

## ULTIMA Y PRÓXIMA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

*Marcos M. Córdoba<sup>1</sup>*

En lo jurídico, fue característica esencial del siglo XIX la devoción incondicional a la ley. Se tuvo por cierto que el derecho nacía y terminaba en los preceptos legales, se reclamaba para él respeto religioso<sup>(2)</sup>.

A principios del siglo XX, y como consecuencia mayormente imputable al pensamiento de Gény se comenzó a sostener que la omnipotencia de la ley resultaba una mera ilusión, una vía de la que el legislador se sirve para traducir, de manera provisoria, una regla de derecho ya existente susceptible de ser ampliada, restringida y hasta dejada sin efecto si ese medio social así lo exigía (3).

Coincidente con ello se exponía que la extensión inconmensurable de lo imprevisible hacia expirar las posibilidades del derecho positivo lo cual provocaba también la expiración de su autoridad (4).

En casos se atempera el efecto de ello cuando como enseña Moisset de Espanés El estudio de otros sistemas facilita la posibilidad de previsión que tienen las ciencias sociales. Si se advierte que en otras sociedades aparecen ciertos fenómenos generales sobre los que operan los mismos factores en nuestro medio, lo que provoca procesos similares, se puede pensar que existen grandes posibilidades de que se plantee una situación semejante en nuestro país. De allí que puedan inferirse tendencias que permitan adoptar medidas que preparen el sistema jurídico para hacer frente a la realidad que se avecina (5).

En esa extensión de la imprevisibilidad seguramente corresponde que situemos al desarrollo que al derecho de familia argentino le correspondió a partir de la década de 1980 en la que se verifica su más profunda transformación pudiendo determinarse como comienzo de esta etapa el acontecimiento legislativo que constituyó la sanción, promulgación y publicación de la Ley 23.264 de Filiación y Patria Potestad, que se caracterizó por eliminar discriminaciones entre sujetos de la familia, siendo seguida al poco tiempo por la Ley 23.515 de Matrimonio Civil y por otras, tales los contenidos normativos de la Ley 23.570 de Derecho a Pensión en el caso de Convivencia en Aparente Matrimonio; la Ley 24.193 de Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos que en su artículo decimoquinto establece los vínculos por consanguinidad, adopción, matrimonio o apariencia conyugal que habilitan la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante; la Ley 24.270 de Régimen de Visitas de Menores; la Ley 24.417 de Violencia Familiar; la Ley 24.779 de Adopción; la Ley 25.673 de Procreación Responsable; la Ley 25.864 del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos y otras leyes locales.

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada con motivo de la ceremonia de entrega del Premio Academia, con fecha 16 de septiembre de 2008

La transformación jurídica no se detuvo allí, pues fue entonces donde la labor de los jueces se ha producido.

Tengo en consideración que en nuestra doctrina llamamos jurisprudencia a una pluralidad de sentencias que al resolver casos jurídicos análogos lo han hecho en el mismo sentido aceptando toda una doctrina común. Es necesario saber que las decisiones judiciales sólo obligan a las partes del juicio, creando así una norma individualizada, y no una norma general. Hasta hace relativamente poco tiempo atrás se entendía pacíficamente que los jueces no creaban derecho, puesto que sus fallos, en nuestro sistema romanista no vinculan para el futuro. En la última mitad del siglo pasado numerosos autores de reconocido prestigio sostuvieron que la jurisprudencia es fuente formal de derecho, fundando esta aserción en lo dispuesto en el art. 303 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación que asigna carácter vinculatorio, de aplicación obligatoria a la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria. No comparto esa opinión porque la forma de nuestro régimen institucional, es llamada, por el art. 1º de la Constitución Nacional como Representativa, Republicana, Federal ... con división de poderes y los órganos del Estado que tienen la función de crear normas jurídicas, son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo por sus facultades de iniciativa y de veto o promulgación, correspondiendo a los jueces sólo el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes. Debo recalcar que el art. 303 del Cód. Procesal invocado, sólo establece que la interpretación de la ley será obligatoria y, obviamente, interpretación de una norma vigente no significa creación de la misma, los jueces interpretan, esto es, desentrañan el exacto significado de una norma preexistente creada por los poderes colegisladores.

