

IX Jornadas de Jóvenes Investigadorxs

Instituto de Investigaciones Gino Germani

6, 7 y 8 de noviembre de 2019

Bega Martínez Renata

Instituto de Cultura Jurídica

renatabegam@gmail.com

Abogada, maestranda en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata

Eje 11

Eje 3 (alternativo)

Título de la ponencia: Habi(li)tar un hospital psiquiátrico: la SCJBA ante la falta de condiciones mínimas de habitabilidad en el Hospital A. Korn.

Palabras clave: Acción de amparo- Habitabilidad- Hospital psiquiátrico- Potestades administrativas y judiciales

Habi(li)tar un hospital psiquiátrico: la SCJBA ante la falta de condiciones mínimas de habitabilidad en el Hospital A. Korn.

Análisis de la acción de amparo en la sentencia "Gutiérrez, Griselda Margarita y otra contra Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro sobre Amparo".

Resumen

En este trabajo se propone analizar la figura del amparo, sus requisitos y lo que la misma implica observándola desde una esfera jurisprudencial que aborda temas relacionados a la salud mental, las potestades del poder administrativo y del poder judicial, y un escenario de necesidades impostergables; ello mediante el estudio de algunos aspectos de la sentencia

"Gutiérrez, Griselda Margarita y otra contra Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro sobre Amparo".

Lo estudiado se desprende de un trabajo de investigación individual que, en este caso en particular, deriva de una de las asignaturas de la Maestría en Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata donde se han problematizado y analizado específicamente cuestiones relativas a las garantías judiciales de los derechos humanos. A su vez, se encuentra íntimamente ligado al trabajo del equipo interdisciplinario de investigación del Instituto de Cultura Jurídica (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP) y al proyecto de incentivos 11J/151 y su consecutivo (el cual actualmente está en proceso de evaluación) financiados por la Universidad en el cual se intenta echar luz, desde una perspectiva crítica y de género, al acceso a la justicia de las mujeres, las “buenas prácticas” de las/os actores jurídicos en torno a ello y las políticas públicas que resultan – tomando como uno de los ejes del trabajo de investigación la interseccionabilidad con la salud mental de las mujeres- de lo cual se desprende la propuesta de este trabajo.

Antecedentes del caso y de la problemática

El caso tiene su inicio ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 21 del Departamento Judicial de La Plata con la demanda interpuesta mediante representación de la Titular de la Asesoría de Incapaces N° 4 y la Defensora Oficial a cargo de la U.F.D. N° 13 de dicho Departamento. Lo que en esta instancia se tramita es una acción de amparo en favor de las y los titulares de derechos internados/as en el Hospital Interzonal de Agudos y Crónicos Dr. Alejandro Korn, siendo las partes demandadas la propia Institución, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires.

Su reclamo se funda en la situación alarmante en la que se encuentra dicha institución total ¹; ello pudo ser afirmado gracias a las constataciones judiciales pertinentes, los informes interdisciplinarios y la revisión de antecedentes realizados de manera previa a todo pronunciamiento definitivo que verifican de antemano el abandono y la falta de recursos mínimos esperables en un hospital monovalente.

Vistos los informes y antecedentes, el juzgado nombrado decide hacer lugar de manera parcial al amparo y reconocer las necesidades de las y los usuarios del servicio de salud mental. Se

1 Concepto generado por Goffman, E. en su obra *Internados*. Disponible en línea en <https://sociologiaycultura.files.wordpress.com/2014/02/goffmaninternados.pdf>

toma la situación habitacional, de salud y edilicia como prioridad y se decide por proceder al nombramiento, dentro del plantel efectivo del servicio del hospital, de personas capacitadas en oficios y profesiones tales como albañilería, enfermería y trabajo social, respectivamente, junto con ordenar las reparaciones inmediatas de salas enteras, puertas, cloacas, vidrios, etc.; también se nombran situaciones ajenas a ello pero igualmente preocupantes como lo son el significativo número de personas indocumentadas transitando el hospital como NN, personas que han sufrido el desarraigo y son internadas alejadas de sus lazos afectivos - con una falta de lo que se denominó en el fallo como un debido “flujograma de pacientes” (Gutiérrez G.M., 2010, p.2) y la falta de una sala especializada para internos/as con causas penales. A todo lo enumerado el juzgado de primera instancia le hace lugar e interpone plazos para su cumplimiento, sin embargo, existieron reclamos de otra índole que han optado por desestimar tales como “el aspecto alimenticio, medicamentoso, de higiene personal, carencia de ropas, confección y actualización de las respectivas Historias Clínicas, requerimiento de registro de pacientes...” (Gutiérrez G.M., 2010, p.4) que, desde la perspectiva de derechos humanos que se le brinda a este trabajo y con la que debe mirarse esta y todas las decisiones jurisprudenciales, resulta al menos cuestionable la resolución si se considera la trascendencia y urgencia de tales últimas cuestiones.

