



Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)

Alberto Rodríguez Varela (*)

Transcurridos varios meses desde que el más Alto Tribunal de la República Argentina, a través de la sentencia dictada el 13 de marzo de 2012, ampliara la impunidad del aborto provocado, resulta oportuno hacer una recapitulación de sus antecedentes, del error hermenéutico cometido por el tribunal, de sus contenidos más objetables y de las graves consecuencias que deparará para nuestro país la doctrina judicial definida en ese pronunciamiento.

En otros trabajos me he ocupado de los aspectos filosóficos, biológicos, médicos, sociológicos e históricos comprometidos en el tema. (1) Me ceñiré en esta comunicación, en la medida de lo posible, a exponer lo que considero el correcto enfoque jurídico y a destacar las inquietantes desviaciones exegéticas en que ha incurrido el tribunal.

I. Antecedentes

La controversia judicial se planteó cuando la madre de una menor que habría sido violada y embarazada por su padrastro, se presentó ante el juzgado en lo civil en turno de Comodoro Rivadavia, solicitando autorización para que en el Hospital Zonal se le practicara a su hija un aborto. Fundó su petición en una interpretación extensiva de la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2° del Código Penal cuyo texto declara no punible el aborto cuando el embarazo provenga “de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”.

La magistrada de 1ª instancia denegó la petición y amparó con su decisión la vida inocente del niño en gestación, adoptando medidas tendientes a proteger al menor y a su madre. El fallo fue confirmado por la Cámara en lo Civil del distrito.

Recurrida la sentencia, el Superior Tribunal de Chubut se expidió el 8 de marzo de 2010 revocando la decisión de la Cámara y autorizando que se practicara el aborto a pesar de que la gestación se encontraba en el quinto mes.

La Defensoría Oficial, en representación del niño por nacer, interpuso recurso extraordinario contra dicho fallo. Sin embargo, el aborto se ejecutó el 13 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil de Trelew, sin que el pronunciamiento judicial estuviera firme, y a pesar del efecto suspensivo de la apelación federal.

Mucho después, el 4 de junio de 2010, el Superior Tribunal concedió el recurso extraordinario interpuesto por la Defensa Oficial y elevó las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

Ante tan heterodoxo procedimiento comenzó a perfilarse la posibilidad de que estuviera en gestación un fallo adverso a la sacralidad de la vida inocente. Se hicieron gestiones en Rawson para que el funcionario de la defensoría oficial que suscribió el recurso extraordinario lo desistiera. Empero, resultaron vanas, a pesar de que la muerte del niño por nacer había transformado en abstractos los agravios constitucionales de la apelación federal.

La Procuración General de la Nación, al expedirse el 11 de abril de 2011, expresó en su dictamen

que al haberse consumado el aborto que el recurrente intentó evitar con su recurso, resultaba “de aplicación la doctrina de la Corte según la cual, para el ejercicio de la jurisdicción, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta”. En tales condiciones, y con cita de abundante jurisprudencia, el Procurador Fiscal sostuvo que resultaba “inoficioso un pronunciamiento del tribunal en el caso” y que, por ello, debía declararse improcedente el recurso extraordinario.

En pugna con esa doctrina centenaria de la Corte Suprema, varias entidades partidarias de la liberación del aborto, figurando entre ellas la Secretaría de Estado de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo Nacional, se presentaron en el expediente requiriendo al Tribunal que prescindiera de la mencionada jurisprudencia y dictara sentencia homologando el fallo del Superior Tribunal de Chubut.

Al margen de la grave responsabilidad moral y jurídica en que incurrieron los jueces del Superior Tribunal provincial que no impidieron la muerte del niño, y sin perjuicio de que resultara inobjetable la decisión requerida por la Procuración General, suscita verdadero asombro que un alto funcionario del Poder Ejecutivo Nacional y demás entidades presentadas en las actuaciones, intentaran ampliar la impunidad del aborto en la República Argentina por una vía procesal improcedente, a contramano de normas de jerarquía constitucional que se encuentran en plena vigencia.

Finalmente, la mayoría de la Corte Suprema, en su sentencia del 13 de marzo de 2012, se abocó a la cuestión de fondo a pesar de que no había nadie con personería válida para sostener el recurso. El tribunal prescindió del dictamen del Procurador Fiscal y resolvió una cuestión abstracta que le estaba vedada porque el recurrente (el niño por nacer) había sido privado del elemental derecho a la vida en el que su representante fundó la apelación extraordinaria. La Corte no podía ni debía emitir pronunciamiento en este expediente y lo hizo incurriendo en un grave error hermenéutico con base en una exégesis que contradice —como lo precisaré más adelante— la “interpretación auténtica” de las Cámaras que sancionaron el art. 86 inc. 2 del Código Penal, y en una violación flagrante de normas de jerarquía constitucional.

Los límites de esta comunicación impiden reseñar todas las transgresiones procesales, penales y constitucionales que descalifican el fallo del Tribunal. La decisión tiene una gravedad inusitada porque al pretender asumir el rol no de una corte de justicia sino de un supremo legislador que sanciona normas generales de observancia obligatoria en todos los ámbitos: nacional, provincial y municipal, en un altísimo porcentaje de los casos posibles despenalizó el aborto provocado, alzándose de esta forma contra toda la normativa que ampara la vida inocente. Por esa vía de tamaña arbitrariedad, condenó a muerte, en los tiempos venideros, a innumerables niños no nacidos, pretendiendo, al mismo tiempo, aunque resulte una verdadera contradicción, erigirse en “garante supremo de los derechos humanos”.