Lo aseverado resulta útil toda vez que si bien en la República Argentina rige el sistema jurídico continental de derecho privado codificado, en algunos sectores de la educación se ha optado, según considero en exceso, por un sistema de enseñanza extremadamente casuístico, el cual puede resultar útil para el sistema del derecho anglosajón del Common Law, donde la enseñanza del derecho se basa fundamentalmente en la existencia de los precedentes judiciales y en nuestro medio puede resultar de utilidad para provocar la reflexión, pero teniendo siempre en cuenta que la jurisprudencia, o fallo, es el resultado de la interpretación de la ley y no la ley. En este orden de ideas no puedo dejar de destacar que la doctrina, tal como nos enseña Planiol desempeña en la ciencia del derecho, aproximadamente, el mismo papel que la opinión pública en la ciencia política. Prepara con anticipación los cambios de la legislación por la influencia de su enseñanza e influye en la interpretación judicial, en la medida de su fuerza de convicción por el vigor de sus fundamentos. Ello debe obligar al publicista a que al citar la obra de los jueces, e invocar la doctrina sea con respeto estricto a la ley, siempre atendiendo a que el ordenamiento jurídico de la familia ofrece notables peculiaridades. No puedo dejar de invocar su contenido ético ya que su más íntima y

esencial regulación es moral, un conjunto de reglas éticas que luego el derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente.

Debo recordar también que en las relaciones de familia prima el interés superior de ésta y de ahí que los poderes y facultades familiares tengan un acentuado aspecto de función. Se debe enfatizar que en este ordenamiento particular la autonomía de la voluntad se encuentra limitada y que, entre las normas del derecho de familia, la mayoría son imperativas, tal el caso de las que regulan las potestades familiares. Se produce la fusión del derecho y del deber. Los derechos se conceden para cumplir mejor ciertos deberes que a su vez son indisponibles. Es que como afirma Cicu la posición particular que la persona tiene en la familia, el estado de familia que le corresponde, no es una posición de autonomía, sino de subordinación a fines superiores(6). Recordemos junto con esto, siguiendo a Fanzolato, que el orden público es el conjunto de principios que sirven de fundamento a la organización del estado, de la sociedad y de la familia, es decir, la protección especial o privilegio que concede el derecho a la familia. Son principios que el legislador en una época concreta, estima indispensable defender a través del ordenamiento jurídico para conservar la particular concepción que se tenga sobre la familia, la sociedad y el Estado. Una ley integra de orden público familiar cuando a través de su normativa procura garantizar, llevar a la práctica o desarrollar, los principios inspiradores de la particular organización política y socio familiar. Por eso las leyes de orden público pueden ser sólo deducidas o extraídas del espíritu de las bases esenciales de la legislación. Las normas de orden público son imperativas en el sentido de que, por existir un interés superior social o colectivo- comprometido en su observancia, la voluntad de los particulares no la pueden derogar o modificar. El derecho de familia, por ser de orden público, se integra con normas imperativas, irrenunciables, inderogables por la voluntad de los particulares, que atienden el interés superior del Estado o interés familiar del Estado(7). Este derecho particular y de orden público es el que están facultados los jueces para aplicar en la decisión de las causas sometidas a su conocimiento y decisión.

### **PRESCINDENCIA DEL DERECHO POSITIVO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA Y EN LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE SUS CAUSAS**

Por variados motivos nuestra República ha sufrido innumerables circunstancias de crisis de legalidad. Durante muchos años el Poder Legislativo no funcionó y ello fue la consecuencia de la atribución de roles por sujetos no legitimados para ello. Cesado el estado ilegítimo del ejercicio del poder público, ya hace casi un cuarto de siglo, otros motivos obstan a su correcto funcionamiento, así es que en el año 2005 la Cámara de Diputados de la Nación tuvo sólo once sesiones ordinarias. Ello seguramente ha facilitado la tendencia a la creación de normas particulares lo que acarrea la permisividad de la ilegalidad. Es habitual que se efectúen referencias al desconocimiento del principio de legalidad como consecuencia del inadecuado ejercicio de las potestades otorgadas por

la ley a los funcionarios públicos. Dentro de esto que constituye un género, una de sus especies resulta ser la consecuencia emanada del ejercicio irregular de la jurisdicción. Es necesario recordar cuales son los límites de la facultad de los jueces en la interpretación de la ley, es decir, cuales son los márgenes en la aptitud o poder de derecho respecto del conocimiento y decisión de las causas que versan sobre los puntos regidos por las leyes de familia. Esta atribución que efectúa al Poder Judicial el artículo 116 de nuestra Constitución Nacional constituye la norma que en conjunción con las contenidas en los artículos 16, 17, 18 y 19 del mismo cuerpo legal tipifican el Estado de Derecho por la sujeción de todos los actos a la ley, excluyendo la existencia de lo arbitrario y "aun de una gran autoridad discrecional"<sup>2</sup>. Resulta claro entonces que la Constitución Nacional consagra expresa y genéricamente el principio de legalidad, toda vez que ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19, C. N.); tampoco puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso (art.18, C.N.); ni privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley (art.17, C.N.); como que no podrá exigírsele ningún servicio personal, salvo que ello resulte de la aplicación de un texto legal (art.17, C.N.).

