

# INFLUENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN EL DERECHO DE FAMILIA

Por Eduardo A. Sambrizzi

## 1. El derecho de familia integra el Derecho Privado

Sabido es que la complejidad que por diversas razones —que no es del caso analizar aquí— se ha ido produciendo a lo largo del tiempo en las relaciones interpersonales —en sentido amplio—, tanto a nivel nacional como internacional, ha llevado a que las normas jurídicas que las regulan se hayan ido haciendo cada vez más profusas y complejas, lo cual, como es fácil de advertir, ha hecho que las mismas se hayan ido desdoblado casi necesariamente, en diferentes ramas del derecho. Una de las cuales es la que se ha dado en denominar derecho de familia, que está constituido por el conjunto de normas que regulan, fundamentalmente, las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia<sup>1</sup>, como también las de éstos con terceros<sup>2</sup>.

Por encontrarse esas relaciones regidas por normas que en su mayor parte eran consideradas de orden público<sup>3</sup>, en otras épocas se ha cuestionado la pertenencia del derecho de familia al derecho privado, lo que actualmente puede darse por superado, encontrándose incluidas la mayor parte de sus disposiciones ya sea en los Códigos Civiles de los distintos países, como es en la República

---

1 Conf., ZANNONI, EDUARDO A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 1, p. 50, parágr. 15; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, Derecho de Familia, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, 2017, pág. 12, VIII.

2 Cuando por aplicación del ordenamiento jurídico se produce una relación entre dos o más personas miembros de una familia, destinada a regir intereses familiares, se dice que se produce una *relación jurídica familiar*.

3 Conf., entre muchos otros, GNECCO, EMILIO P., Estudios de Derecho Privado, Buenos Aires, 2008, ps. 21 y sigte.; PERRINO, JORGE OSCAR, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 53 y sigte., n° 34; MINYERSKY, NELLY y LEVY, LEA, “La autonomía de la voluntad y la adopción”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 15, año 1999, ps. 69 y sigte.; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, Derecho de Familia, cit., pág. 14, X.

Argentina o en España, o en Códigos especiales que se ocupan particularmente del tema.

También se ha discutido en doctrina si el derecho de familia es una rama distinta del derecho civil, o si, por el contrario, forma parte del mismo, habiéndose llegado a la conclusión de que carece de una autonomía propia, por cuanto se encuentra dentro del ámbito del derecho civil, de donde tradicionalmente ha formado parte<sup>4</sup>. Lo que a nuestro juicio es así, no obstante poseer ciertas reglas o caracteres propios, lo que no alcanza a desvirtuar su pertenencia al derecho privado, y particularmente, al derecho civil, cuyas normas le resultan en su mayor parte aplicables.

Lo antes afirmado con respecto al carácter de orden público de una parte de dichas normas, hace que los individuos tengan limitada —o vedada— la posibilidad de modificar sus contenidos, aunque esa circunstancia no implica que el derecho de familia pertenezca al derecho público, ni tampoco que esas disposiciones formen una rama del derecho distinta al civil, existiendo también en este último disposiciones que los particulares no pueden modificar, como son, por lo general, las que legislan, por ejemplo, sobre los derechos reales, o sobre la capacidad de las personas, en las que también campea el orden público, no teniendo los individuos, como norma general, libertad para actuar. Tampoco es decisivo al respecto que en el derecho de familia exista un interés público, ya que ese interés también está presente en el derecho civil, encontrándose en el derecho de familia entreverado el interés público con el privado.

En similar sentido, Zannoni afirma que el derecho de familia se integra en el derecho civil en razón de la materia, aunque el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer en determinados supuestos, contenidos de orden público. Agrega dicho autor que aunque estén en función de la satisfacción de intereses familiares, dichas relaciones no dejan de ser relaciones de coordinación entre personas<sup>5</sup>. Belluscio coincide con lo expresado, y afirma que si bien el derecho de familia tiene ciertas particularidades que lo

---

4 MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, *Derecho de Familia*, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 3, parágr. 5; PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 51 y sigte., n° 32; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 1 y sigtes. Véase, asimismo, de este último autor, “Derecho de Familia”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires, 1991, ps. 828 y sigtes.

distinguen de otras divisiones del derecho, también las demás divisiones las tienen, las que son fundamentalmente didácticas, encontrándose todas sus ramas íntimamente interrelacionadas, sin constituir compartimentos estancos<sup>6</sup>.

