

No se le puede pedir todo al Código Civil y Comercial.

De incumbencias y limitaciones

Marisa Herrera¹

1. Una pregunta recurrente: el lugar de los adultos mayores en la legislación civil y comercial

Como dice el dicho “Al César lo que es del César”. ¿Qué conflictos sociales- familiares le corresponde dilucidar a la legislación civil y cuáles la exceden?

Suele ser una pregunta bastante común el interesarse por el aporte del Código Civil y Comercial (CCyC), si lo hay, a una problemática cada vez con mayor interés teórico como práctico como lo son los adultos mayores². ¿En qué mejora la nueva legislación civil y comercial la calidad de vida de los adultos mayores? La respuesta podría generar cierta frustración, pero para ser absolutamente realista: en muy poco. Sucede que la cuestión de esta especial franja etaria y social corresponde al ámbito de los derechos sociales y la seguridad social y no al derecho civil.

Es cierto que el Código Civil y Comercial al regular del modo que lo hace la cuestión relativa a la capacidad jurídica y en particular, lo relativo a la salud mental de conformidad con la ley 26.657 y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad con jerarquía constitucional derivada al sancionarse la ley 27.044 en noviembre del 2014, obliga a diferenciar la problemática social de los adultos mayores con aquellas referidas a la restricción a la capacidad desde el plano jurídico. En otras palabras, la mera pertinencia a un grupo social por la edad que se tiene no implica de manera automática, que deba ser pasible de ver restringida su capacidad jurídica. Justamente, el sistema que propone el CCyC centrado en que la regla es la capacidad y la excepción su restricción debiéndose consignar en cada caso cuáles son los actos que la persona se encuentra jurídicamente imposibilitada de ejercer por sí y debe hacerlo con la asistencia de un apoyo previo a un abordaje interdisciplinario implica, en sí, el deber de ahondar en cada caso el tipo o extensión de restricción a la capacidad fuera de todo tipo de prejuicio en razón a la avanzada edad de la persona. ¿Acaso el desarrollo de la medicina preventiva –al menos en determinado estrato social que tiene acceso a esta clase de tratamientos- no es hábil para evitar un proceso judicial que compromete de manera directa derechos humanos que hacen a la mismidad, dignidad, integralidad e identidad de la persona como lo es el que involucra la capacidad civil?

Fuera de este contexto y de las temáticas específicas de los alimentos entre parientes con los ribetes especiales que giran en torno a la obligación alimentaria entre abuelos y nietos (arts. 537 y 668), la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

¹ Investigadora Independiente del CONICET. Profesora de “Derecho de familia y sucesiones”, Facultad de Derecho, UBA.

² Precisamente, fue el primer interrogante planteado por un participante del panel de cierre sobre “Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial” del Congreso Integral de Derecho desarrollado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata el 9 de septiembre del 2016.

que hagan los progenitores a favor de los abuelos (art. 643) o la decisión judicial que otorga la guarda de un nieto a su abuela/o (art. 657), la legislación civil no es la herramienta normativa adecuada para el abordaje de una problemática social harto compleja como lo es la de los adultos mayores rodeada de aristas que comprometen de manera directa el accionar del Estado a través de su poder administrador a los fines de implementar diferentes políticas públicas de prevención, asistencia, contención y atención directa en varias esferas, principalmente, salud y seguridad social³.

Como bien se puede desentrañar de la Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Adultas Mayores aprobada en el 2015, este instrumento expone las diversas y disímiles facetas que involucra esta temática sintetizándose que *“El texto de la Convención se estructura en un Preámbulo y VII Capítulos, que abordan: el primero, su objeto, ámbito de aplicación y definiciones, el Capítulo II y III se refiere a los principios generales y obligaciones de los Estados, el IV incluye los derechos protegidos, estos son: igualdad y no discriminación por razón de edad; derecho a la vida y dignidad en la vejez; independencia y autonomía; seguridad y a una vida sin violencia; a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud; derechos de las personas mayores que reciben servicios de largo plazo, libertad personal, de expresión, opinión y acceso a la información, nacionalidad y libertad de circulación, derecho a la privacidad e intimidad, seguridad social, trabajo, salud, educación, cultura, recreación, esparcimiento y deporte, derecho a la propiedad, vivienda, medio ambiente sano, accesibilidad y movilidad personal derechos políticos, y ante situaciones de riesgo y emergencia humanitarias y, finalmente, al igual reconocimiento como persona ante la ley”*⁴.

De la lectura de esta normativa supralegal, fácil se observa cómo la cuestión relativa a los adultos mayores excede con creces las habilidades de la legislación civil.