Linares Quintana expresa que así el Estado crea un ámbito de vida jurídica en la que el hombre desarrolla su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, con verdadera libertad y responsabilidad (8). Sarmiento expone que de este modo la Constitución Nacional da seguridad, que es elemento de la libertad (9). Muy cierto resulta, para garantizar seguridad jurídica, que no basta la redacción "enfática y solemnemente proclamada en la Constitución Nacional sino que es necesario que todos y cada uno de los habitantes tengan el goce efectivo y cabal de sus derechos" (10). Al decir de Alberdi la libertad además de escrita debe vivir palpitante en los usos y costumbres del país, sino es tan sólo una libertad muerta.

Los textos citados establecen el férreo límite al que inexorablemente deben ajustarse todas las leyes de la Nación, por ser estas consecuencia de la Constitución Nacional, estando obligadas las autoridades a conformarse a ellas (art.31, C. N.). En tal contexto, como ejemplo, podemos citar al artículo 399 del Código Procesal Penal de la Nación que establece como regla que hace a la validez y existencia de toda sentencia, en la materia, la invocación de las disposiciones legales aplicables; lo prescripto en los códigos procesales en lo Civil y Comercial que imponen, como deber del juez, fundar las sentencias respetando la jerarquía de las normas vigentes provocando que lo resuelto sea derivación razonada de ellas con referencia a las circunstancias del caso. "La omisión trae aparejada la nulidad del acto" (11). La imposición legal que resulta de las normas alegadas armonizan con lo que expresan los artículos 1º, 2º, 3º, 16 y 17 de nuestro Código Civil de los que resulta que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de nuestra República pero sólo

---

<sup>2</sup> Córdoba, Marcos M., "A un mes de los cuarenta años de la Ley 17.711", Derecho al Día, Facultad de Derecho de Derecho Universidad de Buenos Aires.

mediando publicación, no admite aplicación retroactiva, y la analógica solo es admitida subsidiariamente, en materia civil, ante un vacío legal. A su vez la ley obliga a que si con ello no se pudiese resolver la cuestión, en un posterior grado de subsidiariedad cobra validez la aplicación de los principios generales del derecho. No admitiendo el derecho vigente lo que resulte de los usos y costumbres salvo cuando la ley se refiera a ellos o en situaciones no regladas por ésta, lo que importa que jamás podrán prevalecer sobre una imposición efectuada en un texto legal. Cuando nos referimos a la ley estamos aludiendo a su acepción material es decir a regla o norma de conducta general establecida por el órgano competente del Estado.

Siguiendo a Ripert y a Boulanger sostenemos que "el juez no tiene la pretensión de hacer la ley. El entiende y declara aplicar la ley. No se trata de poner frente al legislador un poder concurrente. El juez sigue siendo el servidor de las leyes; no se arroga el poder de crear normas jurídicas" (12).

El principio de legalidad impone el sometimiento pleno a la ley, implica la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general.

"La seguridad jurídica exige el respeto del principio de legalidad, que deriva de la noción de soberanía popular y rige cuando las disposiciones son dictadas por los representantes de los gobernados en la órbita en que tienen facultades para obrar. Va de suyo que el principio de legalidad queda arrasado cuando un funcionario se arroga facultades normativas que no le correspondan, como suele suceder en la Argentina" (13).

Recuerdo entonces que arbitrario es el proceder contrario a las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado arbitrarios a los pronunciamientos judiciales que incurren en apartamiento de la solución normativa prevista para el caso (14). Es que, como enseña Salvat, cuando existe una ley cuyo texto es claro y expreso, debe ser aplicada estrictamente y "en el sentido que resulte de sus propios términos, aun cuando pareciere injusta; el juez es un Ministro de la ley para aplicarla tal cual es y no para juzgar su bondad o su justicia; ni el juez ni el intérprete, pueden eludir la aplicación de una ley clara, so pretexto de penetrar en su espíritu" (15). Coincide ello con reciente doctrina emanada del más alto tribunal de justicia de nuestra República que ha resuelto que la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (16).

