

Causa nº 20384-00/CC/2010, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ hábeas corpus - apelación” – Sala II – (7)

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 21 días del mes de diciembre de 2010, siendo las 13:00 horas, se reúnen en acuerdo los Jueces integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, el Dr. Pablo Bacigalupo, la Dra. Marcela De Langhe y el Dr. Fernando Bosch, para resolver en las presentes actuaciones.

Y VISTOS:

Motiva la intervención de este tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 4687, contra los puntos 1, 2, 3 y 4 de la resolución de fs. 4486/4520vta., a través de los cuales el Juez de grado dispuso:

1) HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO Y COLECTIVO promovida por el Asesor Tutelar Dr. Carlos Bigalli;

2) DECLARAR LA ILEGALIDAD del **MEMORANDUM** nº **880765-DGASM-2010**, Instructivo sobre Procedimiento a seguir en los casos de Externación de Niños, Niñas y Adolescentes internados, de fecha 12 de agosto de 2010, emitido por el Dr. Juan Alberto Garralda, a cargo de la Dirección General de Salud Mental, del Ministerio de Salud del GCBA, y **EXPLICITAR** que también resultaría ilegal que una Comisión Interdisciplinaria, Intersectorial e Interministerial –integrada por el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Dirección General de Niñez y Dirección General de Salud Mental–, de futura creación, según se anunciara, en la nota del Dr. Garralda del 3 de agosto de 2010, revise los diagnósticos de alta médica de los equipos tratantes y opine sobre las características que deberían reunir los dispositivos de derivación;

3) DECLARAR que la **PRÁCTICA de MANTENER INTERNADOS** a los **NIÑOS/AS y ADOLESCENTES**, en los nosocomios locales “Hospital Infanto Juvenil Dra. Carolina Tobar García” y “Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear”, después de que el equipo profesional tratante hubiere decidido su alta médica y el juez que controlara la internación hubiere resuelto el cese de la internación, por falta de provisión del recurso necesario, es decir, de aquél que hubiere sido señalado, por el equipo profesional tratante como adecuado para la continuación del tratamiento de su salud mental en forma ambulatoria y para la reinserción social del menor, resulta **MANIFIESTAMENTE ILEGÍTIMA**;

4) DISPONER la **PROSCRIPCIÓN** de la **PRÁCTICA** indicada en el dispositivo precedente, por dar lugar, a situaciones constitutivas de privaciones ilegítimas de la libertad y **ORDENAR** en razón de ello, al **JEFE de GOBIERNO** de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ingeniero Mauricio Macri, que disponga lo necesario, para hacerla cesar de inmediato.

I.

En lo atinente a los fundamentos de su recurso, el apoderado de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante, PGCABA– desarrolla una pluralidad de agravios –ver fs. 4701/4709vta.–. Resumidamente, expone lo siguiente:

a) A diferencia de lo afirmado por el Juez de primera instancia, el comportamiento denunciado por la Asesoría Tutelar de ninguna forma constituye una práctica sistemática ejecutada por algunas dependencias de la administración del Estado local, consistente en la privación ilegítima de la libertad de determinados menores de edad, que se encontraban internados en los nosocomios “Hospital Infanto Juvenil Dra. Carolina Tobar García” y “Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear”.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el *hábeas corpus* correctivo o reparador fue declarado abstracto por el *a quo* toda vez que la administración practicó las externaciones requeridas. Asimismo, destaca que los casos denunciados constituyeron supuestos excepcionales, debido a la gravedad y complejidad de la situación en la que se encontraban los jóvenes.

b) Resulta erróneo afirmar que los menores ingresaron a los establecimientos médicos en forma involuntaria. En efecto, si bien es cierto que al ser incapaces de hecho nunca podrían haber sido alojados por su propia voluntad, no puede obviarse que tal circunstancia fue suplida por la actividad de un órgano jurisdiccional (conforme lo regulado por el art. 482 del Código Civil), y que tal extremo conduce a descartar una hipotética falta de voluntad para la práctica de la internación.

Agrega que como cada uno de ellos está bajo la órbita de la justicia nacional en lo civil resulta improcedente aseverar que una *internación psiquiátrica* legalmente estipulada configure un caso de *privación ilegal de la libertad*. A ello se suma que la mentada norma civil clasifica estos casos como *internaciones*. Al respecto, remite a los considerandos del precedente “Tufano” de la CSJN. Por último, manifiesta que la ley local 448 no emplea el término *privación de la libertad*, sino la expresión *internación*.

c) Añade que no se encuentran configuradas las condiciones que tornan viable la acción de *hábeas corpus* preventivo.

Así, reitera que no existe un procedimiento llevado a cabo por dependencias administrativas del Estado local tendente a privar de la libertad a los menores internados en los nosocomios en cuestión. Por el contrario, la labor pública consiste en insertarlos en el dispositivo adecuado a sus necesidades, una vez otorgada el alta médica y mediando la autorización judicial pertinente, tal como ocurrió en todos los casos de este expediente.

Además, la alternativa propuesta por el Juez de primera instancia, que consiste en que el dispositivo de externación se determine con *precedencia* al dictado del alta médica como consecuencia de la compensación psiquiátrica del paciente, resulta reduccionista y simplista. A su criterio, aquéllo está sujeto a la complejidad del caso examinado –es decir, a las características de la patología del internado–, y debe ser elaborada siguiendo parámetros médico-sanitarios. Por tal motivo, es desacertado definir *a priori* y genéricamente la estructura de externación.

Por otro lado, el *hábeas corpus* preventivo requiere que la amenaza a la libertad sea cierta, pero no conjetural o presuntiva. A su entender ese extremo no fue acreditado en este expediente. En efecto, las externaciones se ejecutaron y nada indica que el accionar estatal será distinto al que se practicó hasta este momento –es decir, que se reduzca la duración temporal del proceso de externación–.

En consecuencia, la acción perseguida por el representante tutelar es meramente declarativa y ajena a la naturaleza del *hábeas corpus*.

d) Sostiene que no se respetaron las formas, los tiempos ni los plazos previstos para la tramitación del *hábeas corpus* de conformidad con lo prescripto por ley nacional 23.098. A ello se suma que según la jurisprudencia de la CSJN no pueden ser sustituidos los jueces propios de la causa, extremo que no fue respetado por el Juez de primera instancia.

e) Afirma que el Juez de grado se arrogó facultades propias del Poder Ejecutivo local al declarar la ilegalidad del Memorandum nº 880765-DGASM-2010 y de la Comisión Interdisciplinaria, Intersectorial e Interministerial.

f) Por último, se agravia porque el Magistrado omitió tratar la normativa nacional aplicable al caso, extremo que puede conducir a que la justicia local invada cuestiones que son competencia exclusiva de la justicia nacional.

II.

En la audiencia realizada el 1 de diciembre del año en curso se expresaron las consideraciones que constan en el acta de fs. 4725/4733vta., a cuyo contenido nos remitimos a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

III.

En consecuencia, cumplidos los pasos pertinentes, se encuentran los autos en condiciones de ser resueltos.

Y CONSIDERANDO:

Para brindar un adecuado desarrollo argumental trataremos en primer término el planteo formulado por el Fiscal de Cámara en la audiencia celebrada ante esta Alzada.

