

Comisión nº 1, Privado Parte General: “Nuevas Reglas Referidas Al Regimen De La Capacidad De La Persona Humana”

LOS DESAFIOS DE LA DEFENSA PUBLICA A LA LUZ DEL NUEVO PARADIGMA DE DERECHOS EN LOS PROCESOS DE RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD JURIDICA E INTERNACIONES INVOLUNTARIAS.

Autora: María Dolores Crespo *

Resumen: *La valoración de la persona como sujeto de derecho implica el reconocimiento de su condición en todos los procesos judiciales, principio que habrá de doblegarse en aquellas circunstancias en las cuales se cuestiona el ejercicio de su capacidad jurídica y más aún cuando se encuentra privado de su libertad en condición de encierro intrahospitalario. El debido proceso, la defensa en juicio y el uso de buenas prácticas por parte de todos los operadores del sistema, es la garantía para el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad y de quienes padecen una enfermedad mental.*

1. Ponencia.

El marco normativo vigente se encuentra conformado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otras normas, principios y observaciones de los organismos internacionales de derechos humanos. El mismo determina de manera unánime el abordaje de la discapacidad mediante el modelo social, el cual concibe a la discapacidad (física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo) como una consecuencia de la organización social contemporánea, en tanto esta tiene escasa consideración por las personas con diversidad funcional en lo que hace al acceso al ejercicio de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones como los demás. Es decir, de acuerdo a esa concepción, la causa de la discapacidad reside en las existencia de barreras sociales que impiden a estas personas su plena participación en igualdad de condiciones a las del resto de la sociedad.

Es con ese miramiento la Ley 26.657 incorporó los nuevos paradigmas de derechos humanos fijando las directrices del sistema de atención en salud mental acordes a tales instrumentos internacionales individualizados anteriormente. Dicha norma es de aplicación obligatoria en el ámbito nacional y provincial, no sólo por que así lo determina el art. 3º del C.C al momento de su vigencia - las leyes son de aplicación obligatoria aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicamente existentes-, sino especialmente porque es reconocida como piso mínimo de garantías y derechos de las personas con padecimientos mentales, además de que el marco legal que brinda el actual CCyC se cimenta sobre la misma base dogmática.

Como consecuencia de ello las normas rituales, las prácticas judiciales y las actuaciones de los auxiliares de la justicia, deben ajustarse al marco normativo constitucional-convencional vigente. La falta de reglamentación interna a nivel provincial que adecue los códigos de procedimientos a la CIPD, a la Ley 26657 y al C. CyC, es una mora del

* Defensora Oficial de Pobres y Ausentes de la Pcia de Río Negro, Defensoría Temática: Derechos Económicos Sociales y Culturales. Integrante de la Comisión Evaluadora del Consejo de la Magistratura de Río Negro. Profesor que avala: Dr. Mario Zelaya. Profesor adjunto en la asignatura “Derecho Privado Parte General” Universidad Nacional del Sur.

legislador provincial por cuanto no cabe duda alguna en cuanto a que son de absoluta aplicación en el ámbito local, dado que las primeras dos lo eran con anterioridad a la vigencia del nuevo ordenamiento jurídico –Código Civil unificado- en tanto la Convención integra el bloque de constitucionalidad y la segunda es de orden público. En consecuencia, *“Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido,... pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías”* (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

De esta forma todas las normativas vigentes de manera coetánea con la citadas normas, al igual que sus prácticas, debieran ser revisadas, volcadas sobre el tamiz del control de convencional entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75 inc 22 de la CN (CSJN “Mazzeo”, “García Mendez y Musa” Fallos: 330:3248; 331:2691 entre otros), para que luego del zarandeo, si traspasaran el tamiz, recién allí podrán aplicarse sus disposiciones.

A continuación pasaré a analizar la incidencia del nuevo paradigma en los procedimientos vigentes:

2.- Procesos judiciales de restricción de la capacidad de ejercicio de los derechos.

El marco legal brindado a la capacidad -y a su contracara la incapacidad- en el CCyC y las normas procedimentales han sufrido la crisis del cambio: esencialmente la regla se ha invertido, siendo ésta la capacidad y toda restricción a la misma implica la previsión de medidas de apoyo para equiparar las diferencias en el ejercicio pleno de aquella.