Actual tendencia a la creación de normas particulares

La permisividad a la ilegalidad

Es conveniente, en este estado del desarrollo, incluir en el análisis el contenido de la producción no solo de la doctrina jurisprudencial sino también de la doctrina autoral de nuestros días y así nos sorprenderemos al poner en evidencia que se ha generalizado entre los profesores del derecho de familia y los jueces del fuero, el desconocimiento o apartamiento conciente a la estructura jurídica obligatoria. Leía, diez días atrás, que un prolífico publicista de esta rama del derecho expresaba que

El deber de fidelidad luego de la separación de hecho implica introducir una suerte de espera conyugal que de ningún modo surge del derecho positivo y que violenta la libertad y autonomía de las partes. Por el contrario, debe buscarse el argumento en lo normado en el art. 198 del Código Civil, interpretándose que la misma al referirse al deber de fidelidad, presupone la normal convivencia de los cónyuges, no rigiendo su contenido luego de la ruptura de la vida en común. (17) No existe regla de interpretación que pueda derivar en tal conclusión, que solo responde al capricho de quien la formula.

También, y al solo efecto ejemplificativo recuerdo el contenido del artículo 232 del Código Civil que establece "En los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, a excepción de lo dispuesto en los arts. 204 y 214, inc. 2º" y que, tal lo dicho por Escriche la ley se ha de entender general e indistintamente. Cuando la ley no hace excepción alguna pudiendo haberla hecho y ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho(18.) Agrega el autor que el juez que pusiere excepción a una ley concebida en términos generales y absolutos comete una arbitrariedad, un exceso de poder. Su pensamiento encuentra identidad con lo que ya se había dispuesto como norma para aplicar en América en las Leyes de Indias y que resulta creación jurídica de conocimiento general en la invocación de que allí donde la ley no discrimina el intérprete no puede hacerlo. Esta regla básica de interpretación no ha sido respetada de forma absoluta y unánime, por otra parte el texto transcrito no exige esfuerzo en su hermenéutica lo cual impone, según la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia que sea aplicada directamente(19). No obstante la claridad de la norma, la regla de interpretación enunciada y la doctrina emanada de la Corte, la sala E de la Cámara Nacional en lo Civil ha resuelto que "la salvedad contenida en el art. 232 del Código Civil, relativa a lo dispuesto por los artículos 204 y 214 inc 2º del mismo cuerpo legal, se refiere exclusivamente al reconocimiento de la existencia de la separación de hecho sin voluntad de unirse durante el lapso previsto por la ley, mas no en lo relativo a las causales imputadas por uno de los cónyuges al otro, puesto que si uno de ellos alega que no dio motivo a dicha separación y pretende ser inocente de tal situación deberá acreditarlo debidamente tal como lo preceptúa el citado art. 204, y en este aspecto

retomará vigencia el principio general de la mencionada norma del art. 232 que impide tener por suficiente la confesión judicial o el reconocimiento de los hechos" (20) Resulta evidente el apartamiento del texto legal en la solución del caso concreto, apartamiento que coincide con lo publicitado por doctrina autoral destacada toda vez que se ha expuesto que "El reconocimiento no es suficiente, en cambio, para prescindir de prueba si se trata de determinar cuál de los cónyuges es el responsable de ese fracaso: ...en relación a la hipótesis del artículo 204, si se imputa a uno de ellos haber dado causa a la separación de hecho (21) . Coincidiendo con ello se ha sostenido "el art. 232 no resulta suficientemente claro, en lo relativo a si para acreditar el hecho referido en la última parte del art. 204 de no haber dado causa a la separación, es o no aplicable la disposición de aquella norma, en cuanto en la misma se admite como suficiente la prueba confesional y el reconocimiento de los hechos, con relación a los artículos 204 y 214 inc 2°. Nosotros creemos que la admisión de la suficiencia de esa prueba se refiere solo y exclusivamente a los hechos configurativos de la causal contemplada en el arts. 204 y 214 inc 2°, y no, en cambio, a la prueba del hecho de no haber dado causa a la separación, cuestión ésta que, a nuestro juicio, debe ser acreditada por aplicación de las normas comunes (22).

Recuerdo también que el artículo 312 del Código Civil establece que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Judicialmente, no obstante la claridad del texto, se ha considerado que "no existe impedimento legal alguno para que aquélla la concrete el concubino de la madre (23)." No dudo que lo resuelto judicialmente responde a una motivación de justicia. Responde a la intención de satisfacer un interés superior. Lo que ocurre es que la satisfacción de ese interés superior ha debido ser decidida por aquellos a los cuales el ordenamiento establecido les ha otorgado la facultad de dictar normas exigibles. En el caso, el Poder Legislativo.