Luego, nos ocuparemos de los agravios del apelante, dividiendo la exposición en cuatro acápites diferentes, distinguiendo en cada uno de ellos una temática en particular y esquematizando simultáneamente las posiciones del recurrente.

De esta forma, en el primer apartado nos detendremos en el instituto del *hábeas corpus* y las formalidades a las que debe sujetarse. En el siguiente, se analizará el objeto tutelado por el *hábeas corpus* preventivo. A continuación, estudiaremos la procedencia de la acción deducida por el Ministerio Público Tutelar. Por último, nos expediremos sobre los alcances de la resolución y la labor encomendada a las autoridades públicas.

I.

a)

El representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Alzada efectuó una serie de planteos en la audiencia celebrada el pasado 1 de diciembre –ver acta a fs. 4725/4733vta.–. Debe destacarse que prácticamente para todos los intervinientes la exposición desarrollada resultó confusa y desordenada –ver al respecto el acta de fs. 4725/4733vta. y el desarrollo de la audiencia registrada en formato DVD–. Empero, no sin esfuerzo, esta Sala pudo distinguir las peticiones del acusador público, razón por la cual las mismas serán expuestas seguidamente.

En primer lugar, refirió que resultaba ser autoridad requerida y que se limitaría a efectuar el control de legalidad del proceso estudiado. De esta manera, citando un dictamen del Fiscal General Adjunto de la CABA y jurisprudencia del TSJ, manifestó que la justicia en lo penal, contravencional y de faltas de la CABA carecía de jurisdicción para intervenir en la presente acción, debido a que la misma no constituía un *hábeas corpus*. Así, como el conjunto de las actuaciones tramitó bajo ese supuesto, todo lo actuado resultaba nulo. Al respecto, hizo saber que con motivo de ello el expediente no se ajustó a lo regulado expresamente por la ley 23.098.

En segundo término, afirmó que en la presente acción debería intervenir la justicia nacional en lo civil, en virtud de lo regulado por los arts. 35, 36 y 38 de la ley 448.

No obstante, con relación al Memorandum nº 880765-DGASM-2010, sostuvo que sólo puede ser impugnado a través de un amparo ante el fuero contencioso, administrativo y tributario de la CABA. Por tal motivo, requirió que se recalifique la acción deducida y se dicte una medida cautelar de no innovar con relación al mentado documento.

En último lugar, peticionó que se extrajeran testimonios para su posterior remisión a la justicia nacional en lo correccional, a los fines de que se investigue la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

b)

Sentado lo anterior, debe adelantarse que los planteos del Fiscal de Cámara serán rechazados porque fueron formulados una vez precluida la oportunidad procesal para introducirlos.

En principio, y sin pretender adentrarnos en la política interna del Ministerio Público Fiscal, llama la atención que lo dictaminado por el Fiscal de Cámara resulte diametralmente opuesto a lo actuado durante meses por el Fiscal de primera instancia a lo largo de todo el proceso. En tal sentido, puede apreciarse que la pretensión de aquél consiste en que se trate en este momento cuestiones que no agravaron al Agente Fiscal, y que en definitiva se traducen en argumentos contrarios al interés de la parte accionante.

Ahora bien, en este punto el marco normativo aplicable es sumamente claro. Así, el art. 19 de la ley 23.098 prevé el recurso de apelación contra la resolución que dicta el Juez y el recurso de queja ante la apelación denegada; el art. 20 de esa ley prescribe el procedimiento de apelación ante

la Alzada; y, finalmente, el art. 21 de dicha norma regula la intervención del Ministerio Público Fiscal en el procedimiento de *hábeas corpus*.

Como puede apreciarse, la acusación pública no hizo uso de la alternativa procesal prevista para subsanar las supuestas irregularidades que afectaron la tramitación de la causa –esto es, la apelación, y la eventual queja ante el rechazo del recurso por el Juez de primera instancia–. En consecuencia, precluyó la posibilidad para analizar lo planteado por el Fiscal de Cámara.

Esta interpretación coincide incluso con lo afirmado por su superior jerárquico en la resolución FG n° 407/2010 en la que, cuestionando el comportamiento asumido por el Fiscal de Cámara en punto a su intervención en este proceso, sostuvo que, como consecuencia de los criterios dispares entre los fiscales intervinientes, para ese Ministerio había “vencido el término del emplazamiento que establece el art. 20 de la ley 23.098”.

En virtud de todo lo expuesto, corresponde rechazar los planteos de incompetencia y de nulidad, y el dictado de la medida de no innovar, pretendidos por el acusador público ante esta Alzada.

II.

§ 1. Las formalidades de la acción de *hábeas corpus* colectivo y el estándar de admisibilidad determinado por la jurisprudencia de la CSJN

a)

Esta cuestión debe ser estudiada en primer lugar, debido a que los agravios del apelante tienden a censurar la procedencia formal del instituto utilizado por el representante tutelar para formular su pretensión ante la jurisdicción.

La lectura efectuada por el letrado de la PGCABA se restringe a la regulación del procedimiento del *hábeas corpus* contenida en la ley 23.098. De allí sus referencias a que en la tramitación de este expediente no se respetaron las formas, los tiempos o los plazos contemplados por esa norma.

Empero, consideramos que esa posición es limitada e incorrecta.

En primer término, debe destacarse que el Asesor Tutelar planteó la acción de *hábeas corpus* preventivo y reparador con fundamento no sólo en normativa infraconstitucional, sino también en los arts. 18, 43 y concordantes de la Constitución Nacional –en adelante, CN–. Además, en los arts. 7.6 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante, CADH–, y en el art. 15 y concordantes de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante, CCABA–, y el Juez de grado resolvió –incluso– en un marco constitucional de mayor amplitud –ver fs. 53/55 y fs. 4486/4520vta.–.

Por tal motivo nos encontramos ante una configuración normativa que excede la regulación de la ley 23.098 y que exige llevar a cabo una lectura constitucional del reclamo del representante tutelar.

Así, cuando el apelante manifiesta que la resolución adoptada por el *a quo* se traduce en un desconocimiento de la necesaria intervención de los jueces propios de la causa, estamos frente a una interpretación que, atento a las

particularidades del caso planteado, no se condice con el derecho a promover acciones en forma colectiva reconocido en el art. 43, párrafo segundo, de la CN.

b)

Particularmente, la CSJN analizó esta cuestión en el caso “Verbitsky, Horacio” (Fallos 328:1146, rta.: 03/05/2005) y posteriormente precisó su alcance en el precedente “Halabi, Ernesto” (Fallos 332:111, rta.: 24/02/2009).

La CN no menciona expresamente el *hábeas corpus* como instrumento deducible en forma colectiva, pero es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos previstos en el art. 43, párrafo segundo, de ese cuerpo normativo, con igual o mayor razón se otorgan las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela, sino para privilegiarla y robustecerla (CSJN, “Verbitsky, Horacio”, considerandos 15 y 16).

Así, la defensa de los derechos de incidencia colectiva –en atención a la calidad que poseen y a la condición de los sujetos afectados–, puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por la CSJN en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (CSJN, “Verbitsky, Horacio”, considerando 17).

