**Constitucionalización del derecho privado y principales avances en materia de familias, niñez y adolescencia en el nuevo Código Civil y Comercial**

Autor:

[Perez, Agustina](http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=doctrina&c=doctrina&a=detalle_autor&id=2214)

Cita:

RC D 1066/2014

Sumario:

1. Introducción. 2. Un CCyC con enfoque de derechos. 3. Principales avances en materia de familia, niñez y adolescencia. 4. Conclusiones.

|  |  |
| --- | --- |
|   | Legislación |
|  |  |

**Constitucionalización del derecho privado y principales avances en materia de familias, niñez y adolescencia en el nuevo Código Civil y Comercial**

**1. Introducción**

La siguientes líneas buscan poner especial atención a la constitucionalización del derecho privado, en particular en materia de familias, infancia y adolescencia, que se impone tras la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) y la consecuente incorporación de principios de derechos humanos en la legislación nacional.
Adecuar la normativa interna a las obligaciones contraídas frente a otros Estados es una exigencia internacional que surge tras la ratificación a tratados internacionales, en especial cuando se trata de tratados de derechos humanos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.
Si a ello le sumamos que tras la reforma constitucional nuestro país adoptó una serie de tratados internacionales otorgándole jerarquía constitucional y que, independientemente de ello, habrá siempre de tenerse en cuenta la pauta de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) que establece el principio *pacta sunt servanda*(los tratados están hechos para ser cumplidos) en virtud del cual "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (art. 26) y que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (art. 27), la constitucionalización del derecho privado y la sanción de un CCyC acorde a las exigencias de derechos humanos aparece como una obligación ineludible.
En este orden de ideas, bien es sabido que las dos obligaciones principales que se establecen en los tratados internacionales de derechos humanos son las de respetar y garantizar el ejercicio y goce de estos derechos. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece en su art. 1 que "los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción". A su vez, en su art. 2 incorpora el consecuente deber de adoptar disposiciones de derecho interno disponiendo que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".
En igual sentido, la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) establece en su art. 2 que "los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna" y que "tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares". En definitiva, estas normas incorporan obligaciones positivas (garantizar) y negativas (respetar), de hacer y de no hacer, que obligan al Estado a tomar ciertas medidas en pos de asumir su compromiso de respeto de los derechos humanos.

**2. Un CCyC con enfoque de derechos**

Basado en los principios básicos en materia de derechos humanos antes señalados y en las exigencias *ampliamente reclamadas por la mayoría de la doctrina jurídica argentina*tras la reforma constitucional, el CCyC busca, y establece en sus fundamentos, regular los aspectos civiles y comerciales de la vida de las personas partiendo de la realidad ineludible: la sociedad multicultural argentina. Así, expone en sus fundamentos que el objetivo del código es brindar un "marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar", de manera respetuosa y condecente con lo que dictan los tratados internacionales de derechos humanos que Argentina ha ratificado. Ello, dice, "no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender".
A su vez, se aspira a que el CCyC incorpore nociones y criterios propios de la región para convertirse en un Código con identidad cultural latinoamericana, que a su vez esté basado en la igualdad, en el paradigma de la no discriminación y que refleje la constitucionalización del derecho privado (ya vigente desde la doctrina).
Por otro lado, asumiendo que el lenguaje no es neutral y rompiendo con la lógica patriarcal y androcéntrica clásica del derecho privado, el CCyC pretende reflejar su adecuación a los estándares de derechos humanos mediante, por ejemplo, el cambio de "patria potestad" por "responsabilidad parental", del vocablo "menores" por el de "niños, niñas y adolescentes" para hacer referencia a este sector de la población, la regulación de derechos de personas con "capacidades diferentes", de las "comunidades originarias", de las familias en plural y otros tantos sujetos de derecho que "no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento".
Respecto a esta última figura, el CCyC asiste a lo que se ha dado a llamar "democratización de la familia" tal como se denomina en los fundamentos, y señala que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias" en plural, partiendo de la base de "la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la ‘protección integral de la familia’" y reconoce que, dada la realidad social, la familia heterosexual "debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina (...) como "familia ensamblada"), las que aparecen reconocidas por la Ley 26618, etcétera". Así, el CCyC pone el eje, a lo largo de su articulado, en el principio de igualdad, de autonomía de la voluntad, en el reconocimiento del derecho a la vida familiar y por tanto la no injerencia en la vida privada también familiar, a tono con la jurisprudencia más reciente en materia de derechos humanos dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos Fornerón vs. Argentina y Atala Riffo vs. Chile, ambos de 2012.
Al mismo tiempo, en materia de interpretación, los fundamentos y el texto del CCyC sientan sus propias reglas y determinan 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" (art. 1 CCyC). Con ello hace referencia no solo a "los" tratados sino a "*todos* los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso". A su vez, el CCyC determina que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los *tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos*, de modo coherente con todo el ordenamiento" (art. 2) apelando, según se señala en los fundamentos, a la función en materia de hermenéutica jurídica que tienen estos tratados.
Por tanto, y utilizando las palabras de los fundamentos del CCyC, "puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