El interés en la seguridad jurídica rechaza, al decir de Botero Bernal, que cada cual tenga su propia respuesta, pues ello se traduce en un relativismo extremo que atenta contra la previsibilidad jurídica. El mismo autor ataca la tendencia actual que cree que el juez puede ser un Hércules que soluciona todo a partir de sus propios principios (24).

Un tribunal Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 20 de octubre de 2005 consideró que: 1. "si bien la separación de hecho de los cónyuges no produce la disolución de la sociedad conyugal, los bienes adquiridos por uno de ellos con posterioridad a la ruptura de la convivencia no están sujetos a división entre los esposos, ello en virtud del fallo plenario "C.G.T. c. A.J.O. s/ liquidación de sociedad conyugal" —29/09/99, La Ley, 199-F, 3— que ha extendido la aplicación del art. 1306 3° párrafo del Código Civil a los supuesto en los cuales se decreta el divorcio por la causal del art. 214 inc 2° del citado Código (25). 2. Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho son bienes gananciales "puros" en tanto

están alcanzados por la regla del art. 1315 del Cód. Civil, en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentan el patrimonio de cada cónyuge son gananciales "anómalos" y no sujetos a división conforme lo previsto en el artículo 1306 párrafo tercero del mencionado ordenamiento (26). La doctrina que de tal pronunciamiento emana omite la aplicación de la norma que resulta del último apartado del artículo 1306 ya que éste establece que el que fuere culpable de la separación de hecho no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable, de lo que resulta claramente que al inocente no se lo priva de tal participación toda vez, como ya se dijo "cuando la ley no hace excepción alguna pudiendo haberla hecho, y ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho" (27) Es cierto que la ley hace una excepción en el último apartado del art. 1306 Código Civil, esa excepción sanciona al culpable, la ley pudiendo haber hecho excepción no lo ha hecho respecto del inocente y por lo tanto a esto se le aplica la disposición general del primer apartado del art. 1306 del Código Civil que indica que la sentencia de separación personal o divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges. Ninguna mención efectúa la ley respecto de "bienes gananciales puros" o "bienes gananciales anómalos", clasificación ésta que resulta tan solo de la voluntad del juzgador, o de la doctrina autoral que lo inspiró, que con ello crea una norma individual que posee efecto retroactivo toda vez que la aplica a circunstancias y consecuencias pasadas, contradiciendo entre otras normas vigentes la contenida en el art. 3° del Código Civil en cuanto a la irretroactividad de la ley, sin perjuicio de que la función legislativa le corresponde a otro poder del Estado. Cabe por otra parte advertir que la resolución judicial a la que aquí aludimos invoca el plenario de ese mismo tribunal de fecha 29 de septiembre de 1999 y la doctrina de éste resulta contraria a los postulados de la nueva sentencia pues es claro que el tribunal en su reunión plenaria sostuvo que si "no se han analizado las causas del conflicto ninguno de los cónyuges conservará los derechos que la ley reconoce al que no dio causa al divorcio, ... estando fuera de discusión que la separación de hecho no disuelve per se la sociedad conyugal, efecto que se produce con el dictado de la sentencia de divorcio de acuerdo a la directiva que emana del art. 1306, que protege al cónyuge inocente, quien no pierde sus derechos a los bienes gananciales adquiridos por el culpable después de la separación" (28).

Debe quedar en claro que lo aquí expuesto no implica la creencia de que la omisión de la aplicación legal constituye un hábito de nuestra doctrina autoral y jurisprudencial, claro queda esto tras las remisiones efectuadas a los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema cuya doctrina no resulta divorciada de la que producen otros tribunales de nuestra República. Así es que se ha decidido "aunque la realidad social debe ser tomada en cuenta no sólo en la formación de la ley sino también



en la interpretación, cuando esa realidad fáctica es susceptible de ser captada por la inteligencia de la norma legal resulta aventurado otorgar a los hechos entidad suficiente para modificar o derogar la normativa vigente, o forzar o torcer la interpretación para adecuarla a soluciones, en principio, contrarias al régimen legal vigente. De ahí que, esa adecuación para interpretar con un criterio más flexible la previsión explícita del art. 198 del Código Civil del deber de fidelidad inherente al matrimonio dentro del contexto de normas actualmente vigentes que regulan el derecho de familia, requerirá una solución legislativa (29) .