El conjunto de normas referenciado supra ya convergían en el art. 152 ter incorporado por la Ley 26.657 a nuestro anterior CC, para luego recibir plena acogida en los artículos 31 y ss del nuevo CCyC . Imposible interpretar norma alguna sin conocer el nuevo paradigma de derecho, so perjuicio de caer en una aplicación errónea del mismo que conllevara a la tradicional declaración de incapacidad o inhabilitación médico biologicista. Con basamento en la causa generadora del cambio – en referencia al modelo social de discapacidad- el ordenamiento jurídico se cimienta en dos exigencias: la evaluación interdisciplinaria (de limitarse ésta a los términos de las normas procedimentales vigentes seguiría ésta siendo médico-jurídica) y el detalle minucioso de los actos y funciones que se pretenden limitar en resguardo de los derechos de los justiciables, por cuanto sobre aquello que no se restringe se presume la plena capacidad (art. 31 inc a) del CCyC).

A fin de analizar el nuevo sistema de restricción de la capacidad jurídica entiendo oportuno remarcar que se coligen las siguientes premisas: la evaluación interdisciplinaria, los tres años de validez de dichas evaluaciones, la enunciación precisa de los actos y funciones que se pretenden limitar, la entrevista personal y la determinación de un sistema de apoyos, con más -agrego a modo personal- la utilización de términos adecuados.

A.- Evaluaciones interdisciplinarias: Ya la ley 26657 exigía para los procesos de restricción de la capacidad jurídica de las personas las evaluaciones interdisciplinarias, suponiendo para ello la intervención de profesionales de distintas áreas (art 8). Criterio asumido por el artículo 37 del CCy C.

Tal exigencia no es caprichosa sino que, como ya fuera adelantado, tiene su fundamento en el cambio de concepto que impone la citada norma respecto de la salud mental, por cuanto marca el paso del anterior concepto biologicista a aquel que concibe a la salud mental como un proceso determinado por múltiples factores, tales como históricos,

socio culturales, biológicos y psicológicos. Esta complejidad conlleva a trascender la mirada bio-médica o psicológica de la salud mental – que aún se mantiene en el CPCC y en las prácticas judiciales- requiriendo la integración de otros saberes disciplinares, dando cuenta de las diferentes dimensiones del problema, a fin de que aporten el conocimiento teórico del mismo, brindando recursos metodológicos y estratégicos de intervención.

El cambio pregonado no implica una modificación abrupta de aquellas estructuras existentes –léase Junta Médica- sino que por el contrario, previendo situaciones en las cuales la jurisdicción local aún no integró el equipo de acuerdo a las exigencias de la norma, el Decreto 603/2013, dispone que hasta tanto se conformen los mismos, se procurará una atención adecuada con los recursos existentes, reorganizados interdisciplinariamente.

Expuesto así, la interdisciplina es una exigencia ineludible que no puede ser remplazada por la emisión varios informes de distintas disciplinadas, sino un único informe elaborado de manera interdisciplinario mediante una conjunción de evaluaciones de las áreas de la persona -social, cultural, médica y vincular- con una conclusión común. Ello por cuanto es dispar el desarrollo de una persona que padeciendo una enfermedad neurológica recibe estímulos terapéuticos y vive en un grupo familiar de contención, con aquella que se desenvuelve procurando autovalerse asistida por personas de su grupo familiar, pero sin posibilidad de acceder a los recursos terapéuticos o bien por residir alejada de los centros urbanos.

B- Especificación de los actos cuya realización se pretenden limitar: Tanto la Ley 26657, como el CCyC, exigen que en los procesos de restricción de la capacidad se especifiquen las funciones y los actos cuyo ejercicio se pretenden limitar a fin de procurar la afectación de la autonomía de la voluntad en la menor medida posible. Para obtener tal cometido las propias normas requieren la intervención de un equipo interdisciplinario, de lo contrario los médicos psiquiatras se verían excedidos en su función al carecer de los conocimientos necesarios para evaluar a una persona en los distintos ámbitos de su vida de relación. La intervención de expertos en distintas incumbencias debe presidir y dar sustento a cualquier limitación de la capacidad.