## **2. Contenido del derecho de familia**

Al contener el derecho de familia disposiciones que se ocupan, en lo fundamental, como más arriba recordamos, de las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia, tanto de carácter personal como patrimonial, las mismas regulan las distintas cuestiones relacionados con la procreación, la filiación y la adopción, el matrimonio y las uniones de hecho, las relaciones paterno-filiales y las parentales, como también las cuestiones de la tutela y la curatela, así como las de carácter patrimonial de los integrantes de la familia (bienes conyugales, administración y disposición de los mismos, disolución y liquidación de la comunidad conyugal, bienes de los hijos), y de un tiempo a esta parte, la bioética, la eugenesia y la eutanasia.

## **3. El papel de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia**

El carácter imperativo que, como resulta de lo antes expresado, tiene una buena parte de las normas que integran el derecho de familia, las hace *indisponibles*, por lo que tradicionalmente, en esta materia el principio de autonomía de la voluntad ha tenido en la Argentina escaso margen de actuación, no pudiéndose, en líneas generales, “alterar la estructura natural objetiva que mejor garantiza el cumplimiento de las funciones sociales estratégicas de la familia”<sup>7</sup>; lo que posiblemente sea de esa manera por la circunstancia a la que alude Borda, que pone el acento en que el derecho de familia está influenciado más que ninguna otra rama del derecho por ideas

---

5 ZANNONI, EDUARDO A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 1, ps. 52 y sigtes., especialmente p. 56, 3), parágr. 18.

6 BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 31, parágr. 9, f).

7 CONEN, CRISTIÁN y ORTELLI DE BISCOTTI, ANA MARÍA, “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”, LA LEY, 2004-B, 1066.

morales y religiosas<sup>8</sup>, lo que efectivamente es así, dado el contenido de las materias que regula.

La voluntad de las partes ha jugado, por tanto, un papel restringido, como puede advertirse, por ejemplo y entre aspectos, en lo relativo a la relación de los padres con sus hijos en cuanto a la obligatoriedad de su educación y proveimiento de su sustento, o con respecto a los deberes de fidelidad, convivencia y asistencia entre los esposos, o el de contribuir a las cargas del matrimonio; etc., etc. De igual manera, a nadie se le ha ocurrido, hasta ahora, pretender modificar por la voluntad de las partes el alcance de los impedimentos matrimoniales<sup>9</sup>, ni tacharlos de inconstitucionales.

En cambio, el papel de la voluntad tiene, como norma general, en el resto del Derecho Civil, un margen más amplio, debiendo al respecto recordar el contenido del artículo 958 del Código Civil y Comercial, que dispone que *las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*. Como también el artículo 2651, en cuya primera parte se establece que *los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones*. Cabe no obstante señalar que ello no siempre y necesariamente es de esa manera, para lo cual basta con recordar lo normado para los derechos reales por el artículo 1884 del referido Código, que en su primera parte dispone que *la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura*.

Existe sin duda una tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público, que bien podemos decir que constituye un valladar a la libre voluntad de las partes, pues donde existe el orden público, se acaba la autonomía, debiendo el legislador alcanzar un justo equilibrio entre ambas cuestiones, de manera tal que permita satisfacer los derechos involucrados. Desde antaño se ha admitido una diferenciación entre las relaciones jurídicas familiares de carácter personal, en comparación con las de carácter patrimonial –en las que se es más laxo–, habiéndose destacado en las Conclusiones a las que se arribó

---

8 Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., cit., t. I, p. 4, n° 3, a).