En una interpretación en un todo acorde con el ya mentado criterio de nuestro más alto Tribunal, la Cámara Civil y Comercial de Mercedes sala 1ª, ha resuelto revocar parcialmente una sentencia de primera instancia, que otorgaba la adopción de un menor de edad a dos personas que conviven en pareja sin estar casados, subsistiendo el vínculo matrimonial de uno de sus miembros con su ex cónyuge, mediando a su respecto separación de hecho, resolviendo en consecuencia, otorgar la adopción plena tan sólo al conviviente soltero, en virtud de que "en el contexto de la regulación legal actual, los arts. 312, 320 y 337 inc. 1.d) C. Civil no son inconstitucionales. La Cámara, sostuvo en este fallo que pese al esfuerzo del juez por señalar que no se aparta del texto de la ley, es evidente que lo hace, ya que la palabra cónyuge en nuestro ordenamiento jurídico tiene un significado muy preciso, y es el que le da el Código Civil en el Tít. I de la secc. 2ª cuando regula la institución del matrimonio. De manera que no es posible, sin incurrir en una interpretación contra legem, su equiparación con el término consorte o concubino. Como ha resuelto la SCBA en más de una oportunidad, al intérprete de la ley no puede acodársele el poder de variar el contenido del texto legal al grado de prescindir de él, pues la materia de la ley no es un caucho tan elástico, y la técnica interpretativa no es de una flexibilidad tal que a fuerza de tirar sobre el texto se llegue siempre a solucionar el caso. La apelación al espíritu de la ley (naturaleza y finalidad del instituto de la adopción) no puede sortear la valla del texto expreso de los arts. 312 y 337, C. Civ. Es que no se trata de que la interpretación literal sea dudosa -caso en el cual, se recurre a la interpretación sistemática y a la teleológica-, o de que exista una laguna normativa, que deba ser llenada por el recurso a la analogía, o a los principios generales del derecho (art. 16, C. Civ.). La no previsión del carácter de concubino como habilitante de la adopción por más de dos personas no es una omisión de la ley. Se deriva por exclusión de la exigencia expresa de la condición de cónyuges, cuyo no cumplimiento la norma fulmina con la nulidad absoluta De lege ferenda podrá propiciarse que se habilite a las parejas unidas en concubinato con determinados años de permanencia a adoptar, pero mientras ello no ocurra, los jueces debemos atenernos a la ley (30).

Esta sencilla pero contundente frase "Los jueces debemos atenernos a la ley", resume la base de nuestro sistema jurídico. Corresponde no olvidar que en nuestro estado de derecho la Constitución Nacional indica el marco límite en el cual el poder al que corresponde la función de crear las

normas exigibles debe hacerlo, es decir que el producto del legislador, la ley, posee como límite la Constitución y es esa ley el límite que se le impone a quien tiene la función de juzgar. Subsidiariamente, como ya se expresó y sólo en el caso en que medie oscuridad o insuficiencia de las leyes podrá recurrirse a la analogía y en su defecto a los principios generales del derecho. El intérprete de la ley no debe considerarse con facultades de crear normas tan sólo debe aplicarlas desentrañando el significado que el legislador les ha otorgado. "Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación (31).

“Conciérne a la seguridad jurídica la adecuada administración de justicia. Cuando esa administración fracasa, la regularidad inviolable del derecho es desplazada por la irregularidad caprichosa de la arbitrariedad, y por lo tanto, se afirma la irracionalidad, se consagra imprevisibilidad y se arruina la confianza” (32).

En razón de que resulta imprevisible la intervención de los órganos del Estado, mas allá de los poderes otorgados por la Constitución es condición esencial de la seguridad jurídica la vigencia efectiva de la división de poderes: el Poder Legislativo es el productor de las normas generales, el Poder Ejecutivo administra aplicando con respeto el marco brindado por las normas legislativas, el Poder judicial tiene a su cargo la resolución de controversias mediante la aplicación de esas normas generales, creando así normas individuales.

De cualquier modo, no puedo templar el ánimo con la esperanza de que será el legislador el capaz de suministrar las pautas adecuadas a la conducta correspondiente en este lugar y tiempo toda vez que lo que se anuncia desde la escasa producción de proyectos legislativos indica la desorientación que prima en esta materia. El último Proyecto de Unificación de Códigos Civil y Comercial ingresado en la legislatura nacional impulsa para el matrimonio un régimen de separación de bienes. Simultáneamente y mediante otro trámite parlamentario, número 131 del 9 de septiembre de 2004 se promueve que exista una comunidad de bienes entre concubinos. Tal el Proyecto de la Cámara de Diputados 5773-D-04.