II. Las excusas absolutorias

El Código Penal en varios artículos como el 86 y el 185 incluyó las denominadas “excusas absolutorias”. No son “causales de justificación” como algunas del art. 34 sino sólo de exención de pena. La conducta no deja de ser antijurídica porque la Constitución y otras normas de igual jerarquía no autorizan en ninguna circunstancia que se provoque de modo directo la muerte de ninguna persona por nacer. Lo mismo ocurre en las hipótesis del art. 185 C.P. que declara exentos de pena los hurtos, defraudaciones y daños entre determinados parientes. Por ello es absurdo pretender reglamentar estas causales de no punibilidad porque estamos ante *acciones antijurídicas* que sólo por razones equivocadas de política criminal —al menos en el caso del aborto— el Congreso declaró impunes en el Código aprobado en 1921. No debemos olvidar que aún antes de la reforma de 1994 el art. 86 del Código Penal fue declarado inconstitucional. (2)

No es menos incongruente pretender que los jueces no examinen en cada caso concreto la procedencia de la excusa absolutoria porque la misma no consagra —como se sostiene en el fallo que examinaremos— ningún derecho a matar al niño concebido. El objeto de todas las causales del art. 86 es —como lo señalan Carlos A. Mahiques y Adrián P. Grassi— impedir la prosecución penal luego de constatada la comisión de un aborto provocado, en cuyo caso “*será el juez interviniente quien decidirá su operatividad, según se verifique o no el supuesto de hecho correspondiente*”. (3)

Las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del Código Penal no figuraban en el Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Doctor Rodolfo Moreno. Fueron incorporadas a ese ordenamiento punitivo, a propuesta de la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, formulada en el informe expedido el 26 de septiembre de 1919. Esa propuesta, con los fundamentos expuestos en dicho dictamen, fue aceptada por ambas cámaras.

La Comisión de Códigos fundó su informe, de modo exclusivo, en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga, sin advertir sus adherentes que las mismas conducirían y servirían de sustento al régimen nacional socialista instaurado en Alemania a partir de 1933.

La Comisión consideró que la causal del inciso 1° “no necesita explicarse” por resultar —a su juicio— suficientemente claro el sentido de la norma. Optó, en consecuencia, por desarrollar únicamente los argumentos que, en su perspectiva, avalaban el inciso 2°. Su lectura provoca hoy estupor y repugnancia, pero resulta indicativa de la correcta interpretación que debe hacerse del texto legal.

Al fundar la conveniencia de incluir la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2° la Comisión consideró que importaba “una verdadera innovación en la legislación criminal”. Agregó más adelante, citando a un profesor de derecho penal mencionado varias veces en el informe, que “*es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada..., nazca un ser anormal o degenerado*”. Argumentó seguidamente sobre “*el interés de la raza*”, y se preguntó: “*¿qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?*”. En definitiva, la Comisión consideró que “*es indiscutible que la ley debe consentir*

el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza.” (4)

Con esos argumentos racistas, que pocos años después contribuyeron al establecimiento de un régimen demencial que empujó al mundo a la segunda guerra mundial, y que no vaciló en inmolarse a minusválidos, judíos, cristianos y gitanos, como así también a todos los que se opusieran a sus designios totalitarios, se introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias. Lo sorprendente es que en estos comienzos del siglo veintiuno la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2° haya servido de pretexto en la República Argentina para que provincias y municipios, sin tener facultades para sancionar leyes de fondo, hayan aprobado normas que reglamentan y amplían la impunidad del aborto. El colmo de la audacia se observa en el fallo de la Corte Suprema del 13 de marzo de 2012 que, usurpando atribuciones legislativas, y alzándose contra preceptos de jerarquía constitucional que amparan la vida inocente, extendió la impunidad a todo tipo de violación e ignoró la interpretación auténtica del art. 86 inciso 2° del Código Penal que hicieron los autores de su texto. Basta leer el citado informe de la Comisión de Códigos para comprobar que las violaciones que no fueran en perjuicio de mujeres “*idiotas o dementes*” quedaban fuera de la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2°. Resulta sintomático que los partidarios de la legalización del aborto nunca se refieran al Informe de la Comisión de Códigos. Tampoco ha sido transcripto, hasta donde llega mi conocimiento, en los tratados y manuales que circulan entre estudiantes y estudiosos, a pesar de que es una pieza decisiva para la correcta exégesis de la norma.

La Corte Suprema ha declarado que “*la primera regla de interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma*” (Fallos: 150:151); principio que exige determinar ese espíritu de la ley cuando fuera de su letra está clara y evidente la intención del legislador y *máxime si esa intención consta en la exposición de los motivos que la fundaron* (Fallos 111: 330). Además, la importancia de los informes de las comisiones de las honorables Cámaras como fuente de interpretación de las leyes, aumenta cuando ellas obtienen —como en este caso— asentimiento general (Fallos 115: 174). (5)

Por lo demás, las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal, sobre todo a partir de la reforma de 1994, resultan manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto la vida de la persona por nacer desde el instante de su concepción. De esa normativa con jerarquía constitucional debemos destacar algunos preceptos que ponen de manifiesto que el art. 86 del Código Penal ha perdido vigencia y ha quedado tácitamente derogado. La derogación tácita, en lógica normativa, es de existencia no controvertida porque no pueden ser simultáneamente válidas dos normas contradictorias sobre la misma conducta. Obviamente, rigen las de mayor jerarquía que son también —en este caso— las últimas. Entre ellas destacamos sucintamente las siguientes:

1°) La ley 23.849, cuyo art. 2°, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, declaró que el art. 1° de ese instrumento internacional “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño

VIENE DE TAPA

todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Con esta reserva, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 C.N.), la Convención adquirió jerarquía constitucional.

2°) El artículo 3° de dicha Convención que textualmente expresa:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

3°) El art. 6° de la misma Convención que textualmente expresa:

1.- “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

2.- Los Estados Partes garantizarán “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

4°) El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional atribuye al Congreso la facultad de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños...”.

“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

Pensamos que estas normas, que podrían ser ampliadas con otras también de nivel constitucional como las incorporadas a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3°), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6°), a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 4.1) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4°), son suficientes para enmarcar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 75 inc. 23 de la Constitución con relación a los derechos a la vida y a la salud de la persona por nacer.

A partir de tales normas, queda constitucionalmente desautorizada la pretensión de considerar a la persona antes de su nacimiento como *pars viscerum matris*, es decir, como una simple víscera u órgano de la madre, equiparable a los riñones, el estómago o la vesícula. Así como estas partes del cuerpo humano no son sujetos de derecho, tampoco lo sería la persona humana en la etapa más temprana de su vida si fuera sólo una parte del organismo materno.

Porque, en definitiva, como acertadamente lo señalaba Abelardo Rossi, el núcleo del problema radica en determinar si el embrión o feto en el seno materno, e incluso el concebido en forma extracorpórea, es o no un ser humano a quien desde que existe a partir de la concepción denominamos persona. (6)

La respuesta afirmativa ya la había dado el Código Civil desde los comienzos de su vigencia. Pero

ahora la dan en forma enfática las normas de jerarquía constitucional precedentemente citadas. Ello sin perjuicio de que la biología indica con criterio unánime, sólo cuestionado por ideologías que prescinden de los conocimientos científicos, que el ser humano comienza con la concepción y termina su vida temporal con la muerte.

