



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Expte. N° 11777/14 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Asesoría Tutelar CAYT N° 2 c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales”.

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.- Objeto

Llegan las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) conforme lo dispuesto a fs. 23, punto 2.

II.- Antecedentes

Entre los antecedentes de interés, cabe resaltar que las presentes actuaciones se iniciaron por la acción de amparo promovida por el Sr. asesor tutelar de primera instancia, Dr. Juan Carlos Toselli, contra el GCBA para que se le ordene cesar en su omisión de prestar adecuada atención a los pacientes que se atienden en el Hospital General de Agudos José María Penna y que, en consecuencia, se “ordene la ejecución de las obras de infraestructura y designación de personal médico, de enfermería y administrativos necesarias a fin de poner el Hospital en condiciones apropiadas para una normal prestación del servicio de salud de modo respetuoso de los derechos humanos” (cfr. fs. 1 del expte. N° 41499/2, en adelante el ppal.).

Asimismo, en dicha oportunidad, el actor petitionó el dictado de una medida cautelar por la cual se ordene al GCBA diseñar y presentar un protocolo de atención urgente, mediante el cual se garantice la adopción de las medidas necesarias para asegurar la normal prestación del servicio de salud que brinda el nosocomio involucrado en autos en el Servicio de Guardia, ordenándose en forma concreta la prohibición de aceptar pacientes supernumerarios allí y en las Unidades y Secciones dependientes del Departamento Materno Infanto Juvenil.

Además, solicitó se designen interinamente al menos 15 enfermeros, 2 médicos pediatras y 3 neonatólogos y la provisión de un tomógrafo, un ecógrafo y 4 monitores multiparamétricos y, finalmente, que se ordene al GCBA la articulación y subcontratación de establecimientos sanitarios privados y de la seguridad social “para subsanar la omisión estatal de manera inmediata en cada uno de los casos que se presente” (cfr. fs. 13 vta. del ppal.).

Con fecha 14 y 15 de julio de 2011, el Sr. juez de la instancia de grado resolvió conceder parcialmente la medida cautelar (fs. 931/935 y 945 del ppal.).

Posteriormente, el actor amplió la demanda en los términos que surgen del escrito obrante a fs. 958/961 del ppal. y solicitó que, cautelarmente, se ordene la puesta en funcionamiento de un lactario que cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

El 8 de agosto de 2011, el magistrado de primera instancia hizo lugar a esta nueva cautelar solicitada por la parte actora y, en consecuencia, ordenó al GCBA que de manera urgente adopte las medidas para poner en funcionamiento dicho lactario (cfr. fs. 970/971 vta. del ppal.).

Ante ello, el GCBA interpuso sendos recursos de apelación (ver fs. 962/968 y 1031/1037 del ppal.). En síntesis, fundó sus agravios en la falta de legitimación activa del Sr. asesor tutelar y el incumplimiento de los recaudos de procedencia de las medidas cautelares.

Con fecha 27 de mayo de 2014, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, resolvió rechazar el recurso interpuesto por la demandada. En este sentido, afirmó que, conforme surge de los informes agregados por la Asesoría Tutelar (ver fs. 1186/1187 del ppal.), las declaraciones de los funcionarios en la audiencia celebrada en autos (cfr. fs. 1145 y vta. del ppal.) y lo manifestado por el GCBA (fs. 1165 y vta.), se desprende que la parte accionada ha satisfecho las medidas ordenadas, motivo por el cual el tratamiento de los agravios perdió actualidad y, consecuencia, los recursos deducidos devinieron abstractos.

En relación con la pretendida falta de legitimación de la parte actora,



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

mientras que el Dr. Balbín afirmó que el Ministerio Público Tutelar se encuentra legitimado para interponer la presente acción, la Dra. Mariana Díaz y el Dr. Fernando E. Juan Lima afirmaron, de manera conjunta, que:

...sin perjuicio de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 19 de diciembre del 2013, y pese a la generalidad con la que fue esgrimida la pretensión que dio inicio a estas actuaciones, desligada de la identificación de casos concretos, la imposibilidad de tener por configurada una *controversia* que habilite la intervención del Poder Judicial ha quedado diluida, en rigor, a raíz del comportamiento asumido por la demandada. Frente a esa circunstancia, las defensas y agravios formulados en sede judicial por el GCBA carecen de actualidad, lo que justifica no abordar su tratamiento pues no se ha brindado ningún motivo para sostener la necesidad ni procedencia de un procedimiento a su respecto” (fs. 1194 vta. del ppal.).

El GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 1203/1210 del ppal.).

Sin embargo, la Sala, con fecha 18 de diciembre de 2014, lo denegó, por considerar que no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable. Además, advirtió que tampoco se presentaba en el caso un supuesto de arbitrariedad que permitiera descartar la sentencia como un pronunciamiento judicial válido conforme los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (fs. 1239/1241 del ppal.).

Frente a ello, el GCBA dedujo la presente queja (fs. 15/18 vta.). Así, se dispuso correr vista a esta Fiscalía General (cfr fs. 23, punto 2).

III.- El rol del Ministerio Público Fiscal

Previo a efectuar cualquier consideración, conviene recordar el plexo normativo que habilita a este órgano de la constitución local actuar ante estos estrados.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispuso en el art. 124 que el Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, estableciendo que se encuentra a cargo de un o una Fiscal

General, un Defensor/a General y un/a Asesor/a General.

En esta inteligencia, entre las funciones asignadas estableció, en lo que aquí interesa:

- a) la promoción de la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y
- b) velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Por otra parte, la ley orgánica del Ministerio Público N° 1.903, modificada por la ley 4891, previó dentro de las competencias del art. 17), "1.- Intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público. 2.- Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (...) 5.- Intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia. 6.- Velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales. 7.- Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal...".

Por su parte, el art. 3 establece que el Ministerio Público ejerce la defensa del interés social de modo imparcial.

De lo expuesto se colige que el Ministerio Público Fiscal, en tanto actúa de manera imparcial, no ejerce la representación de parte en el proceso, en uso de las funciones y atribuciones conferidas le compete primordialmente la estricta defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, la normal prestación del servicio de justicia, la satisfacción del interés social, el resguardo del debido proceso y la observancia de las normas. Dicha tutela, excede el mero interés particular y de sus planteos, siendo por tanto bienes indisponibles para las partes en particular.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Así lo ha sostenido la doctrina que ha señalado que “El Ministerio Público (...) es una parte especial que representa, en el proceso, al interés social en abstracto, independiente de la mayoría gobernante. Representa a la sociedad en su totalidad, como elegido defensor del orden jurídico al que la comunidad, en su conjunto, se somete. Por ello, al dictaminar, obliga que el juzgador pondere la interpretación que de la ley efectúa (...) No es menos obvio que la ley deberá, a su vez, establecer los casos en que la vista al fiscal, en todas las instancias, inclusive la de la Corte Suprema, ha de ser obligatoria y no optativa, como a veces se lo considera a raíz del resabio de la errónea idea de concebir al fiscal como un mero asesor del tribunal, en lugar de aceptarlo como lo que es en rigor: El representante en el juicio del interés social, al que el juzgado, por tanto, le debe atender sus planteos. De esa suerte, el justiciable verá que sus reclamos, en los aspectos que hacen al orden público y al derecho federal serán resueltos a través de la coincidencia con los argumentos del fiscal, o bien por fundadas razones encaminadas a demostrar lo errado de éstos...” (v. Obarrio, Felipe Daniel, en *El Ministerio Público: Cuarto poder del Estado*, La Ley, 1995-C, 870, citado por Sabsay, Daniel Alberto, ob. Cit., ps. 390/391).

Asimismo, la CSJN ha hecho hincapié en éstas funciones asignadas al Ministerio Público, diferenciándolas de aquellas asignadas a los órganos que tienen por objeto defender a la Administración, al indicar que su actuación “...trasciende el exclusivo propósito persecutorio; y que el art. 25 de la ley encomienda a dicho órgano –entre otras funciones- promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (inc. a), representar y defender el interés público (inc. b), velar por la observancia de la Constitución Nacional y de las leyes de la República (inc. g) y por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal (inc. h)...”, indicando que le compete “...no sólo como titular de la pretensión punitiva que se ejerce en la esfera penal, sino también como magistratura de control, a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad...” (CSJN, *Líneas Aéreas Privadas Argentinas S/ infracción ley 11.683*, Recurso de Hecho, del

31/10/2006, voto en disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Con tal criterio expuesto, en cumplimiento de la manda constitucional y legal citada se ejercerá la respectiva tutela la cual podrá abstraerse de los agravios que pudieran ser planteados por las partes intervinientes en el proceso.