Atento a lo relatado, deviene necesario poner la problemática planteada en su contexto. En la Argentina es el año 2010 (año donde se dicta el fallo de segunda instancia en la causa a tratar) en el cual se sanciona la Ley Nacional de Salud Mental y Adicciones (LNSMA) N° 26.657. Ella implica un cambio trascendental en las políticas de salud pública, una nueva mirada de las instituciones psiquiátricas y de los y las usuarias de los servicios de salud mental; la ley lleva dentro de sus principios fundamentales el sostener de manera implícita la idea del manicomio como lugar que suele perjudicar el tratamiento de las y los internados traducido en una “modalidad de atención y cura caracterizada como violenta y represiva” (Sampayo, 2005, p.5).

Dentro de los objetivos principales que tiene la ley, el hecho de llevar la atención que se recibe en las instituciones psiquiátricas totales a un área de los hospitales generales destinada a tal efecto (y con ello proveer las condiciones médicas- socio culturales para una re significación de fondo respecto a las *patologías*², las instituciones y las personas con discapacidad mental o intelectual, etc.) es uno de los puntos más significativos; junto con la

2 Término que desde una visión comunitaria acerca de la salud mental se busca reemplazar y erradicar ya que implica el “Conjunto de síntomas de una enfermedad” (RAE.: <https://dle.rae.es/?id=SAIV5kB>. Consultado el 30 de marzo del 2019).

idea de remplazar la categoría peligrosidad por la de riesgo, brindarle la mayor autonomía posible al usuario/a para desenvolverse, tomar el consentimiento informado como figura protagonista en todas las internaciones e intentar por todos los medios dignificar las modalidades de atención.

Va de suyo entonces afirmar que la LNSMA es una verdadera norma en pos de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental /intelectual y es así como el panorama en rededor a los derechos ligados a la salud mental deben ser abordados desde esta nueva perspectiva vigente desde el año 2010 la cual propone mejorar la calidad de vida de las personas con padecimientos mentales y mejorar sus condiciones dentro de los establecimientos en los que no solo reciben su tratamiento sino también donde viven, con la posibilidad de transitar nuevos espacios y ampliar sus vínculos socio-afectivos buscando su reinserción a la comunidad y que el/la titular de derechos y principal responsable de este proceso sea quien lo vive y experimenta.

La nueva mirada sobre la atención en la salud resulta difícil imaginarla posible a sabiendas que el manicomio y la institucionalización se encuentran cargados de un contenido histórico de violencias, tratos deshumanizantes y condiciones de tratamiento paupérrimas en la República Argentina, contenido que persiste en la actualidad aun cuando la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ³ adopta un nuevo enfoque desde una perspectiva de derechos humanos y también aun con la mencionada LNSMA que implementa a lo largo de su articulado esta mirada.

Como asunto alarmante, es el propio Hospital Alejandro Korn (demandado en la causa Gutiérrez, Griselda M.) quien recibe denuncias repetidamente por hechos de violencias, abusos, torturas, destrato, falta de atención y abandonos, hambre, personas indocumentadas, condiciones de vida inhumanas con falta de lugares habitables y muertes anunciadas, dentro de sus instalaciones.

Las denuncias hacia el conocido como “Hospital de Romero” son graves y certeras; dentro de todas ellas y de los informes realizados por distintas organizaciones en defensa de los derechos humanos ⁴ se nombran casos particulares y es en el Informe de la Comisión Provincial por la Memoria (2018) donde se hace referencia particularmente a la causa que

3 De aquí en más referenciada con sus siglas en inglés CRPD; aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, ratificado por el Estado Argentino en el año 2008 mediante Ley 26.378.

4 Son principalmente el Movimiento por la Desmanicomialización en Romero, el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Comisión por la Memoria quienes llevan un seguimiento regular sobre la situación en ese espacio.

habrá de ser neurálgica en este trabajo. La CPM en dicho informe, luego de un breve relato de la denuncia, remarca que el hospital ha sido efectivamente interpelado en repetidas oportunidades y que en el caso “Gutiérrez G.M. y otra” es recién en la última instancia-SCJBA-donde se asumen las falencias y violaciones a derechos humanos. En esta etapa la Suprema Corte hace un resumen de la situación con la que se topa y observa que por cada sala se encuentran aproximadamente 45 personas y que cada una de ellas requiere de la función asistencial de profesionales encargados/as de su cuidado; sobre el estado edilicio se percibe la necesidad constante de efectuar reparaciones y de considerar la premura teniendo números como los que se tomaron al momento de realizar las inspecciones donde se contaron aproximadamente 861 pacientes crónicos/as (internados) y 271 pacientes internados/as con patologías.