9 Los que se encuentra contenidos en los arts. 403 del Cód. Civil y Comercial, y 13 de la ley 12.331, que se refiere a las enfermedades venéreas en período de contagio.

en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Rosario en el año 2003, que “las reglas que garantizan la igualdad, la solidaridad y responsabilidad familiar y la protección de los hijos deben considerarse de orden público”.

En la doctrina argentina existe una mayor receptividad de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones que conciernen a la intimidad de la persona<sup>10</sup>, en que resulta aplicable el artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>11</sup>, que está ceñido a los hechos o *acciones privadas*, que no pueden situarse en el mismo plano que las normas<sup>12</sup>. Aparte de lo cual, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del derecho de familia, al haberse ampliado la posibilidad por parte de los individuos de hacer uso de la autonomía de la voluntad en determinados supuestos. En efecto, existen ciertas cuestiones puntuales en las que el papel de la voluntad es relevante, debiendo al respecto recordar, entre otras disposiciones, el artículo 629 inciso c) del Código Civil y Comercial, que permite cuando la persona adoptada fuere mayor de edad, revocar la adopción simple por acuerdo de partes manifestado judicialmente; o transigir con respecto a cuestiones en las que no se encuentre comprometido el orden público o sobre derechos renunciables, o sobre derechos patrimoniales derivados de las relaciones de familia (art. 1644). Pueden también las partes, en el caso del divorcio, efectuar acuerdos sobre sus efectos, siempre que no se perjudique de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar (art. 438). Asimismo y entre otros supuestos en los que se admite la actuación de la voluntad de los interesados, los progenitores pueden acordar sobre el cuidado personal de los hijos, salvo que resulte perjudicial para estos (art. 651 y concordantes). Una persona puede contraer matrimonio, encontrándose al respecto en juego su autonomía, que puede hacer valer al respecto, pero, a la vez, existen ciertas limitaciones al respecto (edad mínima,

---

10 Véase al respecto, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 15, p. 9.

11 Dicha norma establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

12 MAZZINGHI, JORGE A., “Los temas de familia en las XIX Jornadas de Derecho Civil (Rosario, septiembre 2003)”, I, ED, 205-918.

parentesco, matrimonio anterior subsistente, falta de salud mental), debiendo además para casarse, cumplir con determinadas formalidades. Lo mismo es, por ejemplo, para divorciarse, pues si bien actualmente no existe en la Argentina la necesidad de tener que invocarse causa alguna ni la existencia de un tiempo mínimo de matrimonio, la voluntad no resulta suficiente para obtener el divorcio, ya que se requiere la existencia de un juicio en el que un juez debe dictar una sentencia. Y así con la mayor parte de las distintas instituciones del derecho de familia.

#### **4. La constitucionalización del derecho de familia**

Pero a la vez de haberse, por un lado, ampliado en parte el papel de la voluntad con respecto a determinadas cuestiones relacionadas con el derecho de familia, por otro, se lo ha limitado al haberse incorporado a la Constitución ciertas normas propias del derecho privado que antes eran legisladas prácticamente con exclusividad por el derecho civil, que por tal motivo, han pasado a ser consideradas de carácter indisponible.

Normas que se ocupan de la persona humana y de la tutela de los derechos del hombre, el honor, la privacidad, la integridad física, la igualdad entre los sexos, los derechos de los niños, han sido incorporadas a la Constitución, cuya supremacía sobre las restantes normas hace que su contenido quede por encima de otras normas legales no incorporadas a la misma y, por tanto, consideradas de inferior jerarquía; aun cuando no puede negarse la correlación existente entre las normas constitucionales y las del Código Civil y Comercial<sup>13</sup>. Con la incorporación de dicha especie de normas a la Constitución, se ha dejado de lado el enfoque según el cual las Constituciones deben contener en su casi totalidad disposiciones relacionadas con el Derecho público, produciéndose así la denominada *privatización del derecho constitucional*, o *constitucionalización del derecho privado*, y en particular, del derecho de familia<sup>14</sup>. A esta altura es importante destacar que

---

13 Véase al respecto, LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, Tratado de Derecho de Familia, dirigido por Adriana N. Krasnow y coordinado por Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk, AA.VV., Buenos Aires, 2015, tomo I, págs.. 132 y sigs.