IV.- Admisibilidad

El recurso de queja fue interpuesto por escrito, en término, ante el Tribunal Superior de Justicia y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio (cfr. arts. 23 de la ley N° 2145 y 33 de la ley N° 402).

En relación con el carácter de la decisión contra la que se dirige el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a defender, debo señalar que el Tribunal Superior ha dicho, en numerosas oportunidades, que los pronunciamientos que acuerdan o deniegan medidas cautelares, incluso los dictados en procesos de amparo, no constituyen la sentencia definitiva prevista en el art. 27 de la ley N° 402, aunque pueden eventualmente ser equiparados a ella cuando esté en juego un gravamen de imposible reparación ulterior¹.

Por este motivo, corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva (como en el caso) la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal Superior en este estado del proceso².

En este sentido, considero que en las presentes actuaciones el GCBA ha acreditado tal circunstancia. En efecto, le asiste razón al sostener que la decisión debe equipararse a una definitiva pues "...al no admitir el agravio relativo a la falta de legitimación de la Asesoría Tutelar, produce un perjuicio irreparable a la vez que un daño irremediable al GCBA (...) por cuanto concede tácitamente

¹ Cfr. TSJ en "Pérez Molet, Julio César s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio Cesar c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA)", Expte. N° 5872/08, sentencia del 27 de agosto de 2008.

² Conf. sentencias del TSJ, Expte. n° 2570/03 "Covimet SA c/ GCBA s/ otros procesos incidentales s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado Expte. n° 2461/03 "Covimet SA s/ queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Covimet SA c/ GCBA s/ medida cautelar', resolución del 17 de diciembre de 2003; Expte. N° 1516/02 "Agencia Marítima Silversea S. A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/ acción declarativa —incidente s/ medida de no innovar—", resolución del 10/07/02, con cita de Fallos: 313:279 y del Expte. N° 1215/01 "Clínica Fleming s/ recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/ art. 72 CC — incidente de clausura— apelación", resolución del 19/12/01.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

legitimación activa a quien no demuestra tener ningún interés respecto [d]el objeto del proceso” (fs. 1205 del ppal.). En esta línea, agregó que “...fácil es de advertir que de no concederse el recurso de apelación, no se otorgará a mi parte la posibilidad [de] que el TSJ resuelva sus planteos, y se condenará al [GCBA] a continuar litigando en este pleito, contra un sujeto que NO ostenta legitimación procesal activa” (fs. 17 vta.).

Este criterio fue seguido *in re* “Di Filippo, Facundo Martín y otros c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales”, precedente en el que se expuso que corresponde equiparar a definitiva una decisión como la de autos “...porque el perjuicio invocado no va a encontrar reparación con el avance del proceso, sino, más bien, un mayor acrecentamiento. Ello así, toda vez que este proceso viene tramitando sin que se hubiera instado una acción que lo hiciera posible”. Asimismo, y en el sentido señalado, en dicha oportunidad se agregó que “Corroborar la existencia una ‘causa’ acerca de la cual se deba adoptar una decisión judicial es una cuestión que corresponde a los jueces verificar, aun de oficio...”³.

Expuesto ello y en ejercicio del rol que le compete a este Ministerio Público, tal como fuere reseñado precedentemente, no puedo dejar de señalar que la decisión que declaró abstracto el recurso de apelación intentado por el GCBA exhibe una fundamentación aparente, que lesiona el derecho a una tutela judicial efectiva.

En efecto, el recurso de apelación incoado contra una medida cautelar posee, conforme lo dispuesto por el art. 181 de la ley N° 189, **efecto no suspensivo**. Así, el sujeto obligado por el dictado de una medida de tales características se ve compelido a cumplir con la orden del magistrado interviniente, sin que ello obste a la interposición del recurso respectivo. En consecuencia, el efectivo cumplimiento de la orden judicial no puede convertirse

³ TSJ, expte. n° 8668/12 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Di Filippo, Facundo Martín y otros c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales”, sentencia del 15 de abril de 2014. Voto del Dr. Lozano al que adhirió la Dra. Conde.

en un fundamento válido para cerrar dicha vía recursiva. Proceder en tal sentido constituye un desmedro del derecho a una tutela judicial efectiva, reconocido por imperio constitucional y convencional (cfr. arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Precisamente, en el ámbito convencional, el art. 25 de la Convención Americana o “Pacto de San José de Costa Rica”, establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”. Esto incluye la posibilidad de interponer un recurso que garantice la revisión de una decisión jurisdiccional por parte de un órgano superior, máxime cuando se encuentran en juego normas de carácter constitucional o convencional.

