



Título: Infancia y salud mental: su entrecruzamiento en el régimen jurídico argentino

Autor: Caputto, María Cecilia – Olmo, Juan Pablo

Publicado en: **Revista del Ministerio Público de la Defensa, N° 13, Noviembre 2018, Buenos Aires, p. 177 (disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/publicaciones/revista-del-ministerio-publico-de-la-defensa>).**

I. Introducción

Las normas internacionales en materia de derechos humanos y las modificaciones en la legislación argentina han avanzado en el reconocimiento y ampliación de los derechos de los grupos más vulnerables, entre ellos los niños, niñas y adolescentes (NNyA).

De la mano del derecho internacional de los derechos humanos comienza, tardíamente, el reconocimiento de los NNyA como sujetos de derechos. Superada la primera etapa de consolidación de los derechos humanos y una vez adoptado el conjunto de instrumentos conocidos como la Carta Internacional de los Derechos Humanos (1), se desarrolla lo que se conoce como la etapa de especificación de los derechos humanos que consiste en el paso gradual hacia una determinación o concreción de los sujetos titulares de esos derechos, es decir, la vinculación de esos derechos a las personas concretas de sus titulares, que es una respuesta a los problemas concretos derivados de su condición social, cultural o física.

Si bien los NNyA son, como todos los seres humanos, destinatarios de los derechos humanos, se reconocerá en esta etapa su especial situación de desprotección y vulnerabilidad, lo que justifica la adopción en 1989 de un tratado específico: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (2), que da nacimiento a otra mirada y otro discurso sobre la infancia, desde los que se edifica un nuevo paradigma: el de la protección integral.

Este nuevo paradigma pretende sustentar la protección integral que considera a cada niño, niña y adolescente como titular de todos los derechos contenidos en la Convención y las normas derivadas de ella. Sobre la base de algunos principios como el interés superior, la autonomía progresiva, el derecho a la no discriminación, entre otros, propone crear un nuevo patrón de tratamiento jurídico.

La CDN implicó un giro fundamental en la forma en que se entiende la infancia, la adolescencia y sus derechos. El cambio de paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez significa que los NNyA deben ser considerados sujetos plenos de derecho y que son sus derechos los que merecen una protección especial. A su vez, esta

perspectiva implica que deben ser protagonistas de su propia vida y que irán adquiriendo autonomía para la toma de decisiones de acuerdo con su evolución.

En el presente trabajo desarrollaremos el régimen de capacidad jurídica de los NNyA y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), para luego abordar algunos ejes temáticos que emergen de su entrecruzamiento con el campo de la salud mental, como ser: las restricciones a la capacidad, el consentimiento en materia del cuidado del propio cuerpo y las internaciones por salud mental y adicciones.

II. Niños, niñas y adolescentes en el CCyCN

Conforme lo prescripto por el artículo 25 del CCyCN “menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”. El tope o techo de la persona menor edad se mantiene, conforme al régimen anterior, en los dieciocho años. Toda persona, por debajo de dicha edad, es una “persona menor de edad”. El CCyCN mantiene el discernimiento como requisito del acto voluntario (art. 260), pero modifica su piso etario, estableciéndolo –en general– en los trece años para los actos lícitos. Así, se considera acto involuntario por falta de discernimiento, [...] el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales (art. 261 inc. c, CCyCN).

Este piso de los trece años es, entonces, la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de la infancia: niños y adolescentes. La denominación es, claramente, un avance respecto de la ya obsoleta del anterior Código Civil en lo atinente a la pubertad –condición del desarrollo personal–, que fue traducida y elevada a condición jurídica. Adoptar, en cambio, la distinción entre “niños y niñas” y “adolescentes” es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia, que ya empleaba estas denominaciones, atenta al efecto no neutral del lenguaje y a la necesidad de “nombrar” a las personas en su etapa de infancia por su propia denominación y no con referencia a una condición de desarrollo más despersonalizada.