14 En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, que fue sancionado y rige actualmente en la Argentina, se afirmó, entre otros conceptos, que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de

ciertos principios contenidos en las normas constitucionales, fueron particularizados en una serie de derechos a los que se les ha dado un relevante contenido social, produciéndose de tal manera lo que se dio en llamar el *constitucionalismo social*; aunque desde ya que esa tarea no fue patrimonio exclusivo de las normas constitucionales dictadas desde comienzos del siglo XX, ya que en innumerables oportunidades la Iglesia ha puesto el acento sobre el reconocimiento y la necesidad de la protección y el desarrollo de esos derechos, debiendo al respecto recordar, entre otras, la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, así como numerosos documentos y Encíclicas posteriores que condenan los totalitarismos de cualquier signo, que conculcan los derechos del hombre.

Si bien la Constitución Argentina ha sido una de las primeras que reconoció dentro del texto constitucional del año 1853 una serie de derechos fundamentales del hombre, tales como el de propiedad (art. 17), el de privacidad (art. 19), el derecho a casarse y a testar (art. 20), así como los derechos implícitos contenidos en el artículo 33 (que han dado lugar a una frondosa doctrina y jurisprudencia sobre su contenido), la Reforma practicada a la Constitución en el año 1994 incorporó una serie de derechos que hasta entonces eran regulados por el derecho privado, dándoles de tal manera jerarquía constitucional. Recordamos al respecto, entre muchas otras, las disposiciones referidas a la preservación del medio ambiente; la que reconoce los derechos del consumidor y del usuario; la acción de amparo *contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley* (arts. 41 a 43).

Pero quizás la incorporación más relevante a la Constitución por la reforma del año 1994, ha sido la inclusión en el inciso 22 del artículo 75, de una serie de Tratados de carácter internacional que contienen determinados principios y derechos subjetivos que, como señalamos, pueden ser directamente reclamados, y que tienen una importante incidencia en la materia que nos ocupa. Ello son los siguientes: la Declaración Americana de los

---

constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Dichas Convenciones fueron incorporadas *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Con posterioridad se han incorporado a la Constitución otras Convenciones, como la denominada Convención de Belém do Pará, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Como afirman Graciela Medina y Eduardo Roveda, a partir de la incorporación a la Constitución de los tratados de Derechos Humanos, “se crea un nuevo marco normativo, que modifica substancialmente el Derecho de Familia y fundamentalmente cambia los principios que históricamente han regido en nuestro ordenamiento jurídico familiar”<sup>15</sup>.

### **5. Distintos principios de derecho de familia o relacionados con esa rama del derecho contenidos en la Constitución, fueron recogidos en el Código Civil y Comercial**

Varios son esos principios, de los que nos limitaremos a recordar los más relevantes, debiendo señalar que el Código Civil y Comercial ha recogido en distintas normas diversos conceptos contenidos en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad; o sea, en las distintas Convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Argentina en el art. 75 inciso 22.

---

15 MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo A., Derecho Civil y Comercial. Derecho de Familia, cit., pág. 25.



### 1) *El derecho a la vida*

Distintas Convenciones incorporadas al precitado artículo 75 inciso 22 de la Constitución admiten que todo ser humano tiene derecho a la vida, debiendo al respecto comenzar por poner de relieve que en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, se establece que *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966, dispone en su artículo 6° que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*.

Recordamos asimismo el contenido del artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —más conocida en la Argentina como Pacto de San José de Costa Rica—, acordada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, en el cual se afirma que *toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho será protegido por la ley, y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie será privado de la vida arbitrariamente...* Como se advierte, a diferencia de las anteriores, en esta última Convención se establece en forma expresa que la vida humana debe ser protegida desde la concepción, aunque deja abierta la posibilidad de que los distintos países establezcan excepciones al respecto en su legislación interna<sup>16</sup>, como podría ocurrir con relación a la despenalización del aborto en determinadas circunstancias excepcionales.