Lo expuesto tiene su razón de ser en que el nuevo paradigma procura restringir en la menor medida posible la autonomía de la voluntad mediante un sistema de capacidad gradual que contemple expresamente los actos que se limitan. De esta forma, al reconocerse las facultades conservadas de la persona y su consecuente ejercicio, se le permite el pleno desarrollo de su personalidad en un contexto de mayor respeto de sus derechos a la intimidad y libertad evitando una intromisión excesiva en su vida por parte del Estado. Circunstancia esta que en definitiva redundará en beneficio de su salud de manera integral.

De lo expuesto se colige que de omitirse en un proceso de restricción de la capacidad jurídica la evaluación interdisciplinaria, el sentenciante carecerá del fundamento técnico suficiente para determinar la capacidad del justiciable. La práctica demuestra que de los escuetos informes de la Junta Médica -denominación que recibe en Rio Negro- no puede deducirse de manera lógica la necesidad de limitar derechos personalísimos en salvaguarda de los intereses y garantías de las personas como casarse, reconocer hijos, cumplir sus obligaciones alimentarias, prestar consentimiento en los tratamientos de salud y/o suministro de medicamentos. En ese razonamiento cabe concluir que tal carencia es la que llevará al juzgador a “presuponer” inhabilidades, ante lo cual generalmente se resuelve a favor de una restricción de facultades. Es decir, ante la duda, se tiende a limitar capacidades, rezago del sistema paternalista.

C.- Audiencia personal con la persona cuya restricción de capacidad se pretende:

La entrevista personal es una garantía de quien se pretende declarar incapaz, en resguardo del debido proceso legal (arts. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCyP). Ello no es otra cosa que el reconocimiento de la persona como sujeto de derechos, evitando cosificar a quien se pretende proteger con una mirada paternalista como era en el sistema anteriormente vigente. Ninguna prueba es más contundente que el directo examen del juez, y así es exigido en el artículo 35 del CCyC.

En relación a este acápite el CPCC de Río Negro, en su art. 633 CPCC, es poco preciso respecto de la obligatoriedad de la comparecencia del "presunto demente" -término peyorativo sí lo hay- sujetando el mismo a la facultad del sentenciante. Esta manda debe ser analizada en consonancia con las normas referenciadas y nuestro nuevo regulador de los derechos civiles -CcyC-, siendo un deber del juez convocar a audiencia a la persona con las previsiones que su realidad necesita.

La disyuntiva entre la obligatoriedad o la facultad de la medida ha sido dilucidada en las previsiones del nuevo CCyC que recuesta la balanza sobre la primera, siendo insoslayable el cumplimiento de la misma.

Cierto es que las prácticas llevadas a cabo por el Ministerio Público de la Defensa en nuestra calidad de curadores provisorios ha tenido que ser revisada, lejos estaremos de poder exigir las entrevistas personales sí nosotros mismos no conocemos a nuestros representados, su modo de expresarse, sus gustos, deseos, expectativas, actividades que desarrollan y, por sobre todo, su preferencia en cuanto a quién fuera propuesto como su apoyo (curador definitivo).

D.- Sistema de apoyos: Entendida la capacidad de las personas como la regla, toda restricción implica medidas de apoyo para igualar las diferencias en el ejercicio pleno de aquella. En base a ese principio las limitantes serán relativas-parciales afectando solo los actos que se determinen expresamente, en contraposición a lo cual no debiera existir restricción absoluta-general.

El nuevo ordenamiento, en referencia al CCyC, reservó la declaración de incapacidad absoluta para aquellos supuestos en que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y que el sistema de apoyos resulte ineficaz, circunstancia en la cual el juez podrá declarar su incapacidad y designar un curador (art 32).

Así bastará que pueda expresarse para que no recaiga sobre la persona una declaración de incapacidad absoluta, más sea ello con cierta dificultad, siendo indistinto sí para llevarlo a cabo necesitare valerse de otro modo que los tradicionales, medio o formato. O bien, expresa la norma, que el sistema de apoyos resulte ineficaz.