Junto a ello es indispensable remarcar que, como establece Facio (2002), “con los lentes del género se ve otra justicia” y no sería correcto entonces dejar de lado o esquivar la pregunta de cuánto o cómo influye en estas denuncias el hecho de que sean mujeres las que padecen las condiciones de internación contrarias a derecho. En el fallo existe una falta clara de perspectiva de género y entre muchos otros componentes ello se debe a que las sentencias no suelen comúnmente incluir de manera automática tal mirada y no se hace un debido repaso del contexto y los sujetos a los que envuelven las problemáticas; en el informe del CELS, CPM y MDR que analiza la situación de las mujeres específicamente en el Hospital A. Korn se plantean interrogantes tales como “¿qué pasa con su sexualidad?, ¿con su cuerpo?, ¿con sus vínculos?, ¿dónde quedó el deseo entre los psicofármacos y la violencia?, ¿qué posibilidades de ser externadas tienen?, ¿el manicomio y las violaciones a los derechos humanos que se suceden producen un trauma específico en ellas?” (2017, p.3). Todas esas preguntas aquí quizás no resultan del todo pertinentes sin embargo es necesario rescatar el fondo de las mismas y comprender que a lo que se refieren es, ejemplificándolo desde el caso particular, que resulta necesaria la diferenciación entre Gutiérrez Griselda –por ejemplo- e internados varones y en que, aun en un asunto no del todo relacionado como son las condiciones edilicias, el impacto no es el mismo para hombres que para mujeres; con lo que en ese sentido debería quizás plantearse una distinción (discriminación positiva) en el análisis dentro de los fallos de las distintas instancias respecto a la situación particular de las mismas – sus cuerpos, sus voces, sus espacios y necesidades- con relación a los hechos denunciados. La perspectiva de género no contemplada en este fallo y su costosa aplicación automática en ámbitos de justicia son situaciones que se reflejan también en ámbitos legislativos como en la LNSMA;

existen por supuesto fallos y leyes que reflejan lo contrario y deben ser resaltados como lo es la reciente sanción de la conocida como “Ley Micaela”⁵ y la CRPD que en su texto es el tratado internacional con la mayor perspectiva de género y con un reconocimiento explícito de la situación de vulnerabilidad multiplicada por el hecho de ser mujer o niña con discapacidad.

El amparo como herramienta de lucha en pos de los derechos humanos y los entramados judiciales que lo rodean

Con una mirada al menos resumida del contexto y de lo que se pone en juego, para retomar el caso en particular resulta pertinente remarcar que luego de la decisión del juzgado de primera instancia que hace lugar de manera parcial al amparo, es Fiscalía de Estado quien recurre a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata acorde a lo permitido por el artículo 15 de la Ley Nacional Reglamentaria de la acción de amparo y el 16 de la Ley Bonaerense que avalan apelar desde un criterio limitado (por ejemplo cuando exista, como ocurre aquí, una sentencia definitiva) y acorde a lo cual esgrime Fiscalía como sus principales agravios la improcedencia de la vía elegida -al ir contra actos administrativos que no reflejan ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que ameriten su denuncia-, refiere así mismo a la improcedencia de nombrar mediante una sentencia judicial a la planta del servicio del hospital ya que eso se reserva únicamente a potestades de índole administrativa y hace un cuestionamiento respecto a los plazos de cumplimiento impuestos.

Ante lo recurrido, reunida la Cámara considera en primer lugar que el hecho de interponer la acción de amparo y optar por ella como vía judicial resultan decisiones pertinentes, dado que la índole de los derechos en juego requieren de tutela urgente y justifican el acceso a la justicia a través de la garantía elegida; por lo que, los entramados que rodean esta cuestión principal y surgen a lo largo del caso – como por ejemplo las pujas de potestades y el cuestionado rol del poder judicial -, no comprometen la validez del proceso ni implican desestimar por completo la intervención de la justicia en temas como tales.

En este sentido, cabe recordar cuáles son los requisitos fundamentales del amparo para contemplarlo como una herramienta posible en casos como el nombrado y no dar por sentado que el mismo puede interponerse siempre que exista simplemente un riesgo inminente a la vulneración de un derecho de carácter individual o colectivo. Ellos se encuentran plasmados

⁵ Ley 27.499 disponible en línea en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318666/norma.htm>

en las distintas normativas que lo contemplan; abarca en principio fundamentalmente lo dicho por la Ley Nacional 16.986 que reglamenta la figura desde el año 1966 y por el artículo 43 de la Constitución Nacional (CN) introducido en la reforma del año 1994, más allá que aún entre estas dos normas centrales existan diferencias.

Analizándolo desde el piso mínimo en donde se parte, es decir, desde la Constitución Nacional (las leyes nacionales, constituciones provinciales, etc que a su vez lo regulan deberán siempre ampliar su interpretación) es el primer párrafo del art. 43 de la misma el que nos será de utilidad en este caso al estar frente a un amparo individual dirigido de manera específica en favor de los usuarios/as del Hospital A. Korn, no así el segundo párrafo del artículo que se halla dirigido hacia un grupo indeterminado en el que actuaría un amparo colectivo.

Este escenario normativo prevé una figura que permite a toda persona (incluso a quien no se vea afectada de manera directa más tenga un interés específico en la acción y se considere lo suficientemente afectada, como parte legitimada dentro de las reglas exigidas por el sistema procesal argentino) la posibilidad de optar por una vía de acción rápida y expedita; un proceso urgente que, debido a ello, no permite resolución de excepciones previas contando a su vez con plazos que aunque no todos queden determinados de manera expresa se sabe que por ser una acción diferente a las demás, a causa de su premura, deben ser menores en comparación a todo el resto de los procesos conocidos dentro del Código Procesal Civil y Comercial y se renuevan – o no se aplica el vencimiento de los mismos- cuando las “conductas” que se deciden denunciar son continuadas en el tiempo o realizadas cada cierto período.