Para esta Sala, este primer lineamiento pretoriano fue profundizado con posterioridad, planteándose una serie de parámetros al respecto (con relación a esta interpretación progresiva, ver los siguientes textos: Claudia Sbdar, La sentencia del proceso colectivo, Lexis Nº 0003/015099 ó 0003/015105, SJA 25/8/2010; Gustavo Maurino y Martín Sigal, “Halabi”: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, Lexis Nº 0003/014394 ó 0003/014396, SJA 22/4/2009, particularmente la nota al pie 3; y Silvia B. Palacio de Caeiro, Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad y sentencias exhortativas, Lexis Nº 0003/015107, SJA 1/9/2010).

La CSJN clasificó los derechos en: i) individuales; ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En ese marco conceptual, expresó que a los fines de delinear la legitimación procesal resulta imprescindible que en cada uno de esos supuestos –respetando, obviamente, sus particularidades– se compruebe la existencia de un “caso” (CSJN, “Halabi, Ernesto”, considerando 9).

El planteo formulado por la accionante es susceptible de ser encuadrado en esta última categoría (en idéntico sentido, pero con relación al caso “Verbitsky”, ver Claudia Sbdar, La sentencia del proceso colectivo, Lexis Nº 0003/015099 ó 0003/015105, SJA 25/8/2010). Los argumentos que se expondrán a continuación tienden a fundamentar esta afirmación.

En estos asuntos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. No obstante, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos, y por lo tanto es

identificable una causa fáctica homogénea. Ese fenómeno goza de relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte (CSJN, “Halabi, Ernesto”, considerando 12).

En el *sub examine* contamos con una ley que regula el instituto del *hábeas corpus*. Sin embargo, su estructura legislativa no está diseñada para aprehender supuestos de la magnitud del aquí estudiado. Ante esta aporía, pero con respecto a otra materia, se encontró la CSJN en el precedente que venimos estudiando.

Ahora bien, ¿es constitucionalmente adecuado desechar la acción interpuesta porque no se ajusta a las reglas del *hábeas corpus* clásico?

De más está decir que utilizar ese déficit regulativo en perjuicio de los individuos involucrados, que reclaman la intervención jurisdiccional para la tutela de sus derechos, sería contrario a las premisas del Estado constitucional de derecho.

Por tal motivo, frente a la situación descripta, la disposición constitucional analizada –es decir, el art. 43 de la CN– es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, puesto que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar en la CN e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (CSJN, “Halabi, Ernesto”, considerando 12).

Así, de acuerdo a la doctrina de los casos “Siri” (Fallos 239:459, rta.: 27/12/1957) y “Kot” (Fallos 241:291, rta.: 05/09/1958), se sostuvo que la existencia de la acción colectiva no puede ser objetada porque “no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados”, agregando que “basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (CSJN, “Halabi, Ernesto”, considerando 15).

Dicha argumentación constitucional fue fundada a su vez en las palabras de Joaquín V. González, quien supo decir que “[n]o son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación

de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" ("Manual de la Constitución argentina", en "Obras completas", vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90) (CSJN, "Halabi, Ernesto", considerando 15, también citado en el caso "Siri").

Es innegable que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en aquél los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. La CN, que es la ley de leyes, se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo y tiene la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en el tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la ley fundamental. Entre esos grandes objetivos y aun el primero entre todos, está el de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino". De ahí que la CN está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos (CSJN, "Halabi, Ernesto", considerando 16, conforme caso "Kot").

La correlación del precedente "Verbitsky" con las reglas del caso "Halabi" surge de este último fallo. Así, previo a definir los alcances de la acción colectiva, la CSJN afirmó que "[...] en lo referente al derecho argentino, esta Corte ha advertido en otras ocasiones que *el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes*. Es oportuno recordar, en ese sentido que, al interpretar el ya tantas veces mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que *la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo strictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como* –en esa ocasión [esto es, el precedente "Verbitsky"]– *el hábeas corpus colectivo*" (CSJN, "Halabi, Ernesto", considerando 19 –la bastardilla y el agregado nos pertenecen–).

Ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas, la CSJN definió pretorianamente los márgenes de actuación para la deducción de acciones colectivas, entre ellas, el *hábeas corpus*. Así, a criterio de esta Sala, lo que el Máximo Tribunal pretendió fue reducir la proliferación de una casuística genérica e indeterminada, que en definitiva puede traducirse en decisiones de contenido arbitrario. La estandarización garantiza criterios de justicia.

Dentro de esa hermenéutica constitucional, la CSJN estableció que para la procedencia de este tipo de acciones se deben cumplir tres requisitos (CSJN, “Halabi, Ernesto”, considerando 13):

1) *La verificación de una causa fáctica común*: es necesario constatar la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

2) *Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho*: la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría –esto es, el amparo–. Así, la existencia de causa o controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

3) *La constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado*: se exige que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, puesto que procediendo de esa manera se afectaría el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Nótese que la CSJN conectó indisolublemente los derechos de incidencia colectiva con una concepción robusta de la garantía de acceso a la justicia (en tal sentido, Gustavo Maurino y Martín Sigal, “Halabi”: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, Lexis Nº 0003/014394 ó 0003/014396, SJA 22/4/2009).

No obstante estos requisitos, la acción también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

c)

La pretensión deducida por el representante tutelar se ajusta al estándar de admisibilidad definido en el apartado precedente.

Con relación a la *verificación de una causa fáctica común*, se ha denunciado que en los nosocomios “Hospital Infanto Juvenil Dra. Carolina Tobar García” y “Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear”, dependientes del Gobierno de la CABA, se configura una práctica consistente en mantener internadas a personas menores de edad que no poseen grupo familiar continente, pese a que el equipo profesional tratante les hubiere otorgado el alta de internación y a que los órganos jurisdiccionales hubieren dispuesto su cese, por la falta de provisión, por parte del Estado local, del dispositivo adecuado para su derivación y continuación del tratamiento prescripto en forma ambulatoria.

En lo atinente a la *pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho*, es evidente que en el marco de la presente acción de *hábeas corpus* preventivo el Ministerio Público Tutelar representa a un colectivo determinado y el objeto de su pretensión consiste en que la conducta denunciada no se repita en casos futuros. De esta manera, se satisface el requisito de la representación adecuada (conforme título V de la ley 1903).

Por último, se encuentra constatado que *el ejercicio individual no aparece plenamente justificado*, dado que resulta por demás inadecuado que cada uno de los posibles afectados de la clase de los sujetos involucrados promueva un *hábeas corpus* preventivo o reparador –según cuál sea la circunstancia en la que se encuentre inmerso– a los fines de que su situación sea remediada por la jurisdicción. En definitiva, proceder de esa forma conllevaría afectar el acceso a la justicia de los menores.

Asimismo, si esta interpretación no se compartiese, no puede obviarse que el caso traído a conocimiento de este Tribunal se adecua a la cláusula residual o de reserva enunciada por la CSJN, referida a la procedencia de la acción con motivo del fuerte interés estatal tendiente a la protección de los derechos involucrados, atento a las particulares características de los sectores afectados.