III. El fallo de la Corte Suprema

El error hermenéutico más grave de la sentencia de la Corte Suprema, sin lugar a dudas, es la afirmación de que la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2° del Código Penal no sólo está en plena vigencia sino que ampara con un manto de impunidad la muerte provocada de los niños concebidos como consecuencia de toda violación. La mayoría de la Corte Suprema, a lo largo de la extensa sentencia, demuestra de esta forma que ignoró la “ratio legis” del art. 86 inc. 2° C.P., expuesta con claridad manifiesta en el informe del 26 de septiembre de 1919 (7) que ya he glosado.

La lectura del fallo revela que el tribunal prescindió o desconoció —para el caso es lo mismo— ese dictamen en el que se vuelca, como único argumento para dar sustento al art. 86 inc. 2° C.P., un anacrónico y falaz motivo eugenésico y racista que, obviamente, estaba circunscripto al caso de violación de “una mujer idiota o demente”.

Como lo anticipé, el dictamen de marras no dice una palabra de las demás violaciones a las que pretende extender la Corte Suprema la impunidad del aborto provocado, vulnerando el principio de legalidad. Basta leer el informe para advertir la dimensión de la arbitrariedad exegética cometida por el más Alto Tribunal de la República.

Con argumentos racistas se introdujo así en el Código Penal la excusa absolutoria que ahora, contrariando la “interpretación auténtica” de sus autores, la Corte Suprema, extiende a todo tipo de violación que, además, no deberá ser acreditada de ninguna manera y, por el contrario, la ejecución del aborto deberá facilitarse por los agentes de salud, bajo severas advertencias que el tribunal formula contra quienes amparados en el claro sentido de la norma, e incluso en el orden natural, procuren evitar que de modo directo se provoque la muerte de un ser humano inocente.

A pesar de los esfuerzos dialécticos que en sentido contrario expone el Tribunal, las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal resultan hoy inaplicables y manifiestamente inconstitucionales ante los textos explícitos de jerarquía constitucional que ya he citado y que amparan de modo irrestricto al niño por nacer. También prescindió la Corte Suprema de la ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño, que ratifica y amplía los derechos conferidos en la misma, otorgando prioridad al “interés superior del niño” cuando entre en colisión con el de cualquier adulto. Además, ese cuerpo legal advierte que todos deberán reconocer en cada niño la “condición de sujeto de derecho” y el consecuente “derecho a la vida”. Evidentemente los jueces de la Corte Suprema no leyeron estos cuerpos normativos o prescindieron de sus textos, lo que configurara un verdadero alzamiento contra reglas hermenéuticas de jerarquía constitucional.

A la luz de los criterios fijados en las normas precedentemente citadas, no puede controvertirse hoy, en términos jurídicos, que el derecho a la vida se extiende desde la concepción hasta la muerte natural. Cualquier discriminación que se intente,

como la que efectúa la Corte Suprema en su sentencia, y que deje sin protección penal la vida de los niños antes de nacer, resultará violatoria de los preceptos de jerarquía constitucional que ya he reseñado y de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Ley Fundamental.

La Corte Suprema afirma que el derecho a la vida no es absoluto. Podrá sostenerse tal perspectiva cuando resultare aplicable la ley del doble efecto que rige en la legítima defensa y en situaciones bélicas o policiales en las que la muerte del agresor es una consecuencia indirecta. (8) Empero, la muerte provocada de modo directo de un ser humano inocente, carece de legitimidad moral y de validez jurídica en toda circunstancia, resultando irrelevante que los afectados tengan una semana o tres meses de gestación, un año o noventa años de vida. Todos tienen el mismo derecho a la vida. En estos casos, especialmente el del niño que aún no ha nacido, el derecho a la vida —contra lo que sostiene el tribunal— tiene carácter absoluto. Nunca, nunca, ningún órgano legislativo nacional o local, ni siquiera el más Alto Tribunal de la República abusando del ejercicio de su jurisdicción, pueden legitimar la muerte provocada de modo directo de un niño por nacer, quien, en todos los casos, es totalmente inocente.

Otro tema que ha resultado magullado por la sentencia es el derecho constitucional a la objeción de conciencia. La Academia Nacional de Medicina, en su declaración del 28 de septiembre de 2000, ratificó su rechazo “a todo método que interrumpa el embarazo” y reclamó que no se niegue a los médicos “la libertad de actuar según el criterio de su conciencia ante situaciones que consideren reñidas con la ética”. Contrariando esta alta opinión médica, e incluso su propia jurisprudencia, la Corte Suprema retacea en esta sentencia la objeción de conciencia, imponiéndole, sin tener atribuciones, límites temporales inadmisibles. Bernard Nathanson relata en su libro autobiográfico (9) que después haber practicado de modo directo o bajo su dirección 75.000 abortos, súbitamente tomó conciencia de que había estado matando niños cuando vio la filmación de una ecografía en la que el bebe hacía movimientos contorsivos y desesperados para evitar que le provocaran su muerte. Desde ese momento cesó en su práctica criminal y se transformó hasta su muerte en uno de los líderes americanos de la corriente “pro life”. Es absurdo sujetar la objeción a inscripciones en registros o a la vigencia de protocolos abortivos y no a los mandatos, que pueden ser súbitos, de la propia conciencia.

El derecho a la objeción de conciencia —que obviamente asiste a los profesionales médicos y también a las autoridades de los establecimientos a los que se pretenda obligar a ejecutar abortos— deriva de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia. Me refiero concretamente a los arts. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22. C.N.)

Como lo explica claramente Siro M. A. De Martini, (10) “nadie puede matar a un ser humano inocente e indefenso. Nadie puede, por tanto, ordenar o exigir que otra persona mate a un ser humano inocente e indefenso. En consecuencia, cualquier orden, norma, exigencia, sugerencia que alguien haga en ese sentido, es ilícita”. Agrega el mismo autor que, “afortuna-

damente, en una república no existe ningún organismo que sea omnipotente. Menos aún, en una república federal. Por eso la Corte Suprema de Justicia, aún siendo el tribunal más alto del país, y más allá del innecesario lenguaje que utiliza, no puede ordenar a los responsables de la salud pública, ni a los médicos, lo que deben hacer si se presenta en un hospital una mujer embarazada reclamando un aborto”.