En el caso Gutiérrez G.M fue en el juzgado Civil y Comercial N 21 donde cuestiones como tales (legitimación, plazos, vía judicial pertinente)se revisaron mediante examen preliminar y culminaron por reconocer que dichos requisitos se encuentran presentes en la demanda; el juez en este caso que lo examina es el de primera instancia y afortunadamente tiene competencia en la materia y cercanía a donde ocurren los hechos que lesionan o amenazan derechos ya que -al menos en razón del ámbito territorial- es él quien se supone que “en mejores condiciones se halla para resolver el conflicto en razón de su proximidad con los elementos del proceso, además de satisfacer en mayor medida el principio de inmediación y se corresponde con la nota de celeridad” (Morello & Vallefin,1995, p.87). De todas formas, en razón del criterio amplio de la competencia en el sistema argentino, cualquier juzgado

unipersonal o tribunal se encuentra facultado para tratar el remedio sin muchos requisitos que impidan su tratamiento; lo importante es que el amparo funcione como acción rápida, expedita, sencilla y eficaz.

Los requisitos del amparo son abordados como cuestión de orden primordial y en primera instancia para evitar situaciones en las que, como se establece en Canda (2012, p.277) “si la causa tramitó en su totalidad por la vía del amparo rechazarla en la segunda instancia o en la instancia extraordinaria por considerar que el amparo no era la vía más idónea implica un dispendio jurisdiccional del que corresponde prescindir por constituir un exceso ritual que agravia la tutela judicial efectiva”. Es así como luego del tratamiento dado por el Juzgado Civil y Comercial la aceptación como vía idónea no fue discutida nuevamente, aún con los débiles intentos de las instituciones demandadas de poner en duda su pertinencia; tampoco por supuesto se impugnó la legitimación procesal de las accionantes ya que se aplican debidamente las normas respecto a la capacidad de hecho en la que, en este caso, tratándose los y las afectadas directas de personas con padecimientos mentales con dificultades de ejercer de manera efectiva su tutela judicial, lo hacen por medio de las representantes competentes⁶.

La oportunidad de ejercer el remedio se dará, como ocurre en este caso, siempre que no exista medio judicial más idóneo y cuando se resalte la necesidad de esta vía excepcional y directa; ello en la Constitución Nacional se establece de manera amplia y nada menciona de la improcedencia para ejercer el amparo cuando existan vías administrativas que lo precedan. Aunque ello lamentablemente sí se vea como un obstáculo en la praxis, como se expuso anteriormente es necesario remarcar que si el criterio amplio se encuentra plasmado en la propia Constitución pues entonces no debe utilizarse la Ley Nacional que prevé dicho impedimento⁷ para restringir sus oportunidades de aplicación (la Constitución, repetimos, es un piso mínimo y por algo es que en Argentina existe un “sistema jurídico escalonado”), en cambio, sí podría tomarse como impedimento para el ejercicio del mismo los casos en los que lo que se discute y se toma como acción manifiestamente ilegal o arbitraria resulta opinable, discutible o requiere de demasiadas pruebas.

En el caso, su objetivo final no es –ni sería admitido que lo fuera de ir por la acción rápida y expedita elegida- interponer una medida cautelar ni pretensiones meramente declarativas,

6 Art. 5 Ley 16.986.

7 Art. 2 inc. a de la Ley 16986 establece que tampoco se admitirá acción de amparo cuando existan recursos o remedios administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate.

patrimoniales o poco claras. Dicha finalidad es específicamente impedir o remediar todo acto u omisión de autoridades públicas (incluidos los/las particulares por art. 43 de la CN) que en forma actual o inminente lesione, restrinja altere o amenace derechos reconocidos en la Carta Magna o en los tratados internacionales y las leyes – estas dos últimas variantes nombradas solo en la Constitución, no en la ley 16986, pero se toman en 1994 y se debe relacionar a que “inconstitucionalidad e ilegalidad son, pues, dos calidades compatibles aunque diferenciadas y de diversa jerarquía y perfil” (Morello & Vallefin, 1995, p. 29)-.

Lo que ello implica es que ese acto (en sentido genérico) que debe cesar no tenga como consecuencia un daño irreparable en los derechos fundamentales de las personas; en el caso particular está claro que el acto - emanado desde autoridades públicas provinciales como el Hospital A. Korn y los Ministerios demandados – implica en verdad una omisión por su parte en cumplir con sus obligaciones y hacer del psiquiátrico un espacio relativamente habitable para todos/as. Ello se permite exigirlo mediante esta vía no solo por la urgencia y los requisitos nombrados anteriormente sino porque también todos los poderes estatales (con específica aclaración respecto al poder judicial, artículo 2 inc. b de la Ley 16.986) son susceptibles de recibir reclamos por esta vía y más en este caso donde usuarios y usuarias de un servicio público no obtienen las cuestiones ni las condiciones mínimas para sentirse a salvo en su vida diaria, ni se ve reflejado en su día a día las promesas, obligaciones y presupuesto que debería de invertirse para asegurarles condiciones dignas de habitabilidad.