2. Una deuda pendiente que excede la legislación civil: los adolescentes sin referentes familiares

Otra loable preocupación que excede –también con creces- la legislación civil se refiere a los adolescentes que se encuentran en hogares y que por diversas razones, no se decidió su regreso a la familia de origen o ampliada o en su defecto, su inserción en un grupo familiar diferentes a través de la adopción (art. 594).

Si se tienen en cuenta todos los niños y adolescentes en convocatoria pública y abierta a postulantes para adopción que surge de la página del Ministerio de Justicia y

³ Para profundizar sobre las cuestiones sociojurídicas que rodean a las personas adultas mayores se recomienda compulsar entre otras, Grosman, Cecilia P. (directora), *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos: nuevas realidades en el derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015 y Dabove, María I., *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2015.

⁴ http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/enlace29_11convencion.pdf, compulsado el 10/09/2016.

Derechos Humanos de la Nación⁵, más de un 40 por ciento son adolescentes, es decir, personas de entre 13 y 18 años de los cuales varios de ellos, tienen problemas de salud.

Es sabido que para estos adolescentes la adopción no es una figura jurídica viable por varias razones. No sólo porque no se encuentran personas o parejas interesadas para adoptar sino porque a veces, los propios adolescentes no desean insertarse en otro grupo familiar al encontrarse tan arraigados a su hábitat. En este contexto, lo que debía ser transitorio se eterniza incumpléndose por parte de la justicia quien, en definitiva, es el que decide y coloca fin a la institucionalización, coadyuvado por un deficiente sistema de protección integral de derechos que no logró una intervención que impida llegar a esta situación crítica como lo es la existencia de adolescentes institucionalizados, sin posibilidad alguna de ver satisfecho un derecho humano fundamental como lo es el derecho a vivir en familia⁶.

Misma lógica crítica vale para los jóvenes, ya personas mayores de edad, que a los 18 años el sistema institucional los expulsa por el solo hecho de haber alcanzado la plena capacidad produciéndose un abandono estatal elocuente.

¿Esta es una problemática –muy actual y de larga data- que le corresponde solucionar al CCyC? Nuevamente, la respuesta negativa se impone. Aquí, una vez más, las políticas públicas de diversa índole asumen un rol protagónico debiéndose advertir que el mejor modo de intervenir reside en la puesta en marcha de diferentes acciones positivas en el orden habitacional, laboral, educativo, sanitario e incluso familiar. Sucede que si bien un adolescente devenido joven, no ha podido regresar con su familia de origen o ampliada ya ello no será posible a esta altura de la desvinculación, lo cual no significa que los lazos familiares o de afectos se encuentren absolutamente quebrados. Es por ello que cualquier tipo de abordaje integral de este tipo de problemáticas no debería dejar de lado rescatar, resguardar o salvaguardar lo máximo que se pueda, los lazos afectivos.

Para reafirmar cómo esta cuestión le excede al CCyC se trae a colación un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados que si bien, a mi entender, observa varios defectos que a continuación sintetizaré, lo cierto es que coloca sobre el escenario la necesidad de que este tipo de cuestiones sean abordadas por fuera de la normativa civil en una ley especial que atienda a las diversas facetas que involucra esta difícil y pendiente temática.

Nos referimos al proyecto 5382-D-2015 sobre “Plan de egreso integral para el acompañamiento de jóvenes en proceso de transición del sistema de protección de derecho a la vida autónoma” presentado el 01/10/2015⁷.

⁵<http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos/convocatorias-publicas-de-postulantes.aspx>, compulsado el 10/09/2016.

⁶ Ver Herrera, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, en especial, el capítulo VII: “Una investigación exploratoria sobre el derecho a vivir en familia de niños y jóvenes institucionalizados”, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 415 y ss.

⁷ Presentado por la diputada Carla Carrizo.

Tal como lo expresa el primer articulado, el objeto de la ley consiste en crear “*el Plan de Egreso Integral, cuyo objeto es acompañar a las/los jóvenes en proceso de transición del sistema de protección de derechos a la vida autónoma, en la construcción de su independencia y auto-valimiento, a fin de promover su plena inclusión social*”, los principios sobre los cuales se edifica son el “*Derecho de las/los jóvenes a la preparación progresiva para la vida autónoma de acuerdo con la evolución de sus facultades. Derecho de las/los jóvenes a opinar y a ser oídos. Acceso universal en condiciones de igualdad y no discriminación. Preparación y acompañamiento integral e individualizado de las/los jóvenes*” (art. 2). El contenido del plan de egreso, explicitado en el art. 8, se refiere a las siguientes “*dimensiones*”: “*Salud y tiempo libre, Salud sexual, procreación responsable y planificación familiar, Educación, formación y empleo, Vivienda, Derechos humanos y formación ciudadana, Familia y redes sociales, Habilidades para la vida independiente, Identidad, Planificación financiera y manejo del dinero*”. Por último, cabe destacar un dato de relevante impacto directo en el campo civil como lo es el ámbito personal o subjetivo integrado por “*todas/os las/los jóvenes que, residiendo en instituciones de cuidado de gestión pública y privada, se encuentren en proceso de transición del sistema de protección de derechos a la vida autónoma*” (art. 3) que se encuentren en la franja etaria entre los 16 y 21 años.