Además —puntualiza Siro De Martini en su citado trabajo—, la cuestión liminar que debe examinar el médico es la “objeción de ciencia”, porque la primera razón que tiene un médico para no realizar el aborto no es moral sino científica. Hay que repetirlo: el aborto no es terapéutico, no forma parte de la ciencia o el arte de curar, es exactamente lo contrario de lo que debe buscar un médico con su actividad: no sólo no cura sino que mata”. La segunda cuestión concierne a la libertad de conciencia que nadie tiene derecho a avasallar, ni siquiera la Corte Suprema. Porque, como lo señala Jorge Nicolás Laferriere, el derecho a la “objeción de conciencia” tiene una clara y efectiva vigencia en el orden jurídico argentino y su misión es garantizar “una forma calificada de reconocer la dignidad de la persona humana y su conciencia, como ámbito sagrado de toma de decisiones”. (11) La ley natural y el régimen jurídico argentino amparan la negativa del médico y de sus asistentes a provocar la muerte de un niño inocente.

Otro argumento falaz del fallo en examen es la invocada responsabilidad del Estado argentino en caso de que no se despenalice el aborto ante cualquier violación. Tal afirmación es falsa. No hay ninguna norma internacional ratificada por el Congreso argentino que haya consagrado el derecho a matar al niño por nacer. Las opiniones que puedan prevalecer en algunas dependencias de la ONU, contaminadas en los últimos tiempos de ideas abortistas, son jurídicamente irrelevantes y no generan ninguna obligación para nuestro país y mucho menos una responsabilidad del Estado argentino por no compartir esas tendencias homicidas. Por el contrario, ya hemos citado las normas de jerarquía constitucional que amparan de modo absoluto la vida del niño por nacer. Concierne a las autoridades administrativas, legislativas y judiciales de la República Argentina el cumplimiento riguroso de esa normativa y no, como sin fundamento pretende el tribunal, prescindir de ellas y sostener un inexistente derecho al aborto.

No menos censurable es que la mayoría de la Corte Suprema se haya arrogado facultades administrativas y legislativas nacionales, provinciales y municipales, desconociendo la organización federal de la República, prescindiendo de las autonomías locales, y procurando obligarlas a que implementen protocolos hospitalarios que faciliten la ejecución del aborto sólo con la invocación de una violación que no se debe acreditar ni denunciar a la autoridad judicial. Es una larvada liberación del aborto, que se extiende durante todo el período de la gestación, y que lamentablemente ya ha comenzado a generar amargos frutos de muerte.

Aunque resulte algo jurídicamente obvio, no debe olvidarse que la Corte Suprema sólo resuelve el caso concreto, que en esta oportunidad no existía porque el niño había sido ilícitamente ejecutado. No media ninguna obligación de acatamiento para los magistrados inferiores federales o provinciales y, mucho menos, para los organismos legislativos y administrativos, nacionales o locales, ajenos al pleito.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de noviembre de 2012.

(1) Ver nómina de publicaciones sobre el tema en RODRÍGUEZ VARELA, Alberto: “Aproximación a la persona antes de nacer”, pp. 263/264, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2006.

(2) BIDART CAMPOS, Germán, al comentar el fallo de un juez de Instrucción que declaró inconstitucional el art. 86 inc. 2° del Código Penal, coincidió con el sentenciante en que dicha norma vulneraba, en primer término,

el derecho a la vida y, en segundo lugar, el derecho a la igualdad entre todas las personas concebidas. Reiteró su posición en “Notas de actualidad constitucional”, El Derecho, tomo 104, p. 1024: “el aborto —aún el terapéutico— es inconstitucional porque, fuera del extremo de la legítima defensa, no se puede privar a nadie de la vida, aún incipiente, porque la vida es un bien y es un derecho que la Constitución protege”.

(3) MAHIQUES, Carlos A. y GRASSI, Adrián P., “El fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre la lex y el ius”, “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Julio 2012, 7, Abeledo Perrot, p. 1166.

(4) Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.719, Edición Oficial, pp. 268/269, Buenos Aires, 1922.

(5) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la interpretación constitucional”, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 107.

(6) ROSSI, Abelardo F., “Sobre el aborto”, en El Derecho, n° 9592, 23 de septiembre de 1998, p. 1.

(7) Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.719, Edición Oficial, pp. 268/269, Buenos Aires, 1922.

(8) Ver: BASSO, Domingo M.: Nacer y morir con dignidad, p. 187, Buenos Aires, 1989. SALSMAN, Jorge, en

Deontología Jurídica o moral profesional del abogado, Bilbao, 1953, n° 24, p. 34.

(9) NATHANSON, Bernard, “La mano de Dios”, Ediciones Palabra S.A., Madrid, 2011.

(10) DE MARTINI, Siro M. A., “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en el libro titulado “El médico frente al aborto”, 1ª. ed., Buenos Aires, Educa 2012 (hay edición digital).

(11) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en el libro titulado “El médico frente al aborto”, 1ª. ed., Buenos Aires, Educa 2012 (hay edición digital).

IV. Repercusiones del fallo de la Corte Suprema

La sentencia del Alto Tribunal suscitó el aplauso de los sectores abortistas. Por su parte, los defensores de la vida inocente rechazaron airadamente el fallo del tribunal y formularon críticas lapidarias que ponen en evidencia su inconsistencia y manifiesta inconstitucionalidad.