III. Capacidad jurídica de NNyA

En lo que refiere a la regulación de la capacidad jurídica, la regla es la capacidad y la excepción, la incapacidad. Por ello, luego de referirse a la capacidad de derecho y a la capacidad de ejercicio, el código enumera quienes son los incapaces de ejercicio. Es así, que el artículo 24 del CCyCN, en lo que aquí interesa, establece que “son incapaces de ejercicio: [...] b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con



el alcance dispuesto en la Sección 2a de este Capítulo [...]”. De modo que, desde el nacimiento hasta los 18 años, el Código llama a las personas menores de edad. Son consideradas incapaces de ejercicio, en la medida que no cuenten con la edad y grado de madurez suficiente (art. 24 inc. b) para ejercer los actos que el propio ordenamiento jurídico les permite (arts. 26 y ccdtes.). Los padres ejercen la responsabilidad parental (art. 638) y son sus representantes legales (art. 101 inc. b).

En resumen: las personas menores de edad son consideradas incapaces de ejercicio y, por ende, sujetas a la representación legal de sus padres o de los tutores que se les nombren. Ahora bien, el ordenamiento jurídico prevé, según pautas de edad y grado de madurez, que podrá haber actos que realicen a través de sus representantes legales, otros que ejerzan por si mismas bajo un régimen de asistencia y otros que podrán ejercer libremente en virtud de la capacidad de ejercicio que el propio Código les reconoce. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

IV. El principio de autonomía progresiva en el CCyCN

La CDN introduce por primera vez en un tratado internacional en materia de derechos humanos el concepto de “evolución de las facultades” del niño a través de su artículo 5, el cual se interrelaciona, a su vez, con el concepto de participación contenido en el artículo 12. En efecto, el artículo 12 establece explícitamente que cuanto mayores son la edad y la capacidad del niño, tanto más atentamente deben ser consideradas sus opiniones. Al respecto, se han identificado cuatro niveles de participación en el proceso decisorio: 1) ser informado; 2) expresar una opinión informada; 3) lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; 4) ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones. El artículo 12 de la CDN prevé que todos los niños capaces de expresar su opinión tienen derecho a participar en los primeros tres niveles. Sin embargo, el artículo no extiende los derechos del niño al cuarto nivel. Es decir, el artículo 12 afirma el derecho del niño a intervenir en el proceso participativo de la toma de decisiones en todos los asuntos que le conciernen, pero los adultos conservan la responsabilidad de las consecuencias. El resultado será una decisión tomada por los adultos, pero informada e influenciada por las opiniones del niño. Ello así, sin perjuicio de las medidas que el niño pueda tomar por si, ya sea en razón de su edad o por haberse comprobado que era competente para determinado acto –según corresponda en virtud del régimen de capacidades progresivas que puedan prever los distintos países- y asumiendo la responsabilidad por tal decisión (Olmo 2014).

Este esquema se advierte claramente en el CCyCN, donde la participación de las personas menores de edad es escalonada: 1) las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes (arts. 24 inc. b, y 26 párr. 1°); 2) la persona tiene derecho a ser oída en las decisiones sobre su persona, incluso en el marco del proceso judicial, aunque la decisión en definitiva la tome un adulto (art. 26 párr. 3° y demás ccdtes.); 3) a la

persona, según pautas de edad y grado de madurez, se le permite el ejercicio por sí de determinados derechos aunque con la asistencia de sus representantes legales (arts. 26 párr. 2° y 5° y demás ccdtes.); 4) según pautas de edad y grado de madurez, se le reconoce el ejercicio libre de sus derechos (arts. 26 párr. 2° y 6° y demás ccdtes.).

V. La escucha de niños, niñas y adolescentes: derecho y garantía

La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la previa escucha del NNoA de que se trate, frente a cualquier cuestión que lo involucre. Esta exigencia surge de la ley 26.061 que, al receptar el principio general del artículo 12 de la CDN, incorporó al art. 3 –como recaudo integrante del concepto de interés superior– el derecho de los niños a “ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”, respetando “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales”. También otros artículos de la norma especificaron este derecho: así, el artículo 24 contiene el derecho del niño a “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés [...] [en] todos los ámbitos [...] estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo” (concs. arts. 19 y 27 de la CDN).

La extensión o alcance del derecho a la escucha fue especificada en el plano convencional internacional por medio de la Observación General N. 12 del Comité sobre los Derechos del Niño (en adelante, Comité DN) (3), sobre el derecho del niño a ser oído. Para la OG 12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera.

Dice así la Observación:

“El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente [...].