**3. Principales avances en materia de familia, niñez y adolescencia**

A continuación se listarán los principales cambios introducidos en el CCyC en materia de familia, infancia y adolescencia.
- Interés superior del niño
Esta figura aparece textualmente en reiteradas oportunidades en especial en lo que hace referencia a las decisiones de los niños, niñas y adolescentes (NNyA) sobre su propio cuerpo, cuando se trata de establecer el vínculo filial, en materia de adopción, de responsabilidad parental y de restitución internacional. En este sentido es importante tener en cuenta que este principio, establecido en el art. 3.1, CDN constituye al decir de Cillero Bruñol la maximización de todos los derechos y es, según la Observación General Nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, un derecho en sí mismo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (párr. 6).
La elección de citar este principio y derecho en el articulado del CCyC no es neutral y se pone a tono con la consideración de que "... los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos -menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado" (Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 17, Condición Jurídica del Niño, párr. 54).
- Principio de autonomía progresiva y responsabilidad parental
En concordancia con la CDN, el CCyC establece que los NNyA son plenamente capaces y que podrán asumir ciertas obligaciones, deberes y ejercer derechos por sí mismos de acuerdo a su desarrollo y grado de madurez.
En este sentido, así como los padres y/o madres tienen responsabilidades, derechos y obligaciones para con sus hijos e hijas, los NNyA también tienen obligaciones para con sus progenitores de acuerdo a su edad y grado de desarrollo (art. 671).
Estas figuras se encuentran plasmadas en los art. 26 y 638 en adelante del CCyC y se basan en la idea de que los niños, niñas y adolescentes tienen todos los derechos que les corresponden a los adultos más un plus de derechos y que, si bien ejercen gran parte de sus derechos a través de sus representantes (quienes según la CDN están llamados a criarlos y orientarlos -art. 14.2- con iguales responsabilidades -art. 18-) si cuentan con "edad y grado de madurez suficientes" pueden ejercerlos por sí (art. 26, CCyC). En este sentido el CCyC prevé que los NNyA pueden tomar decisiones sobre su propio cuerpo y que además conservan su plena responsabilidad siendo adolescentes respecto de sus propios hijos y por tanto serán ellos los encargados de proporcionarles cuidado y orientación y no los abuelos (arts. 26 y 644, CCyC respectivamente).
El principio de autonomía progresiva se condice con los postulados de la CDN "a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos" (art. 639, CCyC) y sienta las bases para determinar lo que ha dado a llamarse responsabilidad parental.
En este sentido, es de destacar que el CCyC ya no habla de "patria potestad" sino de "responsabilidad parental", puesto que el primer término aludía al patriarcado y en consecuencia a tener potestad sobre los "menores" que era considerados objetos, en concordancia con la vieja lógica tutelar. Luego de la ratificación de la CDN y de la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 26061) tales categorías no son admisibles y por ello el CCyC propone la figura de "responsabilidad parental" dando cuenta de que los niños son sujetos de derecho y no objetos de protección. A su vez, es de destacar que el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por el interés superior del niño (art. 639, CCyC).
Esta no es una creación artificial sino que tiene eco en otros instrumentos internacionales como ser la CDN que establece que "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño" (art. 18), que tienen el derecho de impartirles "dirección y orientación" (art. 5) y de guiarlos en el ejercicio de sus derechos (art. 14); la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer art. 16.1.d que establece que "los Estados deben asegurar a hombres y mujeres (...) los mismos derechos y responsabilidades como progenitores", entre otros instrumentos.
- Derecho de los NNyA a ser oídos