Además, el fallo generó una avalancha de iniciativas y proyectos abortistas. Los órganos de gobierno provinciales y municipales se doblegaron servilmente ante los improcedentes mandatos del fallo y sancionaron normas locales violatorias del régimen constitucional que rige en la Argentina, olvidando, además, que las resoluciones judiciales son obligatorias sólo para las partes. Cuando la mayoría de un tribunal, como la Corte Suprema, pretende impartir instrucciones a los órganos legislativos y administrativos locales, sus mandatos carecen de fuerza imperativa, máxime en el presente caso en el que la posición del Tribunal choca con derechos y garantías constitucionales. Lo mismo debemos de-

{ NOTAS }

(12) PADILLA, Norberto, "En la senda de Roe vs. Wade", El Derecho, 22/05/2012, n° 13.0.

cir frente a la pretensión de ordenar a los jueces locales que resuelvan sus causas aceptando la interpretación que hizo el tribunal de una norma de derecho común, vulnerando así lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. No exageramos un ápice en lo que decimos. En efecto, la Corte Suprema exhortó en el fallo a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "a implementar y hacer operativos mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la completa atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual". Además, el tribunal amplió su extralimitación al exhortar a los integrantes del Poder Judicial de la Nación, de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a "abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente". Como acertadamente comenta Norberto Padilla: (12) "A buen entendedor, la exhortación no es tal, es una intimación". Agrega el mismo autor que "es verdaderamente asombroso que, en un país en que se judicializa todo, sea la vida humana por nacer la que suscita el rayo fulminante de la cólera del más Alto Tribunal". Por otra parte, por la naturaleza de las excusas absolutorias, la sujeción de su invocación queda sujeta necesariamente al contralor de los jueces en lo penal.

La intimación la dirige el Tribunal asimismo contra todos: médicos, personal sanitario y responsables de establecimientos sanitarios que, por razones morales y jurídicas, no estén dispuestos a provocar la muerte de modo directo de ningún niño por nacer. La Corte Suprema les advierte que "conspiran indebidamente contra los derechos de la víctima" y hasta pueden ser considerados incurso en una "violencia institucional", debiendo responder "por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar"

La Corte prescinde así de algo elemental, conocido incluso desde los tiempos de Hipócrates. Me refiero a que la obligación de los médicos es procurar salvar las vidas de ambos, del niño y de la madre. En ningún caso pueden estar obligados a provocar de modo directo la muerte de ninguno, y mucho menos a actuar contra su conciencia, presionados por los términos de la sentencia del Alto Tribunal.

Tamaño intimación resulta especialmente repugnante en el caso del art. 86 inc. 2 del Código Penal que, a través de una hermenéutica reñida con el principio de legalidad, el tribunal extiende a todo tipo de violación, facilitando la total impunidad del supuesto violador y condenando a muerte a quien es totalmente inocente respecto de la transgresión cometida en perjuicio de su madre. Y este imagina-

rio derecho a abortar, a criterio del tribunal, podría ser ejercido en cualquier momento del embarazo de nueve meses porque la sentencia no fija tampoco ningún límite temporal. Es difícil imaginar mayor menosprecio por la vida de un niño inocente.

En 1983, diez años después de la sentencia de la Corte Suprema Americana que en los autos *Roe vs. Wade* despenalizó el aborto, el Presidente Reagan sostuvo en un discurso conmemorativo que, como consecuencia de ese pronunciamiento, habían muerto más americanos que todos los caídos en las guerras internas y externas soportadas por los Estados Unidos en el curso de su historia. Y Bernard Natanson ha explicado como los 100.000 abortos anuales anteriores al fallo no tardaron en incrementarse un 1.500 %, es decir, quince veces más, ascendiendo la cifra del primer decenio que conmemoró Reagan en su discurso, a aproximadamente quince millones de niños exterminados al amparo de la inicua sentencia de la corte americana. Lamentablemente algo análogo sucederá en la República Argentina porque es lo que ha ocurrido en todos los países que han elegido el camino de la liberación de la práctica del aborto. ●

Cita on line: AR/DOC/47/2013

El relativismo moral y el derecho de familia

Eduardo A. Sambrizzi (*)

1. Introducción

El relativismo moral en el que se encuentra inmersa buena parte de la sociedad y que ha sido reiteradamente denunciado por personalidades tales como Juan Pablo II, Benedicto XVI y ahora S.S. el Papa Francisco, no le es ajeno sino por el contrario, a las ciencias en general, y en particular, a la ciencia jurídica. Lo que lamentablemente palpamos muy de cerca en esa parte del Derecho Civil que hemos dado en llamar Derecho de Familia, cuyas últimas reformas y Proyectos tanto en buena parte del mundo como también en nuestro País, nos hacen pensar que las normas morales —que deben estar presentes en toda disposición legal— han sido en buena parte olvidadas o dejadas de lado.

Lo que ha sido así posiblemente porque se parte de la errónea premisa de que las leyes deben reflejar puntualmente lo que ocurre en la sociedad —con independencia de la moralidad de la conducta social—, en lugar de enseñar pautas de conducta virtuosas a las que los hombres deben ajustarse en sus relaciones de todo tipo. Es que las normas legales tienen un efecto docente, y deben marcar el camino que se estima como moralmente correcto.

2. Con respecto al inicio de la vida

Creo innecesario recordar las numerosas disposiciones legales vigentes en nuestro país, según las cuales la vida humana comienza desde la concepción, sea que ésta se produzca dentro o fueron del seno materno, entre las cuales se cuentan distintas Convenciones internacionales incorporadas a la Constitución en el artículo 75 inciso 22.

Pero no obstante ello, en el Proyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio presentado en el año 2012, se proyectó una norma según la cual en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona comienza con la implantación del embrión en la mujer, por lo que de ser el Proyecto aprobado, los embriones no implan-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de abril de 2013.

tados no serán personas, sino cosas, lo que resulta sin duda funcional a determinados intereses biotecnológicos. Con la disposición proyectada se contrarían sin fundamento válido no sólo la normativa actual, sino también las conclusiones arribadas por la generalidad de la ciencia médica a nivel mundial, que demuestran que el embrión en estado de célula es un nuevo individuo de la especie humana. Así lo ha entendido, por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (Gran Sala) en la sentencia del 18 de octubre de 2011.

Resultan sin duda innegables los efectos deletéreos que una norma como la proyectada puede llegar a tener sobre la gran cantidad de embriones crioconservados que actualmente existen en nuestro país, así como los que en adelante se crioconserven, los que, con fundamento en dicha norma, van a poder ser comercializados libremente por los laboratorios, además de destruidos o utilizados para investigación o experimentación, violándose de tal manera la dignidad inviolable del hombre, de cada hombre, quien posee una naturaleza que el mismo debe respetar y que no puede manipular a su antojo.

3. En cuanto a la familia y el matrimonio

El modelo de familia que surge del Proyecto expresa una tendencia individualista alejado de valores que en nuestro país han sido considerados fundamentales, tales como la estabilidad de la unión, el compromiso, la convivencia, la fidelidad.