Según la Observación, el ejercicio de este derecho-garantía no puede estar condicionado ni a pisos mínimos etarios ni a la presencia de cierto grado de madurez en el niño: todo niño o niña tiene derecho a ser oído. Así,



[...] los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad [...] el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan [...] (párrs. 19 y 21).

Diferente será el impacto que tal escucha tendrá en la toma de decisión posterior, condicionada por su edad y madurez, de la que se afirma que:

Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio (Fernández 2015).

Por tratarse de un derecho constitucional que, a su vez, hace parte o se relaciona con el principio rector del interés superior del niño, toda decisión que se aparte de la expresión del niño deberá sortear un estricto test argumentativo. Si bien la opinión del niño no es determinante, en razón del peso que ella presenta en especial para la construcción del interés superior del niño, en los casos en que el juez decida apartarse de dicha expresión debe aportar argumentos de peso que justifiquen contradecirla:

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3°, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3°, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el artículo 3°, párrafo 1°, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida (4).

En el CCyCN estas directrices convencionales son incorporadas, dándose así cumplimiento a una de las tantas obligaciones impuestas a los Estados por conducto de la OG 12 ya citada. Así, continúa el artículo 26: “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Por su parte, al regular cada institución del derecho familiar que involucre los derechos e intereses de niños y adolescentes, el CCyCN incorpora como requisito de efectividad este derecho-garantía constitucional.

VI. Entrecruzamientos con el régimen de salud mental

VI. 1. Restricción a la capacidad jurídica de adolescentes

Mediante una formula objetiva, el CCyCN define las personas pasibles de restricción a la capacidad: mayores de trece años, con padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad. El “piso” impuesto en los trece años guarda coherencia con la categoría de adolescente incorporada en el Código y la inexistencia –en general– de discernimiento para los actos lícitos por debajo de esa edad.

Como ya lo adelantáramos, el CCyCN mantiene la tradicional distinción entre capacidad de derecho (art. 22) y de ejercicio (art. 23), a la vez que enumera a los incapaces de ejercicio, entre ellos: “la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión” (art. 24 inc. c).

Tras enunciar reglas generales aplicables a las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica (art. 31), se prevén dos tipos de sentencias: de “capacidad restringida” (art. 32 párr. 1°), que es la regla, en cuyo caso se deben especificar los actos que se limitan y la consecuente designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 43), para los casos de personas que padecen una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad; y de “incapacidad” (art. 32 párr. 4°), por excepción, con la consecuente designación de curador (arts. 138 a 140), si es que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad.

Seguidamente, se regulan diversos aspectos procesales aplicables a ambos supuestos: los legitimados para promover la acción, entre los que se incluye al propio interesado (art. 33); las medidas cautelares que se pueden dictar durante el proceso, tanto para garantizar los derechos personales como patrimoniales (art. 34); se prevé la obligación del juez de entrevistar a la persona antes de dictar resolución alguna (art. 35); se le reconoce al interesado el carácter de parte en el proceso (art. 36 párr. 1°), se establece que el juez competente es el del domicilio de la persona o bien el del lugar de internación, y se prevé que el interesado debe intervenir con asistencia letrada desde el inicio de las actuaciones (art. 36 párr. 2°); se enuncian los aspectos vinculados a la persona sobre los que necesariamente debe expedirse el juez en su sentencia, para lo cual se requiere de un examen interdisciplinario como prueba necesaria, sin la cual no es posible el dictado de una sentencia valida (art. 37); si la sentencia es de “capacidad restringida”, se deberán especificar los actos y funciones que se limitan, designar apoyos y señalar las condiciones de validez de los actos y la modalidad de actuación, y si es de “incapacidad”, la designación de curador y la modalidad de actuación, sobre todo si se tiene en cuenta que ahora se



permite la pluralidad (art. 38); la sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento (art. 39); se prevén como dos instancias procesales diferenciadas la revisión de los alcances de la sentencia, al menos cada tres años (art. 40), y el cese de las restricciones (art. 47); se regulan reglas mínimas referidas a las internaciones no consentidas por las personas y la posibilidad de ordenar el traslado para la evaluación de la persona y eventual internación (art. 41 y 42); se definen los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y se regula su función y algunos aspectos vinculados con su designación (art. 43); en cuanto a la validez de los actos, se regula la posibilidad de declarar la nulidad de aquellos realizados con posterioridad a la inscripción de la sentencia (art. 44), los anteriores (art. 45) y los supuestos en que procede la impugnación post mortem (art. 46) (Olmo y Menossi 2015).