La violación a derechos es actual, la Cámara lo enuncia por considerar que se incumplen obligaciones impostergables relacionadas a normas tales como los arts. 11, 20 inc. 2° y 36 incs. 5° y 8° de la Constitución Provincial y arts. 43, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional. Continúa la segunda instancia asegurando en el caso que acorde a los hechos ocurridos y lo corroborado por el a quo se considera satisfecha la tutela jurisdiccional efectiva a sabiendas que cumplen los requisitos procesales y que los derechos involucrados son suficientes.

Existe aquí una lesión que cesaría con la efectiva implementación de lo que se debe brindar como servicio público y más cuando el tiempo corre y los/las usuarios/as conviven con esta necesidad (el tiempo es una cuestión esencial para determinar la procedencia de la vía). La omisión sencilla o estructural, sucesiva y sistemática, puede perjudicar derechos constitucionalmente reconocidos y resulta interesante pensar por qué, si aun en la Constitución se permite el acceso al amparo cuando exista una amenaza, se llega hasta estos

puntos donde las personas viven en condiciones infrahumanas e insalubres para tomar la decisión o el impulso de reclamar; por qué la justicia siempre actúa en estos casos al menos a modo reparador y no preventivo.

Lo significativo y merecedor de mención es entonces que la figura del amparo se vea contemplada en el ordenamiento jurídico. Su primer manifestación fue pretoriana y se vio como forma novedosa de defender las libertades constitucionales, se sancionan los fallos Siri (1957, en defensa de los derechos ante acciones/omisiones estatales) y Kot (1959, en defensa en este caso frente a acciones/omisiones de particulares), luego tras la dificultad de evadir “nuestros hábitos latinos” (Morello & Vallefin, 1995, p. 13) en 1966 todo condujo a reglamentar la figura a través de la Ley Nacional 16.986 y leyes provinciales que surgieron en torno a ello y , por último, termina todo el proceso con la sanción del artículo 43 de la Constitución Nacional de 1994. Frecuentemente se la confunde con un recurso cuando en verdad implica un remedio donde acudir al órgano judicial debe significar la persecución de una consecuencia jurídica y que actúe como garantía para brindarle a la persona un medio efectivo en defensa de sus derechos mediante un proceso típico – más allá de sus tiempos breves- en el que se contraponen y se aplica el principio de contradicción a uno o más responsables, que deberán responder – de ser autoridades públicas- no mediante lo conocido como contestación de la demanda sino mediante la novedosa aplicación de un informe circunstanciado⁸.

A sabiendas de las bases y elementos fundamentales del amparo, ante la coyuntura planteada, más allá del reconocimiento de la necesaria tutela efectiva de los derechos de Gutiérrez y el colectivo de personas internadas en ese hospital, en la Cámara se decide por sostener lo dicho en primera instancia pero desestima lo impuesto allí respecto al orden de designación del personal de mantenimiento para el A. Korn y se afirma que dicha revocación de lo sancionado “en nada compromete la coherencia interna de los elementos que integran la decisión de grado” (Gutiérrez G.M., 2010, p.6). Nombrar personal, según la Cámara, implica desconocer la potestad de nombramiento del Poder Ejecutivo atinente a los empleados públicos lo que llevaría a la intromisión del poder judicial en dicha esfera si fuera a ejecutarse lo propuesto por el Juzgado Civil y Comercial N° 21.

Es por ello que ante la resolución de Cámara, que contiene todo lo requerido para fallar respecto al amparo y los elementos que debe tener la sentencia acorde al artículo 12 de la Ley 16.986 y artículo 14 de la Ley bonaerense (Ley 13.928), se resuelve sostener lo dicho por

8 Art. 8 Ley 16.986.

primera instancia en lo sustancial – rechazando el recurso de apelación- salvo los apartados en los que nombra personal del hospital; las demandantes, disconformes con esto último, recurren en consecuencia a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) mediante la interposición de recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, concedido por la Cámara.

Para llegar a las esferas de la Suprema Corte la parte actora hace el reclamo fundándose en la violación o errónea aplicación de la Carta Magna (arts. 16,17,19,33,41,43 y 75 inc. 22), el Código Civil⁹, las leyes 22.431, 24.901 y 23.592 ¹⁰y artículos de la Constitución Provincial; también de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros y con ello es que sostienen el argumento de considerar que se jerarquizaron y aplicaron normas acerca del nombramiento de personal administrativo, de rango inferior, por sobre el ordenamiento internacional nombrado.

La facultad discrecional de la administración para nombrar y disponer del personal ha sido arduamente defendida por los magistrados de segunda instancia, sin embargo, debe tomarse distancia de dicha facultad establecida y entrelazarla con las situaciones fácticas y el contexto nombrado anteriormente en este trabajo; es así como corresponde reconocer que dicha potestad de la administración no está exenta del control judicial menos aun si con ella se evita que la actitud discrecional afecte derechos fundamentales de manera arbitraria. Todo ello acompañado con pruebas de la situación de extrema necesidad dentro del hospital es por lo que las accionantes sostienen que se “aplicó erróneamente la ley al darle mayor importancia normativa a reglas programáticas vinculadas con las potestades del poder administrador, que a los derechos fundamentales de las personas involucradas” (Gutiérrez G.M., 2015, p.2).