En el Proyecto se mantiene la posibilidad de poder celebrarse el matrimonio entre personas del mismo sexo, dejando de lado que es una Institución que desde que el mundo es mundo y hasta hace poco tiempo, sólo podía ser contraído entre un hombre y una mujer, que juntos podían procrear, dando así una natural continuidad a la raza humana. Para lograr la aprobación de la actual ley 26.618 (Adla, LXX-D, 3065), además de la realización política de ciertas maniobras *non sanctas*, en su momento se alegó ante un país anestesiado e inmerso en pequeñas e intrascendentes cuestiones, que de no aprobarse el matrimonio entre personas de igual sexo se incurriría en discriminación, lo que es totalmente erróneo. Debo al respecto recordar lo expresado por el Juez preopinante de una de las Salas de la Cámara Civil al

rechazar el recurso de apelación que interpuso quien fue Vicepresidenta del INADI contra la sentencia que le denegó la petición de poder casarse con otra mujer, en el sentido de que la discriminación que se alegó como fundamento de la demanda sólo se habría producido si se le hubiera impedido a la demandante contraer matrimonio en las condiciones requeridas por la ley, esto es, con una persona de distinto sexo, cosa que no ocurrió.

Pues bien, en el Proyecto se mantiene el matrimonio entre personas de igual sexo, posiblemente pensando en que de tal manera se logra un pluralismo antidiscriminatorio, sin tener en cuenta, aun cuando por hipótesis erróneamente se entendiera que prohibir esos matrimonios sería discriminar, que, en todo caso, la discriminación sólo es repudiable cuando es injusta. Y es injusta cuando se dan distintas soluciones a situaciones esencialmente iguales, lo que no ocurre en el caso, puesto que no es lo mismo la unión de varón y mujer, que tienen la posibilidad de procrear, que la de dos personas que no pueden hacerlo entre sí.

4. La eliminación de ciertos deberes fundamentales en el matrimonio

El relativismo moral al que aludí al comienzo se vuelve a advertir en el Proyecto de Reformas, no bien se pone el acento en la inexistencia del deber de convivencia entre los esposos —que se omitió enumerar entre los deberes que se ponen a cargo de los mismos—, como también por considerar al de fidelidad como un deber simplemente moral, cuya violación carece totalmente de consecuencias negativas para el esposo que es infiel a su cónyuge.

De ser dichas normas aprobadas, los lazos afectivos entre los esposos quedarán debilitados y desvalorizados, vaciándose la institución del matrimonio en desmedro tanto de los cónyuges como del interés superior de los hijos, así como también se habrá dejado de lado la tradición jurídica y cultural de nuestro país.

Bien puede afirmarse que ante la inexistencia de los deberes de fidelidad y de convivencia, no se entiende claramente la razón por la que se mantiene en el matrimonio la presunción de paternidad.

5. El denominado divorcio express y el resurgimiento del repudio

En el Proyecto de Reformas se permite a los

cónyuges divorciarse por iniciativa de uno sólo de ellos, sin explicitar causa alguna, en cualquier tiempo a partir de la celebración del matrimonio, inclusive el mismo día de casados, y en tiempo record. Es lo que se conoce como *divorcio express*, ya que el procedimiento establecido consiste en la presentación de un escrito en el que se peticiona el divorcio y al que debe incorporarse necesariamente una propuesta denominada *reguladora*, en la que se contemplan distintas cuestiones como la atribución de la vivienda y la distribución de los bienes. Si al contestar la acción el otro cónyuge no estuviera de acuerdo con la propuesta, puede presentar otra distinta, no obstante lo cual, el juez debe decretar de inmediato el divorcio.

Además, el Proyecto suprime las causales con fundamento en la culpa, por lo que el esposo adúltero o el que maltrata a su mujer sin llegar a la comisión de un delito penal puede reclamar que se decrete el divorcio por su sola voluntad y sin que ello le irroque una consecuencia negativa. Ya nada de lo que ocurra entre ellos importa, pues la conducta de los cónyuges carece de efectos que puedan perjudicarlos; no importa el compromiso oportunamente asumido —que se deja de lado con la alegación de que se acabó el amor—, no importa el daño que se causa a los hijos ni al otro cónyuge, no importa nada.

Se cree haber presentado un Proyecto progresista —particularmente en lo relativo a las normas sobre divorcio—, sin haber quizás advertido que de tal manera se vuelve a tiempos pretéritos, puesto que la posibilidad de divorciarse en muy pocos días y sin alegar causa alguna ni consecuencias disvaliosas para quien así procede, no constituye ni más ni menos que el *repudio* que se practicaba en la mayor parte del mundo antiguo, ya sea por el abandono de la mujer o por su expulsión del hogar, que por lo general era practicada por el marido en forma unilateral y por su sola voluntad. La diferencia con el Proyecto de Reformas es que en éste también la mujer puede repudiar a su esposo, aunque ello también le era permitido en el antiguo Egipto. Como se advierte, en el aspecto reseñado el Proyecto nos hace retroceder más de dos mil años, a una situación que ya había sido superada en gran parte debido a la prédica constante del Cristianismo.

6. La compensación económica en el divorcio

El haber dejado de lado los aspectos morales involucrados en todas estas cuestiones, ha llevado a que para el otorgamiento de la compensación económica que el Proyecto establece a favor del esposo a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, no se haya tenido en cuenta en absoluto ciertos aspectos tales como quién fue el cónyuge que petitionó el divorcio, pues me parece que no se puede “premiar” con una compensación económica al esposo que tuvo la iniciativa de divorciarse y, en consecuencia, quien voluntariamente se puso en la situación que luego alegó para reclamar una compensación; salvo que acredite que petitionó el divorcio en razón de haber incurrido el otro cónyuge en una conducta reprochable que no condice con la relación que deben mantener los esposos.

Tampoco se ha tenido en cuenta si quien reclama la compensación económica ha incurrido en una conducta gravemente dañosa hacia el otro cónyuge, como, en cambio, contempla el Código de Familia del Salvador para la privación del derecho a la compensación. En Alemania se establece como excepción a la obligación de prestar una compensación, el hecho de que de su otorgamiento resultara una grave falta de equidad respecto del cónyuge obligado a su prestación. Similares son las soluciones en los Códigos francés y chileno. Sería inmorale que, por ejemplo, quien cometió adulterio y maltrató a su cónyuge, tenga derecho a que se le otorgue una compensación en razón del desequilibrio económico que le causó el divorcio, que él mismo provocó y solicitó que se declarara.