Ahora bien, respecto a la restricción a la capacidad de niños, niñas y adolescentes, el artículo 32 del CCyCN dispone:

El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Si bien solo se menciona en el primer párrafo y no así en el cuarto, corresponde interpretar que la limitación para iniciar acciones de restricción a la capacidad jurídica antes de los trece años de la persona (niños y niñas) se aplica tanto a los supuestos de capacidad restringida como a los de incapacidad.

Sin embargo, también hay que decir que en la práctica rara vez se promueven acciones antes de la mayoría de edad y si así se hace, es justamente por la proximidad a alcanzar la mayoría de edad. Durante la adolescencia, el ejercicio de la capacidad jurídica se resuelve a través del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641 y ccdtes. del CCyCN) o, de darse los supuestos legales, con la designación de un tutor (arts. 104 y 109). De todas formas, hay que tener presente que una eventual restricción al ejercicio de la capacidad jurídica debería versar, justamente, sobre los actos jurídicos cuyo ejercicio les es reconocido a los adolescentes, conforme el régimen de capacidades progresivas receptado

en el CCyCN. De otro modo, la sentencia sería abstracta y sin ninguna implicancia práctica en concreto.

VI.2. Internaciones de NNyA por salud mental y adicciones

La internación de una persona por motivos de salud mental o adicciones es considerada como un recurso más dentro de la estrategia terapéutica. Debe ser de carácter transitorio, lo más breve posible, con el fin de cuidar a la persona y facilitar la reorganización de los aspectos de su vida que se hayan visto gravemente alterados en la crisis. Esta indicada cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social y cuando brinde cuidados y atención que no estén garantizados por fuera de la institución al momento de la evaluación. La regla es la internación voluntaria y la excepción, la internación involuntaria.

En el caso de internaciones por salud mental y adicciones de NNyA deberá brindarse una protección especial a este colectivo de personas, a los efectos de maximizar la protección y asegurar el debido control de las garantías. En razón de ello, la ley 26.657 reputa involuntarias las internaciones de NNyA, tal como lo establece su artículo 26:

En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

En un principio, esto generó en la práctica la creencia de que este grupo de personas no podía consentir sus propias internaciones y, lo que es peor, que su opinión tampoco tenía ninguna relevancia, por lo que muchas veces no era ni siquiera recabada. Sin embargo, esto obedeció a una interpretación errónea de la norma ya que la ley 26.657 no le quita importancia a ese consentimiento informado, solo que no le da la suficiente proyección para considerar voluntaria la internación tal como si ocurre para el caso de las personas adultas plenamente capaces. Lo que ha buscado la norma es que estas internaciones se vean rodeadas de todas las garantías del caso: control judicial inmediato y acceso a un defensor, revisiones periódicas, etc.

Ahora bien, mientras que el artículo 26 de la ley 26.657 establece que las internaciones serán reputadas “involuntarias”, por su parte el artículo 26 del CCyCN establece que el adolescente de entre 16 y 18 años es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Asimismo, el Código unificado regula la materia de internaciones, en cuyo artículo 42 establece requisitos “de mínima” para la procedencia de las internaciones “no consentidas” por las personas, para lo cual no hace distinciones en razón de la edad del sujeto.



A partir del panorama desarrollado anteriormente, se desprende a simple vista una primera dificultad, y es que la clasificación de las internaciones responde a dos variables parecidas pero diferentes: mientras el CCyCN refiere a internaciones consentidas o no consentidas, la ley especial –a la cual remite el Código– refiere a las internaciones voluntarias o involuntarias. En rigor, no es lo mismo una internación “involuntaria” (según la ley 26.657) que una internación “no consentida” por la propia persona (según el CCyCN), ya que, por ejemplo, puede haber internaciones consentidas pero que son involuntarias, como ser –justamente– las internaciones de personas menores de edad a pesar de contar con el consentimiento del propio interesado (art. 26 de la ley 26.657).