Por su parte, el derecho del niño a ser oído no solo es un principio rector de la CDN (art. 12) sino que además se encuentra plasmado en varios pasajes del CCyC y va de la mano del derecho a contar con una defensa técnica. Por ej. el art. 26 establece que el niño tiene derecho a ser oído "en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones de su persona" y que a su vez "su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada" (art. 707, CCyC). Ello en línea con la autonomía progresiva y en concordancia con el art. 27 de la Ley Nacional 26061 que garantiza el derecho "a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia" en todo el proceso judicial. Estos dos derechos se encuentran plasmados también en la acción autónoma que puede ser ejercida por el adoptado a los fines de conocer los orígenes (art. 596, CCyC), la posibilidad de actuar en carácter de parte en el proceso de determinación de la situación de adoptabilidad (art. 608) como en el de adopción propiamente dicho (art. 617), brindándole la posibilidad de estar en juicio contra sus progenitores (art. 679), entre otros.
- Familias en plural y autonomía de la voluntad
La CDN establece en su preámbulo que la familia es el "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños".
Atendiendo a la sociedad multicultural, a los avances científicos ineludibles y al principio de igualdad que debe regir en todos los aspectos de la vida de las personas, el CCyC introduce una tercera fuente filial: la derivada de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).
Así el CCyC establece que hay tres fuentes filiales: por naturaleza (o biológica), por adopción o por TRHA, donde se pondrá especial énfasis en el consentimiento (art. 560) y en la voluntad procreacional (art. 562) para determinar la filiación, es decir, en el deseo de ser padre y/o madre independientemente de quién haya aportado el material genético.
De esta manera el CCyC establece que los tres tipos de filiación tienen iguales efectos y por tanto pone en pie de igualdad a todos los NNyA independientemente de sus relaciones familiares y de sus orígenes.
- Adopción
El CCyC establece, en concordancia con el art. 9, CDN y la Ley de Protección Integral Nº 26061, que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los NNyA a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial, emplaza al adoptado en el estado de hijo y obliga a tener consideración primordial (en todos los casos y en todos los aspectos) del interés superior del niño, conforme con las disposiciones del CCyC.
Influenciado por el fallo Fornerón vs. Argentina (2012) de la Corte IDH, el CCyC fija un piso mínimo para esta figura, involucrando en el procedimiento al niño (ponderando su interés superior y satisfaciendo su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta), a la familia biológica (puesto que no solo son citados los padres sino que su familia ampliada es la primera en orden de prioridad para la adopción) y la familia adoptante. Así, establece reglas y tiempos precisos que buscan garantizar los derechos de todas las partes intervinientes a la vez que propone un proceso expedito para no someter a los niños a un largo procedimiento que los afecte considerablemente en relación a su noción de los tiempos (art. 594 en adelante).

**4. Conclusiones**

El Código Civil que nos rige hasta 2015 data de 1871 y ha sufrido reiteradas modificaciones parciales que ha modo de remiendo han servido (o han pretendido servir) para salvar las distancias entre aquella regulación y la realidad social actual.
A 20 años de la reforma constitucional, a 25 de la ratificación de la CDN y a casi 10 de la sanción de una Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, los argentinos podemos celebrar el hito histórico de haber logrado un nuevo Código Civil y Comercial a tono con las modificaciones y avances en materia de derechos humanos, en especial, en relación a los tratados internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Este código pluralista, producto de intensos debates a lo largo y lo ancho de nuestro país, es la prueba del compromiso reforzado de nuestra sociedad por el respeto de los derechos humanos.