Respecto de esto último, ante la omisión de la ley cabría cuestionarse quien o quienes habrá/n de ser los facultados para determinar la ineficacia del sistema de apoyos, considero que la respuesta ajustada al modelo social de la discapacidad nos direcciona hacia el equipo interdisciplinario encargado de realizar la evaluación correspondiente.

Continuando con el análisis, dictaminada la discapacidad el sentenciante deberá designar el o los apoyos necesarios, con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

En relación a este punto cabe manifestar que el texto del CCyC incorpora las previsiones establecidas en la CDPD que fuera aprobada mediante Ley 26.378 -de jerarquía constitucional desde el mes de junio de 2008- y Ley provincial N° 4532. En la citada Convención se establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. A su vez, impone a

los estados el deber de asegurar que se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. (art. 12).

Por su parte el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su calidad de intérprete de la CDPD, señaló: "Los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos". "La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD". (Observación N 1/14).

Sí bien se advierte un esfuerzo de la jurisdicción local por agiornar el procedimiento subyace en sus fundamentos el antiguo modelo tutelar de incapacidad, profundizándose así la brecha existente entre el viejo sistema jurídico y el modelo social de la discapacidad.

E.- Uso de terminología adecuada

Considero que es imperioso evitar al extremo utilizar términos agraviantes, por cuanto de qué sirve invocar maravillosas normas internacionales si después nos referimos a nuestros conciudadanos como dementes, insanos e imbéciles. Ante esto último cabría cuestionarse si acaso lo hacemos por que tenemos la seguridad de que los propios interesados no leen nuestras intervenciones, o si lo hacen no las entienden, o quizá estaremos nosotros, "los capaces", gustosos de ser tratados de esa manera por quienes dicen respetar y hacer respetar nuestros derechos.

3. Procesos judiciales de control de internaciones involuntarias

A. Prohibición legal de disponer judicialmente una medida de internación involuntaria:

La Ley 26.657 y el Decreto 603/2013 formalizan el cambio de paradigma en el campo de la problemática de la salud mental, el tratamiento de adicciones y de la discapacidad, cumpliendo con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. Este cambio conlleva el apartamiento del modelo proteccionista, basado en la supresión de los derechos de las personas, hacia un abordaje sanitario de la problemática en salud mental con eje en el reconocimiento de derechos de los asistidos.

En instancia de reglar el procedimiento a llevarse a cabo en la internación de tipo involuntario, la Ley dispone: "*La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de no ser posibles los abordajes ambulatorios y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediaré situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros*" (art.20). Luego de ello, remite a las exigencias establecidas en el art. 16 para todo tipo de internaciones, es decir -en este caso- a la "*evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra*".

En lo que respecta a la determinación del riesgo cierto e inminente, debemos remitirnos al Decreto N° 603/13 que lo define bajo estos términos: aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause un perjuicio a la vida o a la integridad física de la persona o un tercero. Ello será verificado mediante una evaluación actual, realizada por el equipo

interdisciplinario, cuyo fundamento no debe reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica. No se incluyen los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental (art. 20).

Particularmente, en relación a la actuación en sede jurisdiccional, la ley establece el procedimiento, indicando los plazos y modalidades de la comunicación e informe que debe remitir el equipo de salud al juez actuante. Los términos utilizados son correctos, por cuanto primero notifica -en el plazo de 10 hs desde que se efectivizó la medida- y luego informa con las constancias de su actuación en un plazo de 48 hs. Es a partir de esa instancia en que el juez tiene un plazo de 3 días para **autorizar**, sí es que evalúa que están dadas las causales previstas en la ley, **requerir informes** ampliatorios -sí lo considera- o bien, **denegar** la medida. Con la única excepción que, sólo podrá el Juez ordenar la internación involuntaria por sí mismo, cuando cumplidos los requisitos establecidos por el art. 20, el servicio de salud se niegue a llevarla a cabo.

