en lo metodológico, un interesante ensayo doctrinario.

En consecuencia, no se advierte ni una urgencia ni una verdadera necesidad social para establecer y poner en funcionamiento un conjunto de innovaciones tan

radicales, tan numerosas, diversas y asistemáticas, sin la base previa de un consenso social amplio, y de un estudio profundo que tenga la previsión de las consecuencias prácticas de todas y cada uno de las reformas. Eso sin perjuicio de que el anteproyecto tiene propuestas cuya confrontación con el valor justicia es desfavorable, y que por ello que deben ser desestimadas.

II. Razón, justicia y realidad. No voy a retacear mi adhesión al principio explicitado en el Art. 3 del Anteproyecto en cuanto establece la obligación de que las sentencias de los jueces deben estar razonablemente fundadas. El mismo significaría, en caso de su aprobación, la recepción legal y “en positivo” de la doctrina de origen jurisprudencial de la sentencia arbitraria, de plena vigencia en la actualidad. Es decir, cuando una sentencia NO está razonablemente fundada nuestro Superior Tribunal la tacha de arbitraria, y la anula!

Vuelvo a la misma idea: el hecho de que me guste la citada redacción que establece en forma positiva el principio de racionalidad, no implica que exista urgencia en su sanción porque ya nuestro sistema sabe qué hacer con la sentencia irrazonable, o lo que es lo mismo, arbitraria. Y por apresurarnos a mejorar la explicitación escrita de este buen principio, van a sancionarse algunas normas francamente injustas.

Aún así, vale la pena destacar que la razonabilidad es un principio rector de todo el ordenamiento jurídico, tanto de las leyes como de las sentencias, que son la expresión por antonomasia de la función propia de los jueces de “decir el derecho” o en la expresión más conocida “dar a cada uno lo suyo”.

El que las resoluciones de los jueces deban fundarse “razonablemente” implica lógicamente su sujeción a la constitución y a la ley, pero siempre “teniendo en cuenta las circunstancias del caso” que se está juzgando. Es decir, la sentencia conforme a derecho en ningún momento debe encontrarse desvinculada del caso, en definitiva, de la realidad en la que el caso está inmerso. Esta relación

interdependiente entre derecho y realidad, debe tener siempre la conexión y la convalidación de la “razonabilidad”.

Decía el Gral. Perón “la única verdad es la realidad” y la cita viene a cuento porque, en primer lugar, tenía razón y también porque sólo en función de la realidad se puede determinar el bien común, y para ello la persona utiliza la razón. Por eso la definición clásica de la ley como “ordenamiento de la razón en vista al bien común, promulgado por la autoridad competente”.

Resulta esencial e insoslayable la intervención de la autoridad del legislador en la sanción de la ley pero ello no obstante el pueblo, que está integrado por personas racionales, también tiene capacidad de ver la racionalidad intrínseca la ley y promulgarla en su conciencia. Y donde no encuentra racionalidad, encuentra arbitrariedad, encuentra injusticia...

Resuena aún, a más de dos milenios, la voz de Antígona, diciéndole a su verdugo: “tus mandatos no tienen poder para transgredir las “leyes no escritas e inquebrantables (...) Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre (...)”. Se traduce como ley no escrita la expresión *logos ágrafos*, que se refiere al “logos”, al principio racional, que no está escrito pero que está inscripta en la naturaleza de las cosas, es decir en la realidad, y es accesible a la comprensión del hombre en todo tiempo.

Así, el hombre con su razón, su logos, a lo largo de la historia de la humanidad, confrontó y confronta, a veces a riesgo de su vida, con leyes inicuas y con sentencias arbitrarias. Y en el mundo del derecho, la racionalidad recibe el nombre de justicia y en la base de toda justicia está la igualdad, más precisamente algún modo de igualdad, el apropiado a cada forma de justicia, pero siempre está de una manera u otra, la igualdad...

Por ello la “desigualdad” recibe el nombre de injusticia, de discriminación... Así como la sentencia es arbitraria cuando trata situaciones

equivalentes con distinto criterio, del mismo modo la ley es arbitraria/irracional/injusta, cuando trata realidades equivalentes en forma desigual. Ahí es cuando decimos: la ley discrimina arbitrariamente porque trata realidades parecidas con criterios distintos. No se mide con la misma vara.