De manera harto sintética, aquí se puntualizan algunas consideraciones críticas focalizadas en la perspectiva civilista a modo de aportes esgrimidos en otra oportunidad⁸. En primer lugar, al comprometer una franja integrada por personas mayores (18 a 21) y menores de edad (16 a 18) para esta última, se debería haber previsto una solución a su situación jurídica en lo relativo a la capacidad civil. ¿No podría habilitar esta especial situación en la cual se encuentran estos adolescentes una mayoría anticipada y así, autorizar el régimen jurídico a que los adolescentes pueden ejercer por sí todos los derechos civiles, tanto personales como patrimoniales? De lo contrario, debería preverse una figura de acompañamiento o asistencia que pudiera completar aquellos actos de tinte patrimonial que la persona menor de edad no estaría en condiciones de ejercer por sí, con las limitaciones que surgen de toda figura de este tenor.

Por otra parte, el abordaje jurídico de esta franja etaria de adolescentes entre 16 y 18 años en la situación de vulnerabilidad que implica no tener referentes familiares que puedan asumir el cuidado obliga a revisar la aplicación del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, a ellos no les cabrían las previsiones relativas a las medidas excepcionales que regulan los arts. 39, 40 y 41 de la ley 26.061 y sus pares a nivel local⁹.

⁸ Estas fueron esgrimidas al integrar la Mesa Debate “Hacia una ley de egreso asistido para jóvenes sin cuidados parentales” organizada por DONCEL, Unicef y la diputada nacional Ana Carla Carrizo el 25 de agosto de 2016 en el Salón Verde, Facultad de Derecho, UBA.

⁹ Para profundizar sobre este tipo de medidas que involucra el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes compulsar entre tantos otros: Herrera, Marisa y Famá, María Victoria, “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 39, Lexis Nexis- Abeledo Perrot,

Como cierre de este apartado, cabe destacar que la legislación civil y comercial sí es una herramienta legal de peso a los fines de evitar que se llegue a esta situación crítica que obliga a buscar otras alternativas por fuera del derecho civil y directamente vinculado con el derecho social. Nos referimos al lugar de relevancia que observan los tiempos en la regulación de la adopción en el Título VI del Libro Segundo del CCyC, evitándose que situaciones de transitoriedad como conlleva toda medida de separación de un niño de su familia de origen se consoliden o eternicen (conf. art. 607)¹⁰.

3. Brevísimas palabras de cierre

En estos primeros tiempos de vigencia de una nueva normativa central para la vida de los argentinos como lo es el Código Civil y Comercial, es muy importante difundir y aclarar los cambios y aportes de esta novel herramienta jurídica. Pero a la par, también constituye una labor loable despejar algunas inquietudes acerca de qué conflictos le corresponde resolver a este campo del derecho y cuáles no; debiéndose exponer las razones de esta supuesta exclusión o de manera más acertada, por qué pertenece a otros ámbitos y de allí la necesidad de que sea regulado en otro cuerpo legal más allá del interés directo por parte del derecho civil.

En este marco, el objetivo de esta columna de opinión acerca una respuesta razonable (conf. art. 3, CCyC) a dos interrogantes que se suelen esgrimir en espacios académicos referidos al aporte de la nueva legislación civil y comercial a la cuestión de los adultos mayores y la solución sociojurídica de aquellos jóvenes que por diversas razones, no pudieron insertarse en un ámbito familiar contenedor.

Buenos Aires, 2008, p. 19 y ss.; Fernández, Silvia E., “Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2015 (noviembre), 29; Burgués, Marisol - Salituri Amezcua, Martina - Santobuono, Anabella F., “Impacto de la reforma civil y comercial en la adopción. Implicancias de y en la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”, 23/12/2014, MJ-DOC-7031-AR | MJD7031; Murganti, María Belén y Crespi Drago, Alejandra, “Las medidas de protección como fuente de legitimidad de los procesos de separación de los niños de sus familias”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Fernández Silvia E. (Directora), tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 1359-1378.

¹⁰ Para una mirada contemporánea de la cuestión, a la luz de la regulación que propone el Código Civil y Comercial, se recomienda compulsar Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, *Tratado de Familia*, tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, capítulo 2, p. 225 y ss. y su actualización en el Tomo V-B, 2016, Capítulo IX, p. 127 y ss.