También resulta motivo de alarma que mientras la generación vigente de profesores del derecho de familia impulsó y logró la supresión de desigualdades sin justa causa entre sujetos de la familia con la promulgación de la Ley 23264, el Proyecto de Unificación aludido impulse la creación de una nueva desigualdad, tan injusta como las que se han logrado derogar, al proponer en el artículo 229 del Proyecto que “Pueden suceder los que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crío conservados del causante o de la crío conservación de un embrión formado con gametos de aquel.” Lo que implica poner a iguales en situación desigual. Pero allí no terminan los motivos

provocadores de las circunstancias que nos obligan a la reacción que propició el Rector Ingeniero Martínez al impulsar la creación de esta Academia, ya que también por estos días leíamos que considerar a la familia la célula básica de la sociedad, el depósito de todas las virtudes, el origen del afecto y la barrera frente al delito así como el gran refugio al que la humanidad debería retornar, suele implicar exageraciones y anacronismos. Continuaba el autor al que aludo con que la propia sociedad conyugal está perdiendo justificación social a favor del mayor reconocimiento de la independencia económica de los cónyuges y que ello es sólo un pálido reflejo de la obsolescencia de las categorías jurídicas que en un tiempo servían. Se sostiene también que los jóvenes prefieren a menudo prescindir del matrimonio para asumirlo, acaso más tarde, como la coronación de una larga convivencia, se agrega que las familias ensambladas dan lugar a que –biología y ley aparte- cada niño tenga varios padres y madres y que las personas adultas adquieran con facilidad hijos ajenos. Se expone que algunos juzgan estos cambios como escandalosos y otros se habitúan a vivir con ellos y se preguntan si, ¿no es hora de que el pensamiento jurídico tome nota de lo que sucede?. Se interroga el autor ¿qué función cumple en nuestros días la familia como institución jurídica, frente al estado de la familia como institución social?. Para finalizar aseverando que es tiempo para planificar instituciones civiles que coincidan mejor con esa evolución. Desde esa postura del pensamiento se indica que, entre otras, una buena idea puede ser abolir el concepto jurídico de estado civil, suprimir toda distinción o discriminación legal entre varones y mujeres, salvo en cuanto la biología lo haga indispensable, y respetar la inclinación de cada uno a convivir o dejar de convivir con quien le parezca como una elección personal que se adopta de a dos, ... El autor de estas palabras advierte que es posible que estas sugerencias se consideren excesivas, imprudentes y hasta perversas y afirma que el hecho es que el conjunto de las personas ya no responde a las clasificaciones civiles y hace surgir espontáneamente otras impulsadas por los sentimientos, sin pedir permiso a los legisladores ni a los jueces. Indica también que la realidad termina siempre por imponerse y que el derecho puede oponer alguna resistencia durante algún tiempo, pero a la larga debe adaptarse a las costumbres para mejor encauzarlas o bien resignarse a ser exhibido como una pieza de museo. (33)

Luego de esto opto por coincidir con Maquiavelo en cuanto a que unos pueblos difieren de otros en sus instituciones y costumbres porque éstas hacen que el carácter de sus habitantes sea distinto, pero también dentro de una misma población se nota gran diferencia entre la familia. Todas las ciudades justifican esta verdad y presentan sus ejemplos, y así los nacidos en unas resultan siempre duros y tenaces, en otras benignos y amantes del pueblo, también en algunas ambiciosos y enemigos de la plebe, y así sucesivamente, cada familia tiene peculiares dotes de carácter que las diferencian de las demás. Esta distinción no puede nacer sólo de la sangre porque ha de variar a causa de las distintas alianzas matrimoniales, sino de la diversa educación en el seno de las familias. Cuando un niño oye

expresar desde sus primeros años tales o cuales juicios que impresionan vivamente su entendimiento, estos juicios se convierten en reglas de conducta para toda su vida. (34)

Así como el célebre pensador relaciona las circunstancias de los pueblos a los efectos en las familias que los componen, sugiero educar en la familia para trasladar sus efectos al conjunto de la sociedad, postura esta que coincide con la que la ministro de justicia de Québec, profesora Dra. Linda Goupil expuso como la motivación del Código Civil de ese estado al referir que la estructura jurídica se había desarrollado a partir de la consideración de que la fundación social debe realizarse sobre la estructura familiar que es no solo el centro sino además el órgano vital de la sociedad. (35)

Con lo expuesto considero haber brindado una brevísima síntesis de la situación actual y la próxima de nuestro derecho de familia. No dudo que algunos pensamientos no resultaron adecuadamente expresados, ni que otros fueron voluntariamente omitidos. Tal vez sea esto último lo que actúe como bálsamo para tan educado auditorio que valorará más mis abstenciones que mis acciones.