La decisión de la Sala que declaró abstracto el recurso en virtud de que el GCBA cumplió con lo ordenado por el Sr. juez de la instancia de grado, en cuanto impidió el tratamiento del agravio vinculado a la falta de legitimación de la parte actora, privó al recurrente del derecho mencionado, motivo por el cual debe ser revocada.

V.- Sobre la cuestión debatida en autos

Cabe resaltar que, aun cuando los presentes actuados refieran al tratamiento de una medida cautelar, ello no obsta que el magistrado verifique de oficio la existencia de un caso que permita habilitar su jurisdicción. Esto es así por cuanto el art. 106 de la CCABA impone a los jueces operar sobre causas, es decir, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos, colectivos y/o de incidencia colectiva y no sobre toda clase de conflicto o disputa, por significativos que fueren; extremo que, conforme inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en lo que sigue CSJN), recogida



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

también por V.E., incumbe a los jueces **verificar, aun de oficio**⁴.

En esa línea, respecto a la legitimación para actuar, tiene dicho la CSJN que la legitimación de los sujetos para promover las acciones judiciales constituye un presupuesto necesario para que exista un "caso o controversia" que deba ser resuelto por el Tribunal⁵, y que el mismo es *comprobable de oficio*, en la medida que su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes⁶.

En este sentido, la CSJN también ha indicado que la existencia de "caso" presupone la de "parte", esto es, la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso.

Cierto es que la reforma constitucional de 1994 introdujo una modificación sustantiva, pues mediante la nueva redacción del art. 43 amplió la tutela, pues la acción de amparo ya no sólo procede ante la vulneración de un derecho subjetivo, sino también frente a la afectación de bienes colectivos, derechos de incidencia colectiva y derechos que tienen por objeto intereses individuales homogéneos⁷.

En el primero de estos casos, la acción sólo puede ser intentada por la persona titular del derecho afectado. En el segundo, están legitimados la persona afectada, el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que concentran el interés colectivo. Para el último de los supuestos, la CSJN ha afirmado que su procedencia requiere la verificación de tres elementos: a) la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; b) que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar y; c) que

⁴ Conf. Fallos: 331:2257; 308:1489, entre muchos otros y doctrina receptada en el voto del Juez Lozano en el precedente "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Yell Argentina SA c/ GCBA s/ acción meramente declarativa art. 277 CCAT'", expte. n° 8133/11, sentencia del 23 de mayo de 2012.

⁵ Conf. Fallos 322:528, 326:3007, entre otros.

⁶ CSJN, "Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Pcia. De Córdoba y otros s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia de fecha 20/05/2014.

⁷ Conf. CSJN *in re* "Halabi, Ernesto c/ PEN -ley 25873- dto. 1563/04 s/ amparo", sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111.

el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda⁸.

Por su parte, en el ámbito de la CABA, el art. 14 del texto constitucional local amplia aún más la legitimación para interponer una acción de estas características, pues también se autoriza a cualquier habitante, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor⁹

No obstante cualquiera sea el supuesto por el que se pretenda accionar, el Máximo Tribunal Federal ha sostenido, en reiteradas ocasiones que “la ‘parte’ **debe demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido** y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia”, esto es “**que los agravios expresados la afecten de forma ‘suficientemente directa’ o ‘substancial’**”¹⁰. Puntualizando la idea, la Corte indicó que “...cabe destacar que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la exigencia de tal requisito ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene **"suficiente concreción e inmediatez"** y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes...”¹¹.

En sintonía con ello, V.E. ha elaborado una consistente línea jurisprudencial. Así, ha sostenido que:

Cabe poner de resalto que los jueces rebasaríamos ampliamente el ámbito de control que nos permite ejercer la Constitución en el Estado de Derecho si, al resolver un juicio, decidiéramos indagar acerca del mérito y conveniencia que podría tener para

⁸ Conf. “Halabi” op. cit.

⁹ Conf. TSJ *in re* “Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 04/11/2009, del voto del Dr. Lozano.