Cabe asimismo poner de relieve que tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone que la pena capital no podrá ser aplicada a una mujer embarazada, lo cual, como bien señala Romeo Casabona, significa un claro —aunque indirecto— reconocimiento de interés en la protección de la vida de la persona concebida, distinto al interés de la vida de la madre, que en ese supuesto, se debe salvaguardar<sup>17</sup>.

No debe olvidarse asimismo que al aprobar mediante la ley 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, la Argentina

---

<sup>16</sup> En cambio, en el artículo 19.1. de la Constitución de Chile se establece, sin excepción alguna, que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

<sup>17</sup> El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Madrid, 1994, p. 53.

formuló una reserva al artículo 1° de la Convención, en el sentido de que debía interpretarse que *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*. Además, en el artículo 6° se establece que *los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*, y en el Preámbulo se recuerda lo ya expresado en la Declaración de los Derechos del Niño que fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1959, sobre que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*; a su vez, en el artículo 24.2.d) se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para *asegurar atención sanitarias prenatal y postnatal apropiada a las madres*. De lo cual también se puede afirmar el reconocimiento del derecho a la vida desde antes del nacimiento.

No podemos asimismo dejar de señalar que en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución, se dispone, entre otras cuestiones, la protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo.

Pues bien, ese derecho a la vida también ha sido recogido en el Código Civil y Comercial, en distintas disposiciones de las que resultan la responsabilidad civil por daño a la persona, recordando, entre otros, los artículos 1737 y siguientes, y en particular, el artículo 1745, que se refiere a la indemnización por fallecimiento.

## *2) El derecho a casarse y a constituir una familia*

Dicho derecho no sólo está reconocido explícitamente en el artículo 20 de la Constitución Argentina, sino también en varias de las Declaraciones y Convenciones enumeradas en el artículo 75 inciso 22; tales son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

También en distintas normas desde el artículo 401 en adelante, el Código Civil y Comercial se ocupa del matrimonio y de la familia -tanto de la matrimonial como de la extramatrimonial-, a la que protege en forma amplia, no solo a sus integrantes sino también a su patrimonio, y particularmente, al hogar conyugal o familiar, en el que residen quienes integran la familia.

### 3) *Derechos y deberes de los niños y de los padres*

Esos derechos se encuentran reconocidos en distintos documentos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución, tales como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>18</sup>, y la Convención sobre los Derechos del Niño, en varias de cuyas normas se establecen dichos derechos y deberes respecto de distintas cuestiones, tales como, entre otras, a que se les provea educación, asistencia y alimentación; el derecho de los hijos a la vida, a la salud, a tener un nombre y una nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, y a preservar su identidad; a no ser discriminados o castigados por causa de su condición, actividades, opiniones expresadas o creencias de sus padres, tutores o familiares; a no ser separados de sus padres y ser protegidos en caso de separación de aquéllos; a ser oídos en juicio; a respetar su libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, así como de expresión; a la libertad de asociación; a acceder a la información; etc., etc.

Varias son asimismo las disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial, referidas a los derechos y deberes tanto de los niños como de sus padres, los que se encuentran contenidos fundamentalmente en el título VII del Libro Segundo del Código, que se ocupa de la responsabilidad parental, que de acuerdo al artículo 638, consiste en *el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral...*

### 4) *La igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y nacidos fuera del matrimonio, y entre las mujeres y los hombres*

Si bien la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se encuentra reconocida en el Código Civil y Comercial (art. 558), en el inciso 5 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se dispone que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

---

<sup>18</sup> El art. XXX de la misma dispone que “toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

Y en cuanto a la igualdad entre la mujer y el hombre, que la legislación argentina también reconoce, recordamos al respecto el contenido en tal sentido de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, debiendo destacar que bien se puede afirmar que donde se respeta la igualdad, no existe la discriminación.