7. Uniones de hecho

Ese especie de afán iconoclasta que resulta del Proyecto de Reformas, que en materia de Derecho de Familia socava o restringe instituciones fuertemente arraigadas en la sociedad, se advierte con la extensión a las uniones de hecho de las ventajas que la sociedad concede a los cónyuges, lo que constituye una estimulación que incita a su mantenimiento, además de atentar contra los intereses generales de la sociedad que está interesada en preservar la existencia de una familia estable e institucionalizada, para lo cual nada mejor que haber asumido el compromiso de contraer matrimonio para toda la vida, lo que redundará asimismo en el bien de los hijos, que tienen el derecho de nacer, crecer y educarse en una familia regularmente constituida.

Dentro de las diversas formas asociativas que pueden darse en la realidad social para formar pareja y relacionarse sexualmente, debe protegerse, promoverse y fortalecerse aquella que se construye a través del compromiso firme de establecer y fundar una familia por medio de una alianza matrimonial, no siendo igualmente valiosa cualquier forma de convivencia. En cambio, la regulación de las relaciones concubinarias mediante un estatuto orgánico y completo muy similar, en el caso, al que regula el matrimonio, presenta, como efecto inevitable, un desperfilamiento o desjerarquización de la institución matrimonial, pues la regulación de una constituye la desregulación de la otra. En efecto, si todo es matrimonio, éste pierde de alguna manera su relevancia. Y eso es lo que resulta de las normas proyectadas, según las cuales, al prácticamente asimilarse las que son denominadas uniones convivenciales al matrimonio, éste queda desperfilado.

8. La voluntad procreacional como fuente de filiación

Al haber sido aprobado en el año 2011 el matrimonio entre personas del mismo sexo, en el Proyecto de Reformas se ha querido dar una “solución” a quienes tienen una imposibilidad física de gestar hijos mediante la unión de los cuerpos. Para lo cual se ha proyectado lo que se ha pretendido que constituya una nueva fuente de filiación —la *voluntad procreacional*—, que no es en realidad otra cosa que una fuente ya existente, la filiación por naturaleza.

Por aplicación de la denominada *voluntad procreacional* se considera que padres del nacido son

quienes hayan prestado su consentimiento previo e informado para gestar un hijo por uno de los varios procedimientos de procreación asistida, careciendo en el Proyecto de relevancia quién o quiénes son las personas que prestan ese consentimiento, por cuanto ninguna limitación se impone al respecto: puede tratarse de dos hermanos varones que alquilan un vientre ajeno, como también, por ejemplo, de una madre y su hija que gesta al niño, lo que hará que la madre sea a su vez tanto abuela como madre, mientras que quien lo gestó, a la vez de madre por haberlo gestado, sea también hermana del recién nacido, puesto que el mismo es hijo de su madre.

Como se advierte, la voluntad procreacional como atributivo de filiación, deja de lado la relación genética, que según la actual normativa constituye uno de los pilares en el que se fundamenta la paternidad, a lo cual se arribó luego de un arduo camino. La pretendida nueva fuente de filiación constituye un retroceso importante con respecto a la determinación de la paternidad y de la maternidad, con clara afectación del derecho a la identidad del nacido, lo que constituye una flagrante violación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (conf. art. 75 inciso 22 CN), como de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635). De ser aprobado el Proyecto, no se tendrá la seguridad de que la identidad jurídica coincida con la biológica.

En materia de procreación asistida el Proyecto deja de lado una regla de oro de nuestra legislación, como lo es aquella según la cual madre del nacido es la mujer que lo gesta. Ello, además de tener otros lamentables efectos, como por ejemplo ocurre, entre otros supuestos, en el caso de dos personas casadas —varón y mujer— que tienen un hijo por procreación asistida en que la gestante sea la mujer y ambos los aportantes de los gametos; si por alguna circunstancia fortuita no prestaron previamente el consentimiento para ser padres, no serán los padres del nacido, no resultando suficiente el consentimiento posterior. Lo que es así porque a diferencia de lo normado en el Código Civil, tratándose de procreación asistida, en el Proyecto no se presume la maternidad ni la paternidad respecto de las personas casadas que han tenido un hijo. Con lo cual quedan afectadas las nociones de filiación y parentescos, creándose graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia.

9. La discriminación según la fuente de la filiación

Además, en el Proyecto se discrimina a los hijos nacidos por procreación asistida, ya que contrariamente a los nacidos por la unión natural del hombre y la mujer, a aquéllos les está prohibido impugnar la paternidad o la maternidad, impidiéndoles de tal manera acceder a la filiación genética, de no coincidir la misma con la filiación legal.

Se vuelve de tal manera a épocas pretéritas y que se creían ya superadas, como cuando de acuerdo al Código de Vélez, los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos no podían acceder a la paternidad o maternidad biológica, creándose de tal manera en el Proyecto dos categorías de hijos, los que pueden impugnar la paternidad o la maternidad, y los que no pueden hacerlo, con lo que se contraría el derecho a la igualdad consagrado no sólo en la Constitución Nacional, sino también, entre otros varios Convenios internacionales, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

10. El alquiler de vientres

El relativismo moral también se patentiza en la admisión en el Proyecto de un acto inmorale por donde se lo mire, consistente en la eufemísticamente llamada *gestación por sustitución*, que no es otra cosa que el *alquiler de vientres*, mediante el cual se cosifica y se explota a la mujer que carece de recursos mediante la celebración de un convenio para que gesté un hijo para otra u otras personas. Por lo que la persona humana, que, indiscutiblemente se halla fuera del comercio, se convierte en el objeto de un acto jurídico. Ello llevó a que cuando en su momento se conoció la nueva modalidad del alquiler de un vientre ajeno para procrear, la tota-

lidad de la doctrina especializada de nuestro país lo cuestionó por considerarlo inmorale y contrario a las buenas costumbres y a la dignidad del ser humano, lo que hizo que el acto fuera considerado como nulo, de nulidad absoluta.