En consecuencia, nos encontramos frente a un proceso colectivo cuya decisión final extenderá sus efectos a la pluralidad de sujetos indeterminados que conforman la clase o grupo afectado. Ello obedece a que el objeto tutelado es individual, pero la resolución jurisdiccional afecta a una pluralidad de personas, al constituir un ente colectivo (Claudia Sbdar, La sentencia del proceso colectivo, Lexis Nº 0003/015099 ó 0003/015105, SJA 25/8/2010). Se configura la posibilidad de resolver el conflicto mediante una única decisión que extienda sus efectos *erga omnes*.

§ 2. El *hábeas corpus* preventivo: su objeto de tutela

a)

En este acápite corresponde desarrollar resumidamente algunas cuestiones introductorias al instituto del *hábeas corpus*.

El origen histórico de esta acción se encuentra vinculado a la necesidad de contar con un remedio legal útil para repeler las detenciones ilegales. No obstante, el desarrollo ulterior del instituto conllevó una extensión de sus efectos hacia supuestos que no necesariamente se identifican con una típica aprehensión ilegal. Así, la importancia del objeto tutelado se tradujo en el impulso de la capacidad de rendimiento de los presupuestos objetivos del remedio legal.

Ahora bien, la modalidad preventiva del *hábeas corpus* tiende a impedir la concreción de la lesión sobre la libertad física, corporal o ambulatoria, de una o más personas, que puede producirse como consecuencia de un comportamiento activo u omisivo de la autoridad pública (art. 3, inc. 1, de la ley 23.098; art. 43, párrafo último, de la CN; y art. 15 de la CCABA). En definitiva, esta modalización se torna operativa cuando la privación de la libertad aun no se ha concretado, pero sí existe la amenaza cierta de que ello ocurra.

La doctrina entendió que para la procedencia de esta clase de *hábeas corpus* se deben satisfacer ciertos requisitos particulares: 1) se requiere un atentado a la libertad ambulatoria decidido y en próxima vía de ejecución; y 2) la amenaza a la libertad ambulatoria debe ser cierta –no conjetural o presuntiva–. Estos extremos deben ser demostrados en el marco del proceso judicial, esto es, deben constatarse indicios vehementes de una futura privación de la libertad, o lo que es lo mismo, razones fundadas para creer en

la existencia de la amenaza o seria posibilidad de la acción –u omisión– coactiva.

b)

Luego de la breve introducción, en este punto se analizará la normativa internacional, nacional y local, vinculada a la protección de la libertad de las personas, haciendo especial hincapié en las particularidades que rodean al estatus jurídico de los menores y que los colocan en un lugar de privilegio dentro de nuestro sistema jurídico.

El art. 75, inc. 22, de la CN, otorgó jerarquía constitucional a una serie de Tratados Internacionales, entre los que se destaca la CADH, la Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante, CDN– y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante, PIDCyP–. En virtud del art. 5 de la CN cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la constitución federal, todo lo cual debe leerse armónicamente con lo regulado por el art. 129 de la CN. La CCABA lo dice con suma precisión, al establecer en el art. 10 que en su territorio “[r]igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

En principio, el derecho a la libertad personal se encuentra tutelado por el art. 18 de la CN. A ello se suma que el art. 7.1 de la CADH establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, mientras que el art. 7.2 de ese cuerpo normativo precisa que nadie puede ser privado de aquélla, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. En idéntico sentido se encuentra el art. 9.1 del PIDCyP. Finalmente, el art. 13 de la CCABA determina que esta ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas.

Además de la regulación genérica expuesta en el párrafo anterior, cabe detenerse en el régimen específico contemplado en la CDN. Así, el art. 37, inc. b, de ese cuerpo legal, prescribe que ningún niño puede ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.

Si bien ello no diferiría de la regulación mencionada precedentemente, es dable destacar que las cuestiones que involucran a menores deben ser abordadas desde una perspectiva en particular, que hace a la especificidad de este tipo de regulación positiva, atento a su condición de personas en desarrollo.

En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos en cabeza del Estado. Estos derechos especiales que tienen los menores, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento

constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de la normativa internacional que goza de jerarquía constitucional (CSJN, "Maldonado, Daniel", considerandos 32 y 33, con cita de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párrafo 54, rta.: 07/12/2005, Fallos: 328:4343. Asimismo, CSJN, "L., L. A.", considerando 8, rta.: 18/12/2007, Fallos: 330:5294).

La CDN da por supuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden en tanto su carácter de personas humanas, pero, en atención a la condición que los caracteriza –esto es, de acuerdo al proceso de desarrollo en el que se encuentran–, tiende, como objetivo primordial, a "proporcionar al niño una protección especial", lo que presupone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro (CSJN, "García Méndez, Emilio", considerando 3, rta.: 02/12/2008, Fallos 331:2691).

Así, en todas las medidas que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se le brindará una consideración primordial al interés superior del niño (art. 3, de la CDN).

De acuerdo con este parámetro se dictó la ley 26.061, destinada a la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquéllos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte (art. 1, párrafo primero, de la ley 26.061). Se determinó que los derechos reconocidos en esta ley están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño (art. 1, párrafo segundo, de la ley 26.061), a lo que se agrega que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados (art. 27, de la ley 26.061).

El interés superior de los niños consiste en la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la norma nacional, debiéndose respetar, entre otras cuestiones, la condición de sujetos de derecho de los menores (arts. 3, inc. b, de la ley 26.061).

En ese marco se encuentra la tutela del derecho a la libertad de los niños, niñas y adolescentes, que comprende, obviamente, la libertad personal. Se define como privación de libertad personal a la ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad. Asimismo, se determina que ella debe ser diseñada por el ordenamiento jurídico, resultando inadmisibles que los menores puedan ser privados de la libertad ilegal o arbitrariamente (art. 19, de la ley 26.061).

A ello se suma lo regulado por la ley 26.378, a través de la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

El propósito de la citada Convención es la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad

—entre ellas, aquellas que tengan deficiencias mentales— (art. 1, de la Convención), bajo el debido respeto de la dignidad y autonomía individual de las personas (art. 3, de la Convención), y primordialmente de los niños y niñas con discapacidad (art. 7, incs. 1 y 2, de la Convención).

Particularmente, prescribe que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad, detallando que éstas no deben ser “privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad” (art. 14, inc. 1, apartados a y b, de la Convención). Además, estipula como obligación general para aquéllos que deben abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella (art. 4, inc. 1, apartado d, de la Convención).

En el plano local se robusteció esta tendencia garantista y protectora de los derechos humanos de los menores.

Así, en forma concordante con el art. 10 de la CCABA —que fue transcrito *ut supra*—, el art. 39 de esa norma prescribe que “[l]a Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral [...]. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes”.

La Legislatura sancionó la ley 114, cuyo fin es la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la ciudad de Buenos Aires. Resulta claro que los derechos y garantías de la normativa deben entenderse complementarios de otros reconocidos en la CN, la CDN, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la CCABA (art. 1, de la ley 114).

Se define el interés superior del niño como aquel sistema integral conformado por todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérseles (art. 2, de la ley 114), que debe regir en la aplicación e interpretación de las normas (art. 3, de la ley 114). Entre estos se destaca el derecho a la libertad y el respeto que merecen “como personas sujetos titulares de todos los derechos, reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales, otras normas nacionales y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires” (art. 10, de la ley 114).