#### 5) *La inviolabilidad de la vida humana y el respeto de su dignidad*

Siguiendo las pautas establecidos en distintas Convenciones incorporadas a la Constitución, el Código Civil y Comercial dispone que *la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad* (art. 51). También se establece en dicho Código que *la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...* (art. 52).

#### 6) *El principio del interés superior del niño*

Dicho principio, que se encuentra contemplado en distintas disposiciones del Derecho de Familia, tanto en la ley 26.061<sup>19</sup>, como también en el Código Civil y Comercial, ha sido tomado de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el art. 3.1. establece que *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*

---

<sup>19</sup> En el art. 3° de esa ley se establece que “a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, madurez, grado de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida... Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

*legislativos, una consideración principal a que se atenderá será el interés superior del niño.*

### *7) El derecho a la identidad*

Y en cuanto al derecho a la identidad, particularmente de los niños, reconocido por los arts. 7<sup>o</sup><sup>20</sup> y 8<sup>o</sup><sup>21</sup> de la precitada la Convención sobre los Derechos del Niño, fue explicitado en el art. 11<sup>o</sup> de la ley 26.061, como también –aunque quizás no con la necesaria amplitud- en el artículo 564 del Código Civil y Comercial, referido a la filiación derivada de las técnicas de procreación artificial, y en los arts. 595 inc. b) y 596 de dicho Código, para la adopción. Además de haberse establecido en forma expresa en el art. 587, del que resulta -siguiendo una jurisprudencia anterior- el derecho del niño de reclamar el daño que le hubiera sido causado por la falta de reconocimiento paterno.

## **6. Incidencia de los tratados con jerarquía constitucional en la resolución de conflictos relacionados con el derecho de familia**

De más está señalar la incidencia de los Tratados incorporados a la Constitución en cuestiones relacionadas con el derecho de familia, lo que permite invocar su contenido ya sea en forma directa para el ejercicio de algún derecho, o para requerir con fundamento en los mismos, la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas del Derecho civil, o hasta inclusive considerarlas derogadas por estimar que se contraponen al ejercicio de derechos establecidos en la Constitución. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los particulares pueden reclamar la efectividad de derechos reconocidos en la Constitución, sin necesidad de una norma inferior que reglamente su ejercicio<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> En el punto 1. de este artículo, se dispone que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

<sup>21</sup> Dicha disposición establece: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas...”

<sup>22</sup> Fallos, 239:459, y 241:291. Recordamos asimismo que el primer párrafo del artículo 1<sup>o</sup> del Código Civil y Comercial dispone que *los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.*

En la praxis judicial, dichas nuevas normas constitucionales han sido interpretadas de una manera tan amplia, que han llevado a dejar de lado en su aplicación al caso, soluciones expresas dispuestas en normas establecidas en el Código Civil y Comercial. Valga como ejemplo el principio del *interés superior del niño*<sup>23</sup>, contenido entre otras disposiciones, en la Convención sobre los derechos del Niño –que tiene jerarquía constitucional al encontrarse incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Constitución–, que se ha hecho valer de una manera demasiado flexible, hasta el punto de admitirse el carácter de madre del nacido por parte de la mujer que contrata a otra para que geste un hijo para ella mediante la aplicación de una técnica de procreación asistida, dejándose así de lado una disposición como la del artículo 562 del referido Código, que establece que madre de la persona nacida es la que lo gesta.

Asimismo, entre otros ejemplos recordamos la disposición establecida en el artículo 595 inciso f) del precitado Código, que requiere el consentimiento de la persona a ser adoptada, cuando ésta tuviera al menos diez años de edad; pensamos que dicha norma podría ser considerada inaplicable en el caso particular de que se entendiera que es en *interés superior* del adoptando que se decreta su adopción no obstante la expresa negativa de éste. De igual manera, para autorizar a un niño a salir del país, el artículo 645 inciso c) de dicho Código requiere no sólo el consentimiento expreso de ambos padres, sino también el del menor, en el supuesto de que éste tuviera al menos trece años de edad; pero si el mismo se negara al respecto, entendemos que podría obviarse su consentimiento si se entendiera que su *interés superior* consistiera en viajar al exterior para atenderse de una dolencia grave que en el país no tuviera curación.