¹⁰ Fallos: 306:1125; 308:2147 y 310:606, entre otros.

¹¹ CSJN, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional – ley 26.124- s/ amparo”, citado por el Juez Lozano en el precedente Expte. n° 10700/14 “Pisoni, Carlos c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia de fecha 6 de marzo de 2015 (el destacado no obra en el original).



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

un vecino (o determinado grupo) la sanción o derogación de una ley. Ese no es el rol que la Constitución asigna al Poder Judicial (...) pero la respuesta a estos problemas es improponible al Poder Judicial cuando, como se dijo, bajo la apariencia de un "caso", en realidad sólo se pretende que se decida en forma casuística e inorgánicamente acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia de una determinada regulación legal, en reemplazo de la necesaria intervención de los poderes políticos...¹².

Asimismo, en oportunidad de resolver una causa iniciada por la Asesoría General Tutelar a fin de que se garantizara el derecho a la salud integral de todos los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad, el distinguido Dr. Lozano afirmó que:

La generalización de la pretensión es lo que aleja el objeto propuesto del que puede constituir el de un proceso judicial, particularmente, porque, más allá de la formulación lata del reclamo, no se mostró que el derecho a la salud del grupo etario en cuestión sufriera afectación alguna por el modo en que se distribuyen las unidades de terapia intensiva pediátricas en los hospitales de la Ciudad o en las instituciones sujetas a convenio (...) Si la pretensión no distingue situaciones particulares sino que se reclama globalmente que se garantice el derecho a la salud, no suscita una controversia, sino que se cuestiona la gestión de gobierno al elegir las estrategias y prioridades en la materia, planteo que debe ser solucionado en los comicios, en los cuales se escoge a quienes se supone capaces de encarnar la gestión que el votante prefiere (...) la solución que se pretende a través de la petición genérica de la atención a la salud, llevaría al Poder Judicial a la realización de actos de carácter administrativo (...) Todas funciones reservadas al Poder Ejecutivo¹³.

En otro precedente en que se plantearon circunstancias análogas al presente caso (motivo por el cual, como se expondrá a continuación, estimo que corresponde estar a lo allí resuelto) vinculadas a la omisión del GCBA en desarrollar las acciones tendientes a garantizar una adecuada prestación de los servicios médicos en una institución pública, V.E. agregó que:

¹² Expte. N° 6261/08 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", del voto de los Dres. Conde y Casás.

¹³ Expte. n° 9264/12 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 19 de diciembre de 2013.

...el ámbito judicial no es el propicio para debatir este tipo de cuestiones, no solo porque el plexo constitucional impide la intervención de los magistrados —en el marco del control de constitucionalidad difuso— cuando no existe un caso, causa o controversia concreta, sino también porque el Poder Judicial carece del conocimiento técnico y de los recursos humanos necesarios para analizar y determinar cuáles serían las políticas de salud más *convenientes* para el normal funcionamiento del nosocomio¹⁴.

Más recientemente, en un caso donde se pretendía la protección del patrimonio cultural, el mismo magistrado sostuvo:

La legitimación para la protección del patrimonio cultural prevista con gran amplitud en el art. 14 de la CCBA es para articular acciones en bien de derechos o intereses colectivos reconocidos por normas locales cuyo objeto sea proteger ese patrimonio. No cabe extender esa legitimación por fuera de lo que el Constituyente contempló, puesto que ello serviría para colocar a un juez a efectuar un control de otros poderes en exceso de lo que la CCBA previó. En ese orden de ideas, el art. 14 de la CCBA no acuerda un derecho colectivo a impugnar actos administrativos, lo que es colectivo es el derecho a obrar en defensa (“protección”) del ambiente o, en el caso, del patrimonio cultural e histórico¹⁵.

De todo ello se colige que, pese a la ampliación en término de los sujetos habilitados para promover la acción de amparo establecida por los nuevos textos constitucionales, el requisito de la existencia de un agravio concreto e inmediato (lesión, restricción, alteración o amenaza producidas por un acto u omisión) no puede ser suplido al momento de analizar la procedencia de un amparo, se trate de uno que tengo por objeto tutelar derechos subjetivos o de amparos colectivos. De esta forma, “para reconocerle al peticionario legitimación para obrar, y consiguientemente, para que exista un caso o una causa judicial se requiere que exista entre quien pide la intervención del tribunal y el derecho que

¹⁴ Expte. n° 8772/12 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Selser, Jorge Guillermo c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales en: Selser, Jorge Guillermo c/ GCBA s/ amparo”, sentencia del 26 de diciembre de 2013, del voto de la Dra. Conde.