En segundo lugar, el artículo 26 de la ley 26.657 habla de personas menores de edad sin hacer distinciones entre franjas etarias, contrariamente a lo que ocurre con el artículo 26 del CCyCN, según el cual, en lo que aquí interesa, el adolescente que se encuentra en la franja entre los 16 y los 18 años es “considerado como un adulto” para los actos referidos al cuidado del propio cuerpo. Por lo tanto, la duda que se plantea es si un adolescente de 16 o 17 años puede consentir su propia internación y, en caso de que lo haga, si esta debe ser igualmente reputada como “involuntaria” a los fines de la comunicación al juez para su control, o bien se la considera “voluntaria” por asimilar su situación a la de una persona mayor de edad que presta el consentimiento (Olmo 2017).

Así planteadas las cosas, la distinción genera no solo una mera disquisición de orden teórico o terminológico, sino que implica una sustancial diferencia: comunicarla o no al juez en forma inmediata para su control judicial con todas las demás garantías que las internaciones involuntarias implican: actuación de un abogado defensor desde el inicio, obligatoriedad de controles periódicos, etc. (conf. arts. 20 y ss. de la ley 26.657).

En nuestra opinión, las internaciones de personas menores de edad que han otorgado el consentimiento informado son internaciones “consentidas” (según el CCyCN) pero “involuntarias” (según la ley 26.657); de modo que serán controladas judicialmente, aunque más no sea por aplicación de la legislación especial. Ello así, sin distinción entre franjas etarias. Lo importante para tener en cuenta en este supuesto es que la solución se aplica incluso al caso de adolescentes de entre 16 y 18 años.

VI.3. El ejercicio de los derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo

El Código regula en forma expresa lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad. En este sentido, el artículo 26 del CCyCN, en sus párrafos 4°, 5° y 6° dispone:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En forma coherente con la distinción establecida entre niños y adolescentes, el ejercicio en forma personal de los derechos sobre el propio cuerpo se concede en favor de estos últimos. En efecto, el piso etario para la aplicación de la norma son los trece años de edad.

En el otro extremo, la edad de dieciséis años aparece como límite al régimen de infancia, puesto que desde entonces el adolescente es considerado –en general– como un adulto para la toma de decisiones relativa al cuidado de su propio cuerpo, excepto algunas regulaciones específicas que aparecen en la legislación especial.

En esta franja etaria (entre 13 y 16 años) la cuestión relativa a la capacidad de ejercicio de los actos personalísimos por el adolescente se regula considerando la complejidad y/o efectos eventuales de los actos o tratamientos relativos al cuidado del propio cuerpo; todo ello, de acuerdo a un sistema de presunciones.

1. Respecto de la pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud del adolescente ni provocan riesgo en su integridad física –y psíquica–, la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar.

2. Frente a tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad. No se está hablando de representación ni de sustitución, sino de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante legal. Ante la posibilidad de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quien/es asienten, ello se resuelve judicialmente, para lo cual la decisión deberá considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y, por el otro –si bien se trata de un efecto que también se mide para delinear y adoptar la decisión que realiza tal interés superior–, la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto.

3. A partir de los 16 años el sistema se independiza de las previsiones, incapacidad y competencia, ya que lo considera como un adulto al efecto de la decisión de cuidado del propio cuerpo.

Llegados a este punto, cabe concluir que estas reglas se aplican a adolescentes respecto de los cuales no solo no se haya limitado el ejercicio de su capacidad jurídica respecto de



los actos en cuestión, sino que tampoco sus posibilidades de comprensión se hayan visto menoscabadas por motivos de salud mental. Esto trae aparejadas dos implicancias:

1. La regla de la capacidad progresiva no es inalterable ante factores que pueden obstaculizar su pleno y libre ejercicio, como tampoco lo es la capacidad jurídica reconocida a las personas mayores de edad. Por lo tanto, si existe un padecimiento mental que limita el ejercicio de la capacidad jurídica, las reglas del artículo 26 párr. 4°, 5° y 6° ceden, incluso cuando no haya habido una sentencia de limitación de ese ejercicio, sea en forma parcial (art. 32 párr. 1° del CCyCN) o absoluta por la imposibilidad de interacción (art. 32 párr. 4°).
2. La regla de la capacidad progresiva no debe ser dejada de lado por el solo hecho de la existencia de un padecimiento mental, aun cuando se de en un contexto de internación. Es decir, la presunción de capacidad para el ejercicio de los derechos (por si o con la asistencia del representante legal) no se altera en materia de salud mental, pero si podría ceder ante una incidencia concreta sobre el grado de autonomía y comprensión del adolescente, de modo que la presunción legal quede desvirtuada.