§ 3. El *hábeas corpus* preventivo y su procedencia en el caso concreto

a)

Luego de lo expuesto con precedencia, corresponde estudiar el diseño normativo del proceso de internación involuntaria y externación de los niños, niñas y adolescentes vinculados al sistema de salud mental de la CABA. Particularmente, se expondrá cómo el legislador local reguló tales cuestiones y paralelamente la reglamentación al respecto por parte del Poder Ejecutivo

local, tomando expresamente como directriz el bloque de constitucionalidad desarrollado en el punto anterior.

Los procesos de internación estudiados en este expediente tienen como fundamento el art. 482 del Código Civil. Si bien esta norma ha sido sustituida con la entrada en vigencia de la ley 26.657 –es decir, la nueva ley nacional de salud mental–, la redacción que se aplicó en los casos puestos en discusión establece:

“El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.

”Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial.

”A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.

Este artículo de la ley civil de fondo se relaciona con las prescripciones que la Legislatura local estableció en materia de salud mental a través de la ley 448 –respetuosa de los lineamientos que emanan de la resolución 46/119 de la Asamblea General de la ONU–, toda vez que la práctica denunciada involucra a nosocomios sujetos a la administración pública local.

En principio, es de suma importancia resaltar que dicha ley determinó que son derechos de todas las personas que se encuentran bajo la órbita del sistema de salud mental de esta ciudad, los “establecidos por la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y la Ley Nº 153 en su artículo 4º” (art. 3, inc. a, de la ley 448). De tal manera, resulta claro que los hechos que aquí se ponen en conocimiento deben ser leídos en ese horizonte constitucional.

El art. 29 determina que “[l]a internación involuntaria de una persona procede cuando a criterio del equipo profesional mediere situación de riesgo cierto o inminente para sí o para terceros”.

Con relación a las altas se prevé que “[e]l alta definitiva será decidida por el responsable del equipo interdisciplinario de salud mental, debiendo contar con el aval y certificación del director del establecimiento”, agregándose que “[l]as altas transitorias o definitivas y las derivaciones a otra institución, deberán ser debidamente fundamentadas en el dictamen del profesional o equipo a cargo del tratamiento del paciente y contar con la certificación del director del establecimiento. Las mismas serán comunicadas

al juez interviniente si lo hubiere, dentro de las 24 horas anteriores a su producción” (arts. 41 y 42, de la ley 448).

Por vía reglamentaria se pautó que “[e]n los casos en que mediere intervención judicial, el director del establecimiento comunicará al juez la decisión de otorgar el alta definitiva”, y que “de no mediar objeción expresa dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de realizada, se dará el alta de internación”. En este último supuesto, “[e]l director del establecimiento comunicará, dentro de las veinticuatro (24) horas de producida la externación, este hecho al tribunal interviniente” (art. 42, del decreto reglamentario 635/04).

Específicamente con relación al tema denunciado, se fijó que “[l]os niños, niñas y adolescentes internados que no registren la presencia de un grupo familiar de pertenencia, en caso de alta, dentro de las 72 horas serán derivados a la institución intermedia que corresponda, en los términos del artículo 15º de la presente y de la Ley Nº 114, previa comunicación al Asesor de Menores e Incapaces” (art. 44, de la ley 448). En tal sentido, “[...] serán albergad[o]s en establecimientos que al efecto dispondrá el área de Promoción Social” (art. 15, de la ley 448).

b)

Ahora bien, una vez definidas las características del *hábeas corpus* colectivo y preventivo, expuesta la tutela constitucional del bien jurídico protegido desde la especial perspectiva de los niños, niñas y adolescentes, y delineado el marco normativo de internaciones y externaciones del sistema de salud mental de la CABA, estamos en condiciones de afirmar que la acción interpuesta por el Asesor Tutelar resulta procedente. Ello, de acuerdo a los razonamientos que seguidamente se expondrán.

1.

El primer punto que debe discutirse radica en la involuntariedad de la internación de los menores. En tal sentido, el apoderado de la PGCABA sostiene que en los supuestos denunciados no puede hablarse de involuntariedad en el proceso de internación, dado que la especial situación en la que se encuentran los menores es tutelada por la intervención de la justicia nacional en lo civil (conforme lo regulado por el art. 482 del Código Civil).

A criterio de esta Alzada, lo que persigue el recurrente es subsumir los casos en procesos de internación “voluntaria” y de esa manera cerrar la discusión desarrollada en este expediente. Sin embargo, el argumento expuesto no puede prosperar, dado que la propia normativa de salud mental que rige en esta ciudad contradice su posición.

Dicha ley establece una clasificación de internaciones (art. 21, de la ley 448), distinguiendo entre internaciones voluntarias (art. 21, inc. a, de la ley 448), internaciones involuntarias (art. 30 y siguientes, de la ley 448) e internaciones judiciales (art. 35 y siguientes, de la ley 448). Por tal motivo, la pretensión del apelante, basada en la superposición de categorías claramente delimitadas, carece de asidero.

A ello se suma que la interpretación promovida por el impugnante tampoco se corresponde con lo que disponía la derogada “ley” de facto 22.914 (conforme art. 1) y la nueva ley nacional de salud mental 26.657 que abroga el antiguo régimen (conforme art. 14 y sus concordantes), en tanto estipulan idéntica distinción clasificatoria.

En conclusión, es indiscutible que las internaciones denunciadas son de naturaleza involuntaria.

2.

Además, las internaciones psiquiátricas denunciadas en este proceso constituyen supuestos de privación de libertad.

Desde el plano normativo, el art. 482 del Código Civil le otorga explícitamente esta calidad. Incluso, la nueva redacción de la norma no varía en este aspecto (art. 43, de la ley 26.657). En la misma línea se encuentra el art. 19 de la ley 26.061.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (resolución de la Asamblea General 45/113, del 14 de diciembre de 1990) establecen en el art. 11, inc. b, que “[p]or privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad [esto es, el supuesto aquí denunciado], por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” —el agregado y la bastardilla nos pertenecen— (con estatus legal, de acuerdo al art. 12, de la ley 114).

Finalmente, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1/08, del 13 de marzo de 2008), elaborados con el objetivo de aportar al proceso de preparación de una Declaración Interamericana sobre dicha materia, determinan a través de la Disposición General que los “hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales” son instituciones destinadas a la privación de libertad de las personas.

Desde la jurisprudencia, un viejo precedente de la CSJN planteó la equiparación en cuestión (CSJN, “Duba de Moracich, María s/ *hábeas corpus*”, resuelto en el año 1923, Fallos 139:154).

La CSJN, con su actual integración, ha dicho que “en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva [específicamente, el fallo se refiere a los supuestos del art. 482, párrafos segundo y tercero, del Código Civil, a los que define como supuestos de “detención”], es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquella [...]. Estas reglas deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta

índole" (CSJN, "Tufano, Ricardo Alberto", considerando 4, rta.: 27/12/2005, Fallos 328:4832 –el agregado nos pertenece–. Posteriormente, esta jurisprudencia fue ratificada *mutatis mutandi* por el Máximo Tribunal en los siguientes casos: "Cano, Miguel Ángel", rta.: 27/12/2005; "Asesoría Civil de Familia e Incapaces (DANA)", considerando 4, rta.: 18/12/2007; "A., M. J.", considerando 4, rta.: 18/12/2007, Fallos 330:5234; "D., J. A.", considerando 4, rta.: 05/02/2008, Fallos 331:68; "R., M. J.", considerando 13, rta.: 19/02/2008, Fallos 331:211; "L. C. M.", considerando 4, rta.: 26/03/2008; y "González, Oscar Hipólito y otra c. Salinas, María Ester", considerando 9, rta.: 28/05/2008, Fallos 331:1336).