Tengo la esperanza de que hayan recibido mis palabras teniendo en consideración las intenciones que me inspiraron y no lo que ellas significan en sí mismas.

-----  
(2) Laurent, F., "Principes de Droit Civil Francais", Paris-Bruxelles, 1878.

(3) Roubier, Paul , "Théorie General du Droit", París, 1946

(4) Renard, "Le Droit, la Justice et la Volonté"

(5) Moisset de Espanés, Luis, "Cambio Social y Cambio legislativo", en Codificación Civil y derecho Comparado, pág. 17, Zabalía, Buenos Aires, 1994.

(6) Cicu, Antonio, "Derecho de Sucesiones- Parte General", pág. 45, publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

(7) Fanzolato, Eduardo I., "Derecho de Familia", Tomo I, pág. 85, Advocatus, Córdoba, 2007.

(8) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean.. "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", LA LEY, p. 191, Buenos Aires, 1963.

(9) SARMIENTO, Domingo F., Cámara de Senadores de la Nación, 11/07/1876.

(10) LINARES QUINTANA, "Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado", t. V, p. 195, Buenos Aires, 1956.

(11) DIAZ DE VIVAR, Elisa M., "Comentario al art. 34. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Elena I. Highton, Beatriz A. Arean, Editorial Hammurabi, p. 547, Buenos Aires, 2004.

- (12) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean.. "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", LA LEY, p. 191, Buenos Aires, 1963.
- (13) ALTERINI, Atilio A., En "Un sistema teñido de inseguridad", LA LEY, 2002-C, 1015.
- (14) Fallos, 311:346 .
- (15) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", p. 142, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1922.
- (16) Banco Ganadero Argentino c. Medicina Técnica s/ Ejecución Hipotecaria. 18/12/03, t. 326, p. 4909, LA LEY, 21/04/04, N° 107.287
- (17) Solari, Néstor, "El deber de fidelidad y el factor tiempo", La Ley, 3/9/2008
- (18) ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario razonado", p. 953, París, 1861.
- (19) C.S.J.N., 23/12/04 Asociación Civil Jockey Club c. D.G.I.
- (20) CNCiv., sala E, Octubre 14-1993, M., E. R. c. B., M. E. s/ Divorcio, ED, 158-447.
- (21) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil. Derecho de Familia", t. II, Astrea, p. 120, Buenos Aires 1989.
- (22) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Separación personal y divorcio", t. 1, 2ª ed. actualizada y ampliada, La ley, p. 321, Buenos Aires, 2004.
- (23) Sala M. Expte. N° 341172. 07/10/02. R., S.A. S/ Adopción
- (24) BOTERO BERNAL, Andrés, "Derecho al Día", Año 4 Número 81, p. 9, Buenos Aires, 22/12/2005
- (25) CNCiv., sala B, 20/10/05, H., M..B. c. G. S., M. R., LA LEY, 9/02/06.
- (26) CNCiv., sala B, 20/10/05, H., M..B. c. G. S., M. R., LA LEY, 9/02/06.
- (27) ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario razonado", p. 953, París, 1861.
- (28) CNCiv., en pleno, 1999/09/29, C., G. T. C. A., J. O., LA LEY, 1999-F, 3.
- (29) Sala C, Expte. 341671, 30/10/02.
- (30) Del voto del doctor Emilio Armando Ibarlucía, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes (5/72005 - Navarro, Miguel Domingo y otra s/ adopción plena).
- (31) C.S.J.N., Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N. P.E.N. M° E. -Dto 1738/92 y Otro s/ Proceso de Conocimiento, 24/05/05, LA LEY, 15/06/05 N° 103.032, ED, 31/10/05 N° 365
- (32) ALTERINI, Atilio A., En "Un sistema teñido de inseguridad", LA LEY, 2002-C, 1015
- (33) Guibourg, Ricardo, La Ley, 2008-C- 1325.
- (34) Maquiavelo, Nicolás, Obras Políticas- Discursos sobre la 1ra. Década de Tito Libio , Libro Tercero, Capítulo 46, ed. Poseidón, Buenos Aires, 1943
- (35) Mesa de recepción y Conferencia de la Misión de Justicia del Gobierno de Québec, Palacio del Congreso de la Nación Argentina, 31 de octubre de 2000.