La racionalidad ante la realidad y el principio de igualdad son el fundamento de los históricamente llamados “derechos naturales”, o “derechos esenciales” de la persona, hoy llamados derechos humanos. El legislador, pues, es el primero que debe someterse a los derechos humanos, porque él mismo no los crea, no los sino que reconoce como propios del hombre, inscriptos en su esencia, y de los cuales tendrá el contralor más severo: el de todo ser pensante que se considera titular de tales derechos.

III. Desde la perspectiva delineada en los capítulos precedentes, voy a criticar algunas innovaciones injustas del Anteproyecto, primero como ejemplo de tratamiento desigual (= arbitrario) de situaciones esencialmente iguales. Luego, en tanto inadecuación entre el bien propio de la institución que se pretende regular, de acuerdo a los más elementales datos de la realidad, y la norma que se proyecta.

III.1. La primera categoría muestra dos casos particularmente graves porque se pone en entredicho la vida y la dignidad de la persona humana, tratándose a seres humanos como objeto, aunque con modalidades diferentes.

La primera referencia, al desconocimiento del derecho a la identidad o, mejor dicho, la denegación de iure del derecho a la identidad biológica del niño nacido a partir de un proceso de fertilización artificial mediando el novedoso instituto de la “voluntad procreacional”

Así, en el Libro Segundo, Título V, art. 558 a 577 del Anteproyecto, referente a la filiación mediante técnicas de reproducción asistida y gestación por sustitución.

En la filiación natural y por adopción el niño tiene pleno derecho a conocer su identidad biológica, pero, inexplicablemente, en la fecundación artificial la llamada voluntad procreacional conlleva que se niegue de plano el derecho a la identidad del hijo. Y ahí, en esta falta de explicación suficiente, radica la desigualdad, la arbitrariedad y la discriminación injusta: el Anteproyecto consagra una categoría de argentinos, de hijos, de seres humanos que carecen de derecho a conocer su identidad biológica.

Esta verdadera iniquidad se hace desde una concepción adultocéntrica, contraria al principio liminar del Derecho de la Infancia, que es el del “favor minoris” (bien superior del menor), pasando a ser la persona humana, en este caso el menor objeto de estipulaciones y no sujeto y fin del orden jurídico.

El segundo ejemplo de esta categoría lo constituye la discriminación en el reconocimiento de la existencia de la persona humana según cuál sea la modalidad de su concepción, que está contenido en el Libro I del Proyecto de Reforma.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que “El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN (Fallos 302:1284; 310:112). El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre valor carácter instrumental.

Pues esta definición tajante y clara no se compadece con el Proyecto. En efecto, al embrión humano formado mediante técnicas de reproducción humana asistida se lo reconoce como persona recién desde su implantación en el “cuerpo de la mujer”.

Si la única verdad es la realidad, la realidad científica nos muestra que en los dos casos hablamos de un mismo sujeto: el embrión humano. Se puede afirmar sin lugar a error, que desde la fecundación (sea intra o extra corpórea) existe un

individuo de la especie humana. Que al fundirse los núcleos de las células germinales, nace algo nuevo, un ser biológicamente único e irrepetible. Que esta individualidad biológica, es compuesto de partes organizadas, con un genoma como centro organizador. No existe ningún salto cualitativo desde la fecundación (cualquiera sea su tipo) hasta la muerte natural; todo el desarrollo está previsto en el genoma. Finalmente, que la información para dirigir esos procesos viene del embrión mismo,.

Justamente, ante esa realidad es que la CSJN ha sentado en doctrina constante que “El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 302:1284; 310:112). El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre valor carácter instrumental.”

Si el derecho a la vida es un derecho, pues, absoluto, ¿por qué cuando se lo confronta con el derecho a la “salud reproductiva”, por caso, debe ceder ante un derecho, apreciable por cierto, pero de menor jerarquía?

Pues si en los dos casos se trata de un ser humano, y de que lo que está en juego es el reconocimiento de su dignidad de persona humana y, en definitiva, su propia vida, nada justifica la desigualdad de trato la que, en este supuesto constituye una gravísima discriminación.