La doctrina especializada ha considerado también que la institucionalización de un paciente donde no medie, de manera innegable, un propósito terapéutico debe interpretarse como un tratamiento arbitrario, una verdadera detención (Alfredo J. Kraut, Salud Mental. Tutela Jurídica, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 57).

Sostener lo contrario implicaría aceptar que, al no tratarse de medidas que afectan la libertad ambulatoria de las personas, las garantías constitucionales dirigidas a la limitación de su ejercicio, resultan inaplicables (*mutatis mutandi*, CSJN, "Maldonado", considerando 26, rta.: 07/12/2005, Fallos: 328:4343). Con otros términos, el artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el "embuste de las etiquetas" (*mutatis mutandi*, CSJN, "L., L. A.", considerando 10, rta.: 18/12/2007, Fallos: 330:5294).

3.

En el *sub judice* se acreditó que en una gran cantidad de casos se mantenían internadas en institutos neuropsiquiátricos a personas menores de edad, carentes de un grupo familiar continente, a pesar de contar con el alta médica y sin que medie objeción jurisdiccional. Ello acontecía porque las autoridades locales no proveían en tiempo y forma el dispositivo adecuado para la continuación del tratamiento pertinente de manera ambulatoria.

De la exhaustiva investigación del caso que llevó adelante el Juez interviniente Dr. Bartumeu Romero –compuesta por un expediente principal que supera los veinte (20) cuerpos de extensión, y decenas de legajos civiles– se desprende que la conducta denunciada ocurrió en, por lo menos, cuarenta oportunidades –cada una con sus particularidades, según lo expuesto por el Juez de grado detalladamente a fs. 4486/4493vta.–, involucrando a los siguientes menores: 1) A.B; 2) M.L.A; 3) L.A; 4) J.M.C; 5) J.C; 6) M.L.F; 7) F.G; 8) R.G.L; 9) T.H.T; 10) I.B.M; 11) S.M; 12) M.N.N; 13) M.A.S; 14) M.F.S; 15) M.T; 16) G.V; 17) J.D; 18) S.A.S; 19) F.A; 20) J.L.B; 21) M.C.B; 22) A.J.B; 23) K.C; 24) M.D; 25) L.D; 26) M.A.F; 27) A.A.F; 28) L.G; 29) A.G; 30) F.H.A; 31) I.L; 32) A.M; 33) P.J.M; 34) J.S.N; 35) D.O.O; 36) H.Q; 37) N.S; 38) M.A.S; 39) J.D.S; y 40) S.V..

En los cuarenta casos enumerados no se cumplió con lo ordenado expresamente por el Legislador local. Es decir, pese a contar con el alta de internación legalmente estipulada, ninguno de los menores fue derivado,

dentro del plazo de setenta y dos (72) horas, a la institución intermedia correspondiente (art. 44, de la ley 448).

Cabe destacar que la PGCABA no desvirtuó la imputación dirigida contra el Estado local. Al contrario, su representante legal se limitó a efectuar afirmaciones que no revierten la contundencia de la denuncia y de la prueba producida.

En efecto, el recurrente pareciera no entender que el hecho de que se hayan practicado numerosas externaciones –cabe destacar, luego de iniciada la presente acción–, tornando abstracto el *hábeas corpus* reparador, en nada conmueve la faz preventiva del instituto y mucho menos la consumada afectación de derechos constitucionales. Muy por el contrario, las mismas le dan sustento y validez a la procedencia de la acción bajo esta modalidad.

Es que no se trata aquí de una acción carente de incidencia concreta o de daño específico individualizado, que pudiera dar lugar a una declaración genérica o abstracta o a una suerte de *advisory opinion* ajena a la función del Tribunal. Por el contrario, se ha acreditado una afectación homogénea con contornos claros y bien definidos que permiten precisar el *injury* sobre un importante número de personas cuyos datos personales y situaciones individuales se estudiaron exhaustivamente. La afectación entonces a los derechos de los pacientes responde a una misma causa y se proyecta de modo análogo sobre todos ellos. La contundencia y voluminosidad del material probatorio agregado al expediente y en sus anexos resulta en tal sentido incontrastable y permite tener por acreditada la verificación concreta de la situación homogénea referida que afectó a un colectivo determinado de personas.

Con relación a la gravedad y complejidad de la situación que habría afectado a los jóvenes, es dable resaltar que en la audiencia celebrada ante esta Alzada el apelante no ha explicado particularmente cuál era esa problemática, a lo que se agrega que la circunstancia de llevar a cabo una importante cantidad de externaciones con llamativa celeridad y con precedencia al dictado de la sentencia del *a quo*, le resta valor convincente a la mentada afirmación.

4.

Respecto a lo anterior, debe abordarse el tratamiento de los efectos que en el caso concreto pueden tener el Memorandum nº 880765-DGASM-2010 y la Comisión Interdisciplinaria cuya creación se prevé para el futuro.

Ha quedado claro que el proceso de externación de los pacientes está sujeto a lo regulado por los arts. 41 y 42 de la ley 448 y su debido correlato reglamentario. En tales normas se dispone que dicha cuestión es potestad exclusiva del equipo interdisciplinario de salud mental a cargo del tratamiento del paciente –sujeto al aval y certificación del director del establecimiento sanitario–, bajo el debido contralor del juzgado civil interviniente.

Si bien es válido reconocer que no puede censurarse de por sí la potestad que tiene la Dirección General de Salud Mental del GCABA para dictar disposiciones internas, o bien, estipular la creación de comisiones interdisciplinarias, lo cierto es que los extremos que se critican en este proceso tienen clara vinculación con los sucesos denunciados.

En tal sentido, la Comisión que aquí se cuestiona –reiteramos, no vigente en la actualidad–, fue ideada con posterioridad al inicio de la presente acción de *hábeas corpus* y tendría como objetivo evaluar exhaustivamente “en forma previa, inescindible, vinculante y obligatoria” a todo paciente que presente un diagnóstico que amerite su externación y ulterior derivación a un dispositivo social, a los fines de determinar “si se encuentra en condiciones de ser externad[o]” –ver al respecto, fs. 2438 y fs. 2749–. Así, resulta claro que se estaría estableciendo un requisito que va más allá de los que pautó el Legislador local para llevar a cabo el mentado procedimiento.