¹⁵ Expte. n° 10501/13 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Teso, Oscar Emilio y otros c/ GCBA y otros s/ Otros procesos incidentales”, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2014. Reiterado por el mismo juez en el punto 8.1 de la sentencia dictada en los autos Expte. n° 10700/14 “Pisoni, Carlos c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, de fecha 6 de marzo de 2015.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

invoca una relación lo suficientemente cierta e inmediata que justifique su conocimiento por aquel¹⁶.

Expuesto lo que antecede, corresponde analizar las circunstancias particulares del caso bajo estudio. En este sentido deben recordarse los términos en lo que fue presentada la pretensión de la parte actora.

De fs. 1/17 vta. del ppal. surge que el asesor tutelar de primera instancia promovió una acción de amparo en los términos de los artículos 43 de la CN, 14 de la CCABA y la ley N° 2145. Ello por hallarse gravemente afectado el derecho a la salud de los niños, niñas –nacidos y no nacidos–, madres, padres y demás adolescentes y personas con padecimientos mentales que reciben atención médica en el Hospital General de Agudos “José María Penna”, debido a la omisión del Estado local de prestar adecuada atención a los pacientes que allí se atienden. Ante dicha circunstancia solicitó “se ordene [al GCBA] la ejecución de las obras de infraestructura, y designación de personal médico, de enfermería y administrativos necesarias a fin de poner el Hospital en condiciones apropiadas para una normal prestación del servicio de salud” (fs. 1 del ppal.).

De este modo, se advierte que en su presentación, el Sr. asesor tutelar de primera instancia se limitó a efectuar una reseña de diversas normas nacionales e internacionales referidas al derecho mencionado y a citar doctrina y jurisprudencia sobre la temática, sin identificar la composición del presunto colectivo en representación del que interpuso la acción y, además, sin demostrar cual es el perjuicio actual y concreto sobre los derechos de ese conjunto de personas que irrogarían las omisiones atribuidas a la parte demandada. De manera que, en realidad, tal como está formulada, la finalidad de la acción promovida exhibe la mera discrepancia del recurrente con las políticas adoptadas por la Administración o, mejor dicho, tal como lo demuestran las constancias de autos, con los tiempos que demanda la implementación de tales acciones.

Así, al carecer la demanda de la correspondiente identificación de los sujetos en cuya representación se dice actuar y del perjuicio actual y concreto que se atribuye a la omisión en que habría incurrido la demandada, nos encontramos en un supuesto de ausencia de causa o caso, tal como fue referenciado precedentemente.

En sintonía con ello, la inexistencia de caso denota la ausencia de legitimación del Sr. asesor tutelar para perseguir la pretensión inserta en su demanda. De este modo, resultando el supuesto de autos análogo a los analizados por V.E. en numerosos precedentes, entre ellos “Asesoría Tutelar CAYT n° 2” y “Selser”, citados con anterioridad, debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA, revocarse la decisión de la Sala de fs. 771/784 vta. y rechazar la demanda deducida por la Asesoría Tutelar N° 2.

Precisamente, en el último de los antecedentes mencionados, el TSJ efectuó consideraciones que son particularmente aplicables al caso de autos, motivo por el cual estimo oportuno reproducirlas, haciendo propios los términos allí expuestos:

Este proceso no está orientado a proteger un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico que se encuentre afectado concretamente por una conducta activa u omisiva del Estado local, sino más bien a manifestar la disconformidad de la parte actora con determinadas políticas de salud llevadas a cabo por la demandada en cuanto al manejo del Hospital Lagleyze, y a intentar que en sede judicial se adopten las medidas administrativas que estima convenientes para mejorar la prestación del servicio de salud en dicho nosocomio (...)

La introducción de pretensiones en el proceso por parte del Sr. Selser, y su acogimiento por parte de la Sra. Jueza de primera instancia, fue motivado principalmente por las necesidades detectadas en inspecciones oculares y relevamientos de la situación del Hospital realizados por el juzgado y la asesoría tutelar, y por las declaraciones