Tal es la implicancia de las normas constitucionales, que se ha llegado a afirmar la existencia de un derecho civil constitucional, constituido por el derecho civil contenido en la Constitución —fundamentalmente, en los Tratados más arriba recordados enumerados en el artículo 75 inciso 22—, en que el contenido o marco genérico lo aporta el derecho constitucional, y el derecho civil opera como complementador<sup>24</sup>.

Aparte de lo ya expresado al respecto, recordamos el cuestionamiento que se ha hecho con fundamento en la Constitución, de distintas disposiciones

---

23 Dicho principio se encuentra definido por el art. 3° de la ley 26.061 como “la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”

24 PERRINO, JORGE OSCAR, Derecho de Familia, cit., t. I, p. 60.

insertas en el derogado Código Civil, que eran consideradas poco menos que “intocables”, habiéndose declarado por distintos tribunales la inconstitucionalidad del plazo de un año establecido en el artículo 259 de dicho Código para poder el marido impugnar la paternidad que se le endilga de acuerdo a la presunción de paternidad que resultaba del artículo 243, o por no poder un tercero interesado cuestionar la paternidad de un hombre casado; o la inconstitucionalidad que declaró el Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de la ciudad de Rosario con fecha 14 de noviembre de 2006<sup>25</sup>, del plazo de tres años sin voluntad de unirse establecido por el artículo 214 inciso 2° del Código Civil para poder requerir que se decrete el divorcio, por considerarlo demasiado extenso, arrogándose de tal manera –según se afirmó– facultades que sólo pertenecen al Congreso de la Nación, que es el único que se encuentra autorizado por nuestra Constitución para derogar o modificar las leyes. Dichas cuestiones también pueden actualmente presentarse con el vigente Código Civil y Comercial, con respecto a los plazos de caducidad establecidos para reclamar la filiación (art. 582) o para impugnarla (art. 588), como asimismo para impugnar la filiación presumida por la ley (art. 590), o negarla (art. 591), o para impugnar el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 593).

## **7. Conclusiones**

De lo hasta aquí visto puede por de pronto concluirse que el Derecho de Familia constituye una rama del Derecho Civil, lo que hace que pertenezca al Derecho privado, a lo que no obsta el carácter de orden público y, por tanto, imperativo, que ostentan muchas de sus normas. No obstante, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del derecho de familia, habiéndose ampliado el papel de la autonomía de la voluntad en ciertas cuestiones que forman parte del derecho

---

25 LA LEY, 2007-B, 648, con nota crítica de VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “El divorcio versus la Constitución Nacional”; LA LEY, 2008-B, 10, con nota también crítica de DIEGUES, JORGE ALBERTO, “Cuando el activismo judicial desactiva la Constitución”; y Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, mayo-junio 2007-II, p. 151, con nota aprobatoria de GÓMEZ, CLAUDIO D. y SALOMÓN, MARCELO J., “Inconstitucionalidad del art. 214, inciso 2°, C. Civil: un aporte más al debate sobre la autonomía personal en el derecho de familia”.

de familia, debiendo el legislador tratar de alcanzar un justo equilibrio en la tensión existente entre ambas situaciones.

Sin perjuicio de lo cual, de un tiempo a esta parte se han incorporado a las Constituciones, y particularmente a la Constitución argentina, distintas disposiciones relacionadas con los derechos humanos y el derecho de familia, que de alguna manera han limitado la apertura que venía ocurriendo en ese Derecho con respecto a la autonomía de la voluntad de los individuos. Autonomía que no obstante los esfuerzos que resultan al respecto del contenido del Código Civil y Comercial, ha perdido en parte la fuerza original que se le quiso dar en el Código, en razón de la aplicación de distintas normas incorporadas a la Constitución.

Cabe por último poner de relieve la incidencia a la que hemos aludido en el curso de este trabajo, que tienen las normas contenidas en la Constitución en la resolución de los conflictos relacionados con el derecho de familia.