Lo mismo cabe decir en lo atinente al Memorandum n° 880765-DGASM-2010. En efecto, bajo el pretexto de evitar la descompensación clínica de los jóvenes internados y garantizar la preservación de su salud integral, se pretende que permanezcan internados en los nosocomios, “hasta tanto no se produzca la asignación del recurso adecuado” –ver fs. 3669–. Más allá de la buena voluntad de la directiva en cuestión, lo cierto es que el Legislador local ha estipulado que ese “recurso adecuado” debe asignarse dentro de las setenta y dos (72) horas del dictado del alta de internación –cuyo proceso, cabe recordar, se encuentra previsto legalmente–. Por tal motivo, no se aprecia por qué razón los niños, niñas y adolescentes deberían permanecer internados en los hospitales neuropsiquiátricos a la espera de ese recurso.

5.

De acuerdo con los argumentos desarrollados debe afirmarse la procedencia de la acción preventiva.

Se encuentra corroborada con la certeza necesaria la amenaza existente sobre la libertad ambulatoria de los niños, niñas y adolescentes internados en los nosocomios involucrados, dado que se acreditó que el proceso de externación y posterior derivación al dispositivo adecuado no se cumple en tiempo y forma. En otros términos, en virtud del comportamiento omisivo de las autoridades públicas locales, existen sólidas razones para considerar probablemente cierta la amenaza sobre la libertad ambulatoria de los menores.

Resumidamente, las internaciones involuntarias –ver **II. § 3. b) 1.**–, cuya naturaleza jurídica se emparenta con supuestos de privación de libertad –ver **II. § 3. b) 2.**–, no concluyen, una vez ordenada el alta médica, de la forma en la que lo estipula el Legislador local, dado que la derivación de los niños, niñas y adolescentes a la institución intermedia pertinente no acontece dentro del término temporal establecido. En tal sentido, se encuentra documentado que ello ocurrió en por lo menos cuarenta (40) oportunidades –ver **II. § 3. b) 3.**–.

Tal circunstancia se agrava si se tiene en cuenta que las autoridades intervinientes, en lugar de articular los medios necesarios para cumplir con lo ordenado por la ley, promovieron soluciones que la contradicen expresamente. La comisión interdisciplinaria que aquí se denuncia, se encuentra ideada al sólo efecto de *contener* el proceso de externaciones, dado que por vía reglamentaria se suman al mentado proceso requisitos que

exceden los que enumera la ley. Idéntica finalidad persigue el Memorandum nº 880765-DGASM-2010, toda vez que promueve el mantenimiento de las internaciones de los menores en los nosocomios –cabe recordar, con alta médica dispuesta–, hasta tanto la administración provea el recurso adecuado –ver **II. § 3. b) 4.**–.

Finalmente, el recurrente reconoció expresamente en su escrito de fundamentación que “[n]ada indica que el actuar de la administración será distinto que el hasta ahora señalado, es decir el lograr, en el lapso más breve, la externación del menor a un dispositivo acorde a sus necesidades” – ver particularmente, fs. 4706–. Tal extremo, en vistas de todo lo tratado, no sólo resulta preocupante, sino que además le da sustento al carácter preventivo de la acción del representante tutelar, dado que la misma PGCABA valida el hecho de que la restricción a la libertad de los niños, niñas y adolescentes se encuentra en próxima vía de ejecución.

§ 4. Los alcances de la presente resolución y la labor encomendada a las autoridades públicas

Corresponde efectuar ciertas precisiones con relación a los alcances de esta resolución, en atención al bloque de constitucionalidad que tutela al bien jurídico analizado –ver **II. § 2. b)**–, y a las eventuales consecuencias que puede acarrear su lesión por parte de las autoridades públicas.

En principio, debe tenerse en cuenta que en los conflictos colectivos que versan sobre intereses individuales homogéneos que producen efectos regulatorios generales, la sentencia que contiene un mandato al Poder Ejecutivo para que implemente el desarrollo de un derecho constitucional no debe inmiscuirse en aquello que es propio de los poderes políticos del Estado, es decir, en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Su intervención se limita, en una relación de diálogo, a reclamar el referido desarrollo de un derecho constitucionalmente reconocido, pudiendo fijar un plazo o una modalidad de control (Claudia Sbdar, La sentencia del proceso colectivo, Lexis Nº 0003/015099 ó 0003/015105, SJA 25/8/2010).

Empero, se ha dicho que “en el marco de las acciones colectivas estructurales que ponen en juego la efectivización de la supremacía constitucional y el amparo de derechos de la máxima jerarquía, la efectividad de las decisiones es una cuestión pública e institucional de primera magnitud, que define en buena medida la legitimidad del Poder Judicial como arena para encauzar y solucionar estos conflictos, y su autoridad como agente para la vigencia real de los derechos”, agregando que “en relación con los grupos desventajados, históricamente postergados y carentes de poder real para incidir políticamente [al respecto, es claro que el colectivo reclamante en estas actuaciones se subsume en dicha categoría], la justicia sería el único recurso institucional disponible para presentar sus reclamos basados en derecho en el marco de la Constitución de 1994. Si el Poder Judicial no puede garantizar efectivamente sus derechos –yendo más allá de las declaraciones y los reconocimientos simbólicos– la alienación constitucional de estos grupos es radical, y la deslegitimación del Poder Judicial como un foro público independiente también” (Gustavo Maurino y Martín Sigal, “Halabi”: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de

incidencia colectiva, Lexis Nº 0003/014394 ó 0003/014396, SJA 22/4/2009, el agregado nos pertenece).

En ese marco interpretativo se sustentarán las conclusiones de esta sentencia.

De esta manera, se confirmarán el punto 1 del dispositivo apelado, en cuanto hace lugar a la acción de *hábeas corpus* preventivo y colectivo, y los restantes puntos impugnados, tal como se verá, teniendo en cuenta lo hasta aquí dicho y las consideraciones que a continuación se exponen, con el objetivo de brindarle operatividad al decisorio, promoviendo la debida efectivización del contenido de la resolución que se adopta.

En tal sentido ha de señalarse que la normativa infraconstitucional divide claramente la competencia de los organismos involucrados en torno a la conducta denunciada.

Por tal motivo, a pesar de las deficiencias advertidas, no es adecuado deslindarlos de las obligaciones que por ley les competen, bajo el argumento de que no han sabido resolver con prontitud el problema existente, sobre todo si se tiene en cuenta que parte de sus funciones consiste en evitar que ocurran situaciones como las aquí tratadas.

El Estado local es garante y responsable del derecho a la salud mental en la CABA (art. 2, de la ley 448).

La autoridad de aplicación de la Ley de Salud Mental de la CABA es la Dirección General de Salud Mental del GCABA, dependiente del Ministerio de Salud del GCABA, cuyas funciones son reguladas por la referida ley (arts. 4 y 5, de la ley 448; y art. 4, del decreto reglamentario 635/2004).

En el caso de que las personas externadas no cuenten con un grupo familiar continente serán albergadas en los establecimientos que dispondrá el área de Promoción Social. De esta manera, el Ministerio de Desarrollo Social debe informar al Poder Ejecutivo los servicios de albergue para personas que se encuentren en las mencionadas condiciones que resulten indispensables de acuerdo a la demanda existente, junto con los costos de los proyectos que los sustenten, para incorporar en el proyecto de presupuesto de cada año las partidas necesarias para su puesta en funcionamiento (art. 15, de la ley 448; y art. 15, del decreto reglamentario 635/2004).

Tampoco se puede obviar que el Legislador local definió los deberes y obligaciones de los directores de los establecimientos asistenciales (art. 48, de la ley 448).