No obstante, en el Proyecto de Reformas se deja de lado ese unánime cuestionamiento de inmoralidad, se ignora la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y se regula el alquiler de vientres, lo que se hace por medio de disposiciones cuyas graves fallas resultan inocultables, ya que, por ejemplo, no se contempla en absoluto los efectos que tendría el incumplimiento de los requisitos que se exigen para que el juez autorice la procreación en un vientre ajeno, cuando ese incumplimiento es advertido con posterioridad a la autorización judicial y al nacimiento. Ello sin perjuicio de poner de relieve la inocencia que resulta del hecho de establecer como requisito para que el juez autorice el alquiler de vientres, que la gestante no debe recibir retribución, cuando sabido es que la gestación para otro se hace por dinero, aquí y en los lugares donde ello es permitido. Y hasta en donde no lo es.

11. La procreación *post mortem*

También es moralmente cuestionable la procreación *post mortem*, que el Proyecto de Reformas admite, lo que lleva a que el niño nazca sin padre, llegándose de tal forma a lo que se conoce como *huérfanos por encargo*, en que se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado. Sabido es que las normas jurídicas tienen un trasfondo moral del que no es dable prescindir, lo que nos lleva a efectuar una necesaria evaluación ética con respecto a los procedimientos de fecundación *post mortem*, que implica un ejercicio desorbitado del derecho de procrear.

La libertad —en el caso, de procrear por un solo padre— tiene un claro límite, que se halla donde se invade el derecho de los otros, en este caso, el de los hijos a nacer en una familia constituida por el padre y la madre, no pudiéndose dejar de lado las necesidades afectivas del niño, al que en la fecundación *post mortem* se lo priva premeditadamente de la vivencia del vínculo paterno, que constituye uno de los elementos estructurantes de la personalidad. No puedo aquí dejar de recordar la Recomendación contenida en el punto 13 del Informe del Parlamento Europeo del año 1990 sobre fecundación artificial, donde se afirmó que es “... inaceptable la fecundación artificial en favor de parejas homosexuales o de mujeres solas, aun cuando la fecundación se realice con semen del marido difunto; no se deben producir huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial”.

12. El decreto 1006/2012

Dejando por un rato de lado el Proyecto de Reformas y en tren de poner el acento en la inmoralidad de ciertas normas que conforman el Derecho de Familia, no puedo silenciar el contenido del Decreto de Necesidad y Urgencia 1006, del 2 de julio de 2012 (La Ley Online), cuya finalidad consiste en permitir que la mujer casada con otra que es madre de un hijo menor de edad nacido con anterioridad a la sanción de la ley que permitió el casamiento de dos personas del mismo sexo y que no haya sido reconocido por su padre, pueda —de común acuerdo con la madre— inscribirlo en el Registro Civil también como hijo propio, pasando de tal manera ambas mujeres a ser madres del menor.

Con lo que contradice no sólo la norma del Código Civil que establece que la filiación sólo puede derivar de la naturaleza o de la adopción, así como la que dispone que madre de una persona es la que lo gesta, sino también la que impide que dos personas del mismo sexo ostenten al mismo tiempo igual vínculo con respecto a un hijo, lo que asimismo prohíbe la ley de Registro Civil.

Fácil resulta advertir el problema que se produciría —sin solución en el Decreto—, si el padre del niño lo reconoce, o si este último inicia una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial contra su padre, supuestos que de prosperar, el niño pasaría a tener tres progenitores, lo que no se

halla permitido por el Código Civil ni por el Proyecto de Reformas.

Evidentemente el Decreto no ha tenido en cuenta en absoluto el interés superior del niño, al que se le endilga una especie de madre postiza que ninguna relación de ningún tipo tiene con el menor.

13. Colofón

Son varios, pues, los aspectos que me mueven a hablar de relativismo moral: el considerar como cosas a los embriones obtenidos por procreación asistida no implantados en la mujer; el modelo individualista de familia alejado de valores fundamentales ínsitos en nuestra tradición cultural; el mantenimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo; la eliminación de los deberes de fidelidad y de convivencia en el matrimonio; el llamado divorcio *express* y el resurgimiento del repudio en el matrimonio; la compensación económica en el divorcio sin atender a razones de equidad; la aplicación a las uniones de hecho de normas semejantes al matrimonio, desjerarquizando de tal manera a este último; la llamada voluntad procreacional como fuente de filiación y la consiguiente discriminación de los hijos nacidos por procreación asistida; el alquiler de vientres; la procreación *post mortem*; el Decreto 1006 que permite designar a una segunda madre que ninguna relación tiene con el niño.

Todo ello carece de una base moral, en que, como sostuve al comienzo, deben fundamentarse las normas jurídicas, habiéndose en el caso omitido remitir a la naturaleza y a la razón —en su mutua relación— como fuentes del Derecho. Las disposiciones proyectadas lo fueron por un puñado de personas cuyo pensamiento se encuentra muy alejado del de la mayoría del pueblo argentino. La Subcomisión que redactó las disposiciones del Proyecto en materia de Derecho de Familia no estuvo integrada por distintas corrientes de pensamiento, como en cambio debió haber sido, sino que en ella sólo existió un pensamiento único. En otras palabras, en la materia en cuestión se dejó de lado el pluralismo, debiendo además poner el acento en que previamente a la presentación del Proyecto debió haberse consultado a especialistas en el tema de familia, no habiéndose querido efectuar modificación alguna a las normas proyectadas, a pesar de las relevantes y múltiples críticas que fueron efectuadas por la mayor parte de la doctrina. Resulta inadmisibles pretender modificar radicalmente las normas vigentes, en contra de la cultura jurídica del pueblo argentino y de sus tradiciones.

Tampoco ayudó la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación, que sólo permitió exponer a los especialistas que concurren a dar su opinión sobre la Reforma, un exiguo plazo máximo de diez minutos, y los pocos legisladores que se encontraban presentes para oír las exposiciones, hasta donde me consta, en momento alguno pidieron alguna explicación o hicieron alguna pregunta sobre los diversos cuestionamientos efectuados al Proyecto por los distintos expositores.

No obstante, parecería que algo está cambiando, habiendo informado diversos medios periodísticos que varias de las reformas proyectadas posiblemente no vayan a ser aprobadas. Esperemos que los legisladores asuman en plenitud sus responsabilidades y sean fieles a la herencia y a las tradiciones patrias, y que tengan en cuenta lo expresado por Benedicto XVI en su Discurso ante el *Bundestag* alemán en el mes de septiembre de 2011, cuando afirmó que “para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación”. Y no me cabe duda alguna que en una buena parte de las cuestiones a las que me he referido, se halla en juego, cuanto menos, la dignidad del hombre.●