III.2. Ejemplo de inadecuación de la norma a la realidad que intenta regular lo constituye la supresión de la protección legal del deber de fidelidad matrimonial en el Anteproyecto. El proyecto de reforma degrada a la fidelidad matrimonial a un mero compromiso “íntimo”, sin efectos jurídicos. Esta supresión de la protección jurídica del deber de fidelidad, dejará desamparadas en nuestra patria a millones de personas, sobre todo mujeres, que han entregado su vida a la formación de una familia y a la educación de los hijos, y lo han hecho en base a un compromiso

recíproco de fidelidad con su cónyuge, asumido por ambos en forma libre y voluntaria.

*¿Es acaso concebible el amor por plazos, o la fidelidad condicional? Imaginemos la respuesta que obtendríamos si lo planteáramos así... seguramente obtendríamos la respuesta apropiada a otro tipo de proposición...*

Cuando este compromiso de fidelidad es violado por uno de los cónyuges, por lo general el marido es justo que se sancione al transgresor mediante la carga alimentaria y así se ampare económicamente al cónyuge fiel, casi siempre la parte más débil económicamente.

La única verdad es la realidad. Con este grado de desprotección de la madre de familia, se convierte en una empresa de alto riesgo proyectar la crianza de los hijos, sean pocos o muchos, en la complementariedad de roles más corriente en nuestra sociedad.

Esto, sumado al divorcio exprés, a la supresión del deber de cohabitación, tendremos ya vaciado de todo significado a la institución matrimonial.. ¡si hasta las uniones convivenciales tienen mayores requisitos! Ello provocará la reducción de la natalidad, en un país peligrosamente sub poblado y con la acechanza en ciernes del invierno demográfico. Pero, notablemente, en consonancia con las directivas e intereses *del mundo desarrollado!* Para muestra basta un botón; léase el “Memorandum de Estudio para la Seguridad Nacional n° 200 (NSSM 200) – “Implicaciones del Crecimiento Poblacional Mundial para la Seguridad de Estados Unidos e Intereses de Ultramar”, de Henry Kissinger, del 24 de abril de 1974.

Ya afirmarán algunos *que el proyecto no prohíbe que los cónyuges sean voluntariamente y recíprocamente fieles de por vida...* Pero ello implicaría que se desconoce la naturaleza de la institución que se quiere regular como asimismo para qué sirven las leyes.



El matrimonio como hecho social precede a su regulación por las leyes civiles. Es decir, hay una realidad preexistente que básicamente está constituida por la unión esponsal entre varón y mujer que encaran ante la sociedad un proyecto de vida en común, abierto a la formación de una familia. Ese proyecto, por su propia dinámica, necesita la mayor estabilidad y protección posibles.

En el inicio de ese proyecto de vida en común hay, normalmente y naturalmente, una promesa de fidelidad.

Por supuesto: ni el amor ni la fidelidad nacen del derecho. Ni el derecho puede imponer el amor ni, en esencia, la fidelidad. Pero el derecho sí puede y debe proteger al cónyuge inocente en lo que puede, por empezar, su amparo económico.

Y como también hay un bien social implicado en la estabilidad de la familia y en la procreación, las leyes protegen y deben seguir haciéndolo, a los hijos y a los cónyuges que hacen honor al compromiso asumido. El proyecto pues, destruye todo vestigio del matrimonio por lo que –sorprendentemente- resulta ser antinatalista. Digo sorprendentemente porque el Anteproyecto es impulsado por el oficialismo, que levanta las banderas de lo nacional y popular, más allá de que sus realizaciones prácticas sean más o menos felices.

La iniciativa es, pues, contraria al interés de la Nación, afectando a los más desprotegidos. Es otra muestra más de una ingeniería social nacida en los laboratorios ideológicos de la dominación convenientemente travestida de progresismo.

¡Hasta el Propio Kissinger, Señores Legisladores, ya nonagenario, debe estar sorprendido de la creatividad de los políticos latinoamericanos en el cumplimiento de los intereses estratégicos de los EEUU!

José E. Durand Mendioroz

DNI 11.943.241