Llegado el momento de dictar sentencia, la Suprema Corte coincide en que efectivamente se aplicó la ley de manera errónea; no es posible brindarle mayor jerarquía a una norma de organización administrativa “como es la atribución de nombrar a los empleados públicos (arts. 52 y 144, Const. prov.), por sobre aquellas que reconocen la operatividad de los derechos sociales fundamentales” (Gutiérrez G.M., 2015, pp.. 6 -7).

El 15 de julio del año 2015 se dicta sentencia definitiva en la que el voto del juez Juan Carlos Hitters permite echar luz sobre el tema y remarca, en primer término, el rol fundamental que toma en este caso la CRPD con jerarquía constitucional en nuestra República (art 75 inc 22)

9 En uso en ese entonces, previo a la reforma que lo denominará Código Civil y Comercial.

10 Leyes que protegen a las personas con discapacidad y luchan contra la discriminación.

dado que impulsa un tratamiento inclusivo de las personas con discapacidad y sus diversas circunstancias lo que puede verse reflejado ya desde su preámbulo con el reconocimiento de "la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación, y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"¹¹

Lo plasmado en la CRPD lleva consigo obligaciones y responsabilidad estatal incluyendo todas las modificaciones de índole administrativas, legislativas y/o judiciales que sean necesarias para una efectiva aplicación de la misma y evitar actos o proclamas contrarias a ella.

La firma de convenciones internacionales y sus adhesiones/ratificaciones por los Estados asumen compromisos internacionales que los jueces locales y los comités y cortes internacionales juzgan de no ser cumplidos. La inaplicabilidad de la ley entonces en este caso, no solo incluiría normas locales de diversas jerarquías sino que también incluye mediante el control de convencionalidad las normas internacionales y reconoce en los tiempos que corren su importancia (se nombra en la sentencia, por ejemplo, el artículo. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que versa sobre la preponderancia y jerarquía de ciertos tratados, su jurisprudencia y el *ius cogens* respecto a leyes locales). En el caso particular, el juez Hitters trae los artículos 25 (sobre el acceso a las prestaciones de salud y factores que lo facilitar) y 26 (sobre la habilitación y rehabilitación, principalmente con servicios y programas en pos del empleo, la educación y la integración) de la CRPD como estandartes que demuestran la importancia de lo planteado por las recurrentes y que involucra al Estado como responsable en "organizar, intensificar y ampliar los servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación" (Gutiérrez G.M., 2015, p. 8).

En función de lo expresado, en la sentencia se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de la ley y se revoca lo resuelto por Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo. Algunos de los puntos principales del dictamen, sosteniendo en gran parte lo dicho por primera instancia, que condena a los organismos demandados son:

- Ordenar a la Provincia de Buenos Aires a que, en el plazo de sesenta (60) días, "elabore y presente ante el juez de primera instancia un plan de refuerzo de la planta de personal de enfermería del Hospital Interzonal Especializado en psiquiatría, que garantice la disponibilidad efectiva de un enfermero por cama, con cobertura adecuada en los turnos

11 CRPD, Preámbulo inc. V.

correspondientes, en una cantidad que, en todo caso, no ha de ser menor a la de 130 enfermeros y, a la vez, en su programación contemple las medidas de externación que el Ministerio de Salud haya previsto y aprobado en el contexto de la aplicación de las leyes nacional 26.657 (v. arts. 9, 11, 14, 15, 20 y concs.)” (Gutiérrez G.M., 2015, p. 18).

- Ordenar a la Provincia que presente en el mismo plazo y ante el mismo juez un “plan integral de mantenimiento y mejora del edificio, infraestructuras de servicios e instalaciones del Hospital por el mecanismo de contratación o asignación de personal que estime más adecuado a las circunstancias para el eficiente logro de dicho cometido” (Gutiérrez G.M., 2015, p. 18).

- Presentar ante el mismo magistrado en el plazo de 30 días una propuesta que permita solucionar las falencias destacadas respecto a las funciones en materia de trabajo social y terapia ocupacional “según la modalidad de atención que estime más adecuada a las circunstancias para el eficiente logro de dicho cometido” (Gutiérrez G.M., 2015, p. 19).

“Todas las propuestas deberán concretarse totalmente en un plazo no mayor a un (1) año de quedar firme la presente” (Gutiérrez G.M., 2015, p. 19).