VI.4. Resumen final

El reconocimiento del consentimiento informado en niños, niñas y adolescentes tiene distintas proyecciones, de acuerdo a la materia de que se trate y al régimen de capacidades progresivas que lo regule. En nuestro ordenamiento, es justamente ese reconocimiento el que habilita, como dos caras de una misma moneda, la posibilidad de restringir por motivos de salud mental ese grado de autonomía del que goza este segmento de la población (a partir de los 13 años de edad).

Asimismo, sea que se lo haya limitado o no, existen otros ámbitos de especial interés en los cuales se manifiesta la voluntad jurídicamente relevante. En materia de internaciones, corresponde aclarar que el hecho de que sean reputadas “involuntarias” según el artículo 26 de la ley 26.657, no implica la inobservancia del consentimiento informado. Siempre deberá ser otorgado por el interesado, sea que se trate de adolescentes, o incluso niños y niñas. En efecto, en el marco de las internaciones existen diversas instancias o ámbitos en los cuales las personas menores de edad pueden consentir, independientemente de la edad. Pero en cualquiera de los casos, si se refiere al consentimiento para internación, este no tendrá la misma proyección que el de un adulto. La solución se impone porque se trata de un sujeto que, a priori, se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad que la de una persona mayor de edad y, por ende, requiere de una protección especial: control judicial, acceso a un abogado defensor, etcétera.

Finalmente, el régimen de progresividad receptado en el artículo 26 del CCyCN, genéricamente considerado, es decir dentro o fuera del ámbito de salud mental, se mantiene inalterable en tanto que criterio orientador que se sostiene a la luz de

presunciones. La existencia de un padecimiento mental en un adolescente no cambia lo dicho como regla. Sin embargo, si lo hará en casos concretos, donde se determine que el padecimiento tiene una concreta incidencia en el grado de comprensión para la toma de determinadas decisiones, de modo que la presunción de capacidad cede, como también lo haría en el caso de una persona adulta.

VII. Conclusiones

De lo expuesto, se desprende que nuestro sistema de capacidades progresivas, desde su reconocimiento formal, queda debidamente resguardado en el hecho de que los profesionales de la salud deben recabar el consentimiento del niño, niña o adolescente, no solo de acuerdo con pautas de edad y grado de madurez, sino incluso según las reales posibilidades de comprensión de los alcances del acto que se consiente, sin que el padecimiento mental impida *per se* la limitación de su ejercicio. La misma regla aplica a los actos jurídicos en general, en tanto su ejercicio les sea reconocido a las personas menores de edad, con la consecuente posibilidad –de darse el supuesto legal– de implementar mecanismos de apoyo para su ejercicio. Por lo tanto, se cumple con el criterio de especialidad debido al sujeto, esto es, con el mandato internacional de brindar una protección especial para las personas menores de dieciocho años de edad.

Bibliografía

Fernández, Silvia E. 2015. “Comentario al art. 26”. En: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I*. Caramelo, Gustavo; Sebastián Picasso y Marisa Herrera (dirs.). Buenos Aires: Infojus.

Olmo, Juan Pablo. 2014. *Salud mental y discapacidad*. Buenos Aires: Dunken.

Olmo, Juan Pablo. 2017. *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*. Segunda edición ampliada. Buenos Aires: Dunken.

Olmo, Juan Pablo y Menossi, María Paula. 2015. “Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo”. *RCCyC (La Ley)*. 01/07/2015, 61. Consultado en línea. AR/DOC/1588/2015.

Documentos de organismos internacionales



Comité de los Derechos del Nino, Observación General N. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51. Período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité de los Derechos del Nino, Observación General N. 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Convención sobre los Derechos del Nino, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

(1) Conformado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), sus dos Protocolos Facultativos referidos al procedimiento de denuncias individuales y la abolición de la pena de muerte, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

(2) Convención sobre los Derechos del Nino, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

(3) Comité de los Derechos del Nino, Observación General N. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51. Periodo de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

(4) Comité de los Derechos del Nino, Observación General N. 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.