Por otro lado, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes es el organismo especializado que tiene a su cargo las funciones en materia de promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes definidos en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA, e integra el área de la Jefatura de Gobierno de la CABA, gozando de autonomía técnica y administrativa, y autarquía financiera (arts. 45 y 46, de la ley 114).

El diseño legislativo ha establecido que estos son los organismos públicos destinados a satisfacer lo demandado en este expediente, y en tal sentido se dispondrá que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección

General de Salud Mental, a cargo del Dr. Juan Alberto Garralda, con la mayor urgencia, elabore el dispositivo que, respetando el estándar normativo antes definido, evite situaciones susceptibles de afectar derechos constitucionales como las aquí ventiladas. Para ello, deberá requerir la participación de las demás dependencias públicas involucradas, específicamente, el Ministerio de Desarrollo Social, los directores del “Hospital Infante Juvenil Dra. Carolina Tobar García” y del “Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear” y el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para que, en el ámbito de sus propias competencias, colaboren en su implementación. Asimismo, deberá informar en el plazo de treinta días hábiles al Sr. Juez de Primera Instancia interviniente sobre lo actuado en tal sentido.

Sin perjuicio de lo dicho, también corresponder comunicar lo que aquí se resolverá al Sr. Jefe de Gobierno de la CABA, en su carácter de responsable de la dirección de la administración pública y la planificación general de la gestión de esta Ciudad (art. 102 de la CCABA), para que la elaboración del dispositivo en cuestión acontezca bajo su debido contralor.

En consecuencia, habiendo concluido el acuerdo, el Tribunal

RESUELVE:

I. RECHAZAR los planteos de incompetencia y de nulidad, y el dictado de la medida de no innovar, pretendidos por el Fiscal de Cámara en el marco de la audiencia celebrada ante esta Alzada.

II. CONFIRMAR el punto 1 de la resolución de fs. 4486/4520vta., en cuanto HACE LUGAR A LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO Y COLECTIVO promovida por el Asesor Tutelar Dr. Carlos Bigalli, **y los restantes puntos apelados, en los términos que siguen, DECLARANDO** que las disposiciones contenidas en la ley 448, en consonancia con los “Principios para la Salud Mental”, adoptados por la Asamblea General de la ONU por Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, constituyen las pautas fundamentales a las que debe ceñirse toda decisión emanada de las autoridades pertinentes del GCABA en la materia en cuestión, especialmente en lo que hace a las instrucciones relacionadas con internaciones y externaciones de niños, niñas y adolescentes (cfr. arts. 10, 13, 15 y 39 de la CCABA; arts. 18, 43 y 75, inc. 22, de la CN; arts. 7.1 y 7.2 de la CADH; art. 9.1 del PIDCyP; arts. 3 y 37, inc. b, de la CDN; arts. 1, 2, 3, 10, 45 y 46 de la ley 114; arts. 2, 3, inc. a, 4, 5, 15, 29, 41, 42 y 48 de la ley 448; arts. 4, 15 y 42 del decreto reglamentario 635/2004; arts. 1, 3, inc. b, 19 y 27 de la ley 26.061; y ley 26.378).

III. ESTABLECER que el **Memorandum nº 880765-DGASM-2010** (Instructivo sobre procedimiento a seguir en los casos de externación de niños, niñas y adolescentes internados), del 12 de agosto de 2010, emitido por la Dirección General de Salud Mental, del Ministerio de Salud del GCABA, **y la eventual creación de una Comisión Interdisciplinaria con las funciones que se han explicitado, resultan incompatibles con las disposiciones legales mencionadas en el punto precedente** (cfr. arts. 10,

13, 15 y 39 de la CCABA; arts. 18, 43 y 75, inc. 22, de la CN; arts. 7.1 y 7.2 de la CADH; art. 9.1 del PIDCyP; arts. 3 y 37, inc. b, de la CDN; arts. 1, 2, 3, 10, 45 y 46 de la ley 114; arts. 2, 3, inc. a, 4, 5, 15, 29, 41, 42 y 48 de la ley 448; arts. 4, 15 y 42 del decreto reglamentario 635/2004; arts. 1, 3, inc. b, 19 y 27 de la ley 26.061; y ley 26.378).

IV. DECLARAR que **MANTENER INTERNADOS** a los **NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES** en las instituciones “Hospital Infanto Juvenil Dra. Carolina Tobar García” y “Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, después de que el equipo profesional tratante hubiere decidido su alta médica y el juez que controlara la internación hubiere resuelto su cese, sobre la base de falta de provisión del recurso necesario y adecuado para la continuación del tratamiento de su salud mental en forma ambulatoria y para su reinserción social, **resulta incompatible con las disposiciones legales referidas en el punto II de la presente sentencia** (cfr. arts. 10, 13, 15 y 39 de la CCABA; arts. 18, 43 y 75, inc. 22, de la CN; arts. 7.1 y 7.2 de la CADH; art. 9.1 del PIDCyP; arts. 3 y 37, inc. b, de la CDN; arts. 1, 2, 3, 10, 45 y 46 de la ley 114; arts. 2, 3, inc. a, 4, 5, 15, 29, 41, 42 y 48 de la ley 448; arts. 4, 15 y 42 del decreto reglamentario 635/2004; arts. 1, 3, inc. b, 19 y 27 de la ley 26.061; y ley 26.378).

V. DISPONER que a efectos de evitar situaciones susceptibles de afectar derechos constitucionales como las aquí ventiladas, el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Mental, a cargo del Dr. Juan Alberto Garraalda, con la mayor urgencia, elabore un dispositivo que respete el estándar normativo definido en el punto II de la presente sentencia. Para ello, deberá requerir la participación de las demás dependencias públicas involucradas, específicamente, el Ministerio de Desarrollo Social, los directores del “Hospital Infanto Juvenil Dra. Carolina Tobar García” y del “Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear” y el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, para que en el ámbito de sus propias competencias colaboren en su implementación, bajo el debido contralor del Jefe de Gobierno de la CABA (art. 102 de la CCABA). Asimismo, se deberá presentar en el plazo de treinta (30) días hábiles al Juez de Primera Instancia interviniente la documentación pertinente que acredite el cumplimiento de lo aquí ordenado (cfr. arts. 10, 13, 15 y 39 de la CCABA; arts. 18, 43 y 75, inc. 22, de la CN; arts. 7.1 y 7.2 de la CADH; art. 9.1 del PIDCyP; arts. 3 y 37, inc. b, de la CDN; arts. 1, 2, 3, 10, 45 y 46 de la ley 114; arts. 2, 3, inc. a, 4, 5, 15, 29, 41, 42 y 48 de la ley 448; arts. 4, 15 y 42 del decreto reglamentario 635/2004; arts. 1, 3, inc. b, 19 y 27 de la ley 26.061; y ley 26.378).

Tómese razón, notifíquese a la Fiscalía de Cámara
bajo ///

/// constancia en autos, líbrese oficio al Sr. Jefe de Gobierno de la CABA acompañándose copia de la presente para su debido conocimiento, y oportunamente devuélvase el legajo a primera instancia, donde deberán practicarse las notificaciones correspondientes.

Sirva lo proveído de atenta nota de envío.