La discusión principal en la Suprema Corte planteada por Fiscalía de Estado en torno a las potestades judiciales y su debida o indebida intromisión a ámbitos de la administración no debe, en principio -y como se vio reflejado en la decisión judicial del tribunal final- modificar lo que vendría a ser el fin último de la demanda y la necesidad urgente de reclamar por el derecho a la salud. Esta “barrera” que intenta ser instalada desde ámbitos de la administración demandados y responsables resulta un impedimento habitual que suelen interponer como defensa¹² y que carece de sentido cuando se considera no solo la normativa y jurisprudencia en la temática sino también y principalmente, el derecho a la salud como extensión y parte del derecho a la vida con su amplia interpretación brindada por las convenciones internacionales que maximizan su alcance; ello de ser conjugado con el fuerte y creciente “activismo judicial” (Abramovich & Pautassi, 2008) que pretende garantizar y ampliar los medios en defensa del derecho a la salud y un mayor uso de los/las interesados/as del sistema de justicia para estos casos (en este caso a modo de fiscalización de las políticas públicas aun considerando que las dificultades atravesadas suelen deberse en cierta parte a dificultades en la planificación y la

12 Situación similar ha ocurrido por ejemplo en el caso S.A.F. y otros c/ Estado Nacional y otros (2015): Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, sentencia del 12-12-2015 (Amparo ley 16.986)

distribución de recursos – presupuesto-) pueden colaborar con el fin último de garantizar un piso mínimo de salud para todos/as.

Ante ello, la preponderancia del derecho a la salud no permite llegar a la conveniente idea – para ciertos sectores- de creer que se está haciendo un juicio de valor sobre cierta política pública, la intervención del poder judicial en estos casos se interpreta de manera innegable como resguardo, protección y reconocimiento de los derechos de personas afectadas por actos u omisiones del poder público. La determinación del poder judicial no es una facultad discrecional sino que debe ser una determinación congruente específica y lo menos “invasiva” posible a las fronteras del poder administrativo pero que sí les permita ejercer sus facultades brindadas en su calidad de magistrados/as de manera en que puedan aplicarlo y adaptarlo a las necesidades concretas de cada caso.

Votos como el del Dr. de Santis en Cámara de Apelaciones respecto a la causa tratada donde considera que “La jurisdicción limita sus cometidos al control de legalidad, cuando su quiebre impacte en un espacio de interés individual susceptible de protección jurídica, pero no alcanza al general de seguimiento de la eficacia de la gestión” (Gutiérrez G.M., 2010, p. 9) por lo cual considera que lo coherente sería hacer lugar al recurso de apelación y revocar el amparo con lo fallado en primera instancia, traduce una visión contraria a lo que se viene generando desde un movimiento en pos de los derechos humanos. Como lo establecen pertinentemente Abramovich y Pautassi “El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental de base constitucional es un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional, habilitando así, por ejemplo, la posibilidad de interponer acciones de amparo...” (2008, p. 275) para permitir también inmiscuirse en políticas públicas exigiendo mediante acciones judiciales las prestaciones mínimas e indispensables para usuarios y usuarias.

Pensar el amparo como garantía constitucional es un paso fundamental en casos como el trabajado y ello se ve respaldado por el corpus constitucional y de convenciones internacionales nombradas que lo aseguran.

Algunas reflexiones

Con la oportunidad que brinda este trabajo de abordar temáticas afines a las investigaciones de cada estudiante, resulta interesante plantear en este caso la posibilidad de visibilizar las

violaciones a derechos humanos que ocurren dentro de las instituciones psiquiátricas; más interesante aun sería ligarlo a pensar en el amparo como herramienta y estrategia jurídica en pos de garantizar el reconocimiento de los derechos fundamentales de manera rápida y efectiva. También permite repensar el difícil acceso a la justicia de personas internadas, catalogadas como incapacitadas y tomar a esta vía judicial como un remedio idóneo para la gran cantidad de casos en que se vulneran derechos de manera grave e incesante y donde las resoluciones judiciales son escasas.

La causa “Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c/ hospital Interzonal Alejandro Korn y otro S/ amparo” da cuenta no solo de la situación en el hospital psiquiátrico y de la importancia del amparo sino que también funciona como antecedente inmediato de causas encabezadas por el CELS que denuncian a la misma institución por violaciones a derechos afines.

El acceso a la justicia de personas en situaciones de vulnerabilidad más aun en temas relacionados con el derecho a la salud resulta interesante tomarlo como un asunto que debe ser tratado por todas las esferas estatales y también en el ámbito internacional, por lo que debe ser motivo de celebración el actual tratamiento de la problemática por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la audiencia brindada a las organizaciones peticionarias el 19 de febrero del 2019 en la que por primera vez se llega a ese ámbito regional gracias a un gran apoyo de todas las instituciones, asociaciones, ongs, etc.¹³

Lo colectivo en asuntos como tales resulta fundamental, si el fallo Gutiérrez sirvió como incentivo para otras presentaciones similares entonces no hay que perder de vista que los objetivos finales a alcanzar son comunes y que el amparo colectivo muchas veces puede ampliar el rango de beneficiados/as y luchar de manera conjunta y consolidada ante los poderes hegemónicos que se traducen en este caso en el patriarcado, la psiquiatría, la institución total, entre otros y puede, mediante un litigio estratégico, reunir un grupo de personas con intereses variados pero unidos en pos de la igualdad, la dignidad y los derechos humanos. Pensar ello ligado a la actual figura del usuario/a incorporada con la ya mencionada LNSMA que propone como remarca Agrest (2011) no solo un cambio terminológico sino también el surgimiento de una nueva herramienta para asegurarles y brindarles una mayor participación en la mesa de deliberaciones a los y las internadas - ya sea en lo pertinente a su

13 Disponible en línea

<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2019/02/SolicitudaudienciaCIDHsaludmental.dic2018.pdf> y <https://www.redsaludmental.org.ar/2019/02/video-de-la-audiencia-ante-la-cidh/>.

esfera individual como en la decisión de cambios de rumbo generales- serían dos grandes puntos de inflexión.