El texto del CCyC, en primer lugar remite a la aplicación de la ley especial (en este caso la 26.657), para luego reeditar las premisas: la prohibición de privar a las personas de su libertad personal por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo riesgo cierto e inminente, el carácter de medida de excepcional, la breve durabilidad de la misma, el respeto por el debido proceso, el control judicial y el derecho de defensa del paciente. Indica los elementos de la sentencia que aprueba la internación: finalidad de la medida, duración y periodicidad de la revisión (art 41 y 42 del CCyC).

Se advierte así que el nuevo modelo de abordaje implica no sólo la desmanicomialización del sistema de salud mental por dispositivos comunitarios, sino en lo que particularmente respecta a nuestro ámbito de actuación, a la desjudicialización del mismo por un abordaje interdisciplinario a cargo del equipo de salud interviniente. De ésta forma, el rol de la justicia pasa a ser exclusivamente el de garante de los derechos de las personas y no el de ordenador de tratamientos compulsivos.

Lo expuesto conduce indefectiblemente a un sólo camino, sí se dictara una orden judicial de internación involuntaria sin el cumplimiento de las premisas enunciadas dicho acto será arbitrario e infundado y, lo que es peor aún, ilegal por arrogarse funciones la jurisdicción que no le competen en un claro apartamiento del procedimiento previsto por la norma.

B.- Respeto por la autonomía de la voluntad del paciente y el derecho de conocer el tratamiento:

El paciente tiene derecho a tomar conocimiento del tratamiento que se le dispensará, la modalidad con que se llevará a cabo, tiempo estimado de duración, la previsión del mantenimiento de los vínculos familiares y/o afectivos y/o de pertenencia, el tipo de medicación que -en su caso- se le suministrará, como también las secuelas del tratamiento. Para ello debe encontrarse en condiciones de comprender los sucesos que corren a su alrededor y poder manifestarse en consecuencia.

Al respecto la CSJN señaló que el tratamiento debe ser debidamente informado a la persona, adecuado a sus necesidades, respetando la confidencialidad y lo menos restrictivo posible (CSJN in re Tufano R s/Internación).

Se suma a lo expuesto las disposiciones especiales referentes a los derechos de los pacientes, normados en la Ley 26529. En ésta se reconoce el derecho a la asistencia médica sin discriminación, a recibir un trato digno y respetuoso, a que se respete su intimidad, a la confidencialidad de sus datos sensibles, a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad, también el derecho a la información sanitaria y a la interconsulta médica para lo cual podrá requerir la información sanitaria por escrito (art.2)

En igual sentido tanto la ley 26529 -derechos del paciente- como la 26.657 -salud mental- hacen especial hincapié en el consentimiento informado del paciente (con más el Decreto 603/2013), y las constancias que deberá detallarse en la historia clínica.

C.- Violación al principio de debido proceso:

El apartamiento infundado del procedimiento previsto en la materia que nos compete, conlleva indefectiblemente a una evidente violación al principio de debido proceso. Las consecuencias que reviste este tipo de procedimiento en el cual se plantea una internación involuntaria -coactiva- torna esencial el respeto a dicho principio en cuanto hace al resguardo de los derechos fundamentales de la persona que se somete. La condición de sujeto con voluntad restringida, por el suministro de medicación, lo coloca en una situación de extrema vulnerabilidad que merece el mayor resguardo por parte del Estado, siendo éste el fundamento por el cual se les designa un Defensor Oficial – en el supuesto de no designar abogado de confianza-. (art. 22 de la Ley 26. 657 y art. 41 del CCyC).-

En ese sentido la CSJN sostuvo que “las reglas del debido proceso deben ser observadas con mayor razón en los procesos relacionados con la salud mental de los ciudadanos” (“Tufano” Fallos: 328:4822).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el debido proceso se refiere al "conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal" ("Baena, Ricardo y otros. Excepciones preliminares", sent. del 2/2/2001, entre otras).

D.- Proceso de internación de niños, niñas y adolescentes:

La Ley 26.657 es extensiva para aquellos supuestos en que deba procederse a la internación de personas menores de edad, oportunidad en que deberá adicionarse el plus protectivo de derechos que en este último supuesto rige de manera obligatoria conforme la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 26 de la Ley 26.657, en referencia a la Ley 26.061, CDN y Observaciones del Comité de Derechos del Niño de la ONU).

En consecuencia, carece de fundamento legal concebir una medida de estas características -privación de la libertad- bajo el amparo excluyente de la Ley provincial N° 4109 -Ley de Protección de Derechos del Niño, Niña y Adolescente de la Pcia de Río Negro- y la Ley N° 26.061.

En ese orden de ideas, debe procederse de acuerdo a las previsiones de la norma tantas veces referenciada -26.657- y, en caso de entender el equipo interdisciplinario tratante en el ámbito de la salud, autoridad de aplicación (art 31) la necesidad del tratamiento bajo la modalidad de internación, deberá actuar en consonancia con las exigencias de los art. 20 y 21 emitiendo los dictámenes correspondientes.

Conforme el lineamiento expuesto, considero que es el organismo técnico en el ámbito de la salud quien tiene a su cargo dicha función ante la determinación del riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. De lo contrario, el accionar de la administración se tornará ilegal, privando ilegítimamente de la libertad a la persona que se pretende resguardar.

Agrego a ello, que en todo acto de la administración o bien de la jurisdicción deberá determinarse el interés superior del niño. Es decir, deberá exponerse la adecuación existente entre ese valor y la decisión adoptada, explicitando la relación entre las circunstancias de hecho y el real interés del joven. Esta carencia no es menor, por el

contrario es de tal gravedad que su ausencia tornaría arbitraria la decisión de la administración.

La normativa nacional y convencional vigente exige que el interés superior del niño sea un dictamen técnico, resultante de una serie de pautas que los organismos internacionales se esfuerzan constantemente en delimitar a fin de que se eviten motivaciones especulativas y abstractas. En ese marco la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que *“no es suficiente con hacer referencia a que ha sido tenido en consideración el interés superior del niño en el momento de adoptar una decisión que lo afecte, sino que éste deberá justificarse objetivamente en base a consideraciones que hayan sido constatadas en relación a circunstancias personales del niño”* (“Atala Riffo y Niñas vs Chile” Se 24/02/2012.).

Deben considerarse los siguientes elementos para la determinación del interés superior del niño: la opinión del niño en todas las decisiones que le afectan concediendo la importancia que merece de acuerdo a su edad y madurez; la identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; cuidado, protección y seguridad; situación de vulnerabilidad; el derecho a la salud y a la educación. Dichos elementos no son un catálogo taxativo, sino puntos que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar el interés superior debiéndose buscar un equilibrio entre ellos. (CDN, Observación General N° 14/13)

Estas pautas de interpretación no son meramente ejemplificativas o enunciativas, sino que tienen cómo propósito que todos los operadores del sistema -desde el lugar que nos corresponda ocupar- emitamos un juicio sin prejuicio, ni subjetividades, con base en un miramiento técnico común.

Al respecto, la Corte Interamericana entendió que la eficaz y oportuna protección de los intereses de los niños y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. (OC N° 17/2002)

Las medidas de protección deben justificarse mediante la acreditación de elementos que demuestren la necesidad e idoneidad de la misma, decisión que debe fundarse en la respectiva evaluación técnica que se realice por parte de los equipos profesionales de expertos. Se exige excelencia, capacidad y solidez de quienes tienen a su cargo la responsabilidad de llevar a cabo la intervención.

4. Conclusión:

Esta nueva concepción implica un cambio ideológico que no solo conlleva a adecuar los términos utilizados, sino que exige asumir el nuevo paradigma, hacerlo propio, en el convencimiento de que el mismo es la esencia para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

La gravedad que revisten las medidas judiciales en las cuales se “disponen” internaciones involuntarias en el marco de un proceso de internación, situación o como se denominare, merecen ser atendidas por todos los operadores. Entiendo que las leyes solo podrán ser valorada en sus principios si son aplicadas en los procedimientos judiciales y ello depende de los operadores del sistema. El cambio es ahora, ya, sin sujetar la misma a la legislación provincial, por cuanto por sobre todas las cosas nuestros asistidos, clientes o justiciables –según el lugar que nos toque ocupar- merecen que nos aggiornemos para brindarles una justicia ajustada a sus necesidades reales.-