En consonancia, la sentencia a la que se hace referencia a lo largo del texto iniciada mediante acción de amparo logra visibilizar la situación de usuarios/as que sufren discriminación por ser personas con discapacidad y a quienes, siendo sujetos de derecho con la potestad de decidir sobre su vida, sus voces son acalladas por las instituciones y el propio Estado.

Las barreras con las que se encuentran, tanto dentro como fuera de la institución, son constitutivas para definir a una persona como persona con discapacidad y ellas subsisten gracias a un conjunto de factores sociales, económicos y culturales –entre otros- arraigados a la política de salud mental lo cual genera una constante lucha para revertirlo y comenzar a aplicar las nuevas prácticas reconocidas en los derechos y paradigmas actuales.

Para culminar, en este momento el caso abordado se encuentra en etapa de ejecución según lo afirmado por el informe de la CPM (2018, p. 458); lo dicho por el entonces director del nosocomio afirma que los planes de mejoras ya estaban en miras de las autoridades previo a la sentencia de SCJBA (El Día, 2015) pero, en principio, no existen mejoras significativas desde ese entonces hasta aquí.

Lo fundamental es entonces el resignificar al amparo como figura trascendental para casos como tales y reconocer el desafío y la importancia que implica articular la “efectiva primacía institucional al amparo” (Morello & Vallefin, 1995, p.198) con el acceso a la justicia de las personas en situaciones vulnerables para lograr el reconocimiento de sus derechos mediante una sentencia firme.

Referencias bibliográficas

Abramovich, V. y Pautassi, L. (2008, 5 de diciembre). El derecho a la salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud Colectiva*, IV (3), 261-282. Recuperado de: <http://revistas.unla.edu.ar/saludcolectiva/article/view/345>. Consultado el 30 de julio del 2019.

Agrest, M. (2011, enero). La participación de los usuarios en los servicios de Salud Mental. *Vertex*, XXII, 409-418. Recuperado de: https://www.academia.edu/1626602/La_participaci%C3%B3n_de_los_usuarios_en_los_servicios_de_Salud_Mental. Consultado el 30 de julio del 2019

Apuran reformas en el hospital Alejandro Korn. (28 de julio del 2015). *Diario El Día*. Recuperado de: <https://www.eldia.com/nota/2015-7-28-apuran-reformas-en-el-hospital-alejandro-korn>. Consultado el 19 de mayo del 2019.

Canda, F.O. (2012). Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. En M.A. Bruno dos Santos. (Dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo* (pp. 271-281). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Comisión Por la Memoria (CPM) y Movimiento por la Desmanicomialización en Romero (MDR). (2017, noviembre). “La situación de las mujeres en el hospital psiquiátrico Dr. Alejandro Korn “Melchor Romero””. *CELS*. Recuperado de: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/11/2017-Mujeres-en-Melchor-Romero.pdf>. Consultado el 30 de mayo del 2019.

Comisión Provincial por la Memoria (CPM). (2018, agosto). Políticas de salud mental. En *Informe anual 2018. El sistema de la crueldad XII* (pp. 447-529). Recuperado de: http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe_2018.pdf. Consultado el 19 de mayo del 2019.

Constitución de la Nación Argentina (1994). Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Consultado el 19 de mayo del 2019.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). Recuperado de: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. Consultado el 19 de mayo del 2019

Facio, A. (2002, julio). Con los lentes del género se ve otra justicia. *El otro derecho* (28), 85-102. Ilsa, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475f0864.pdf>. Consultado el 30 de julio del 2019.

Gutiérrez, Griselda Margarita y otra contra Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro sobre Amparo (2010), Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata el 24 de septiembre del 2010. Recuperado de: <http://www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/ContenciosoEsp17/10987.doc> . Consultado el 18 de mayo del 2019.

Gutiérrez, Griselda Margarita y otra contra Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro sobre Amparo (2015), Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 15 de julio del 2015. Recuperado de: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=126348>. Consultado el 18 de mayo del 2019.

Ley N° 13.928 (2009). Recuperado de: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13928.html>. Consultado el 19 de mayo del 2019.

Ley Reglamentaria N° 16.986 (1966). *Acción de amparo*. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>. Consultado el 19 de mayo del 2019.

Morello, A.M. y Vallefin, C.A (1995). *El amparo, régimen procesal*. Segunda Edición. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L.

Sampayo, A. del R. (2005). *La desmanicomialización como práctica contrahegemónica en el abordaje de la salud mental* (Tesis de grado). Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Recuperado de: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.677/te.677.pdf>. Consultado el 18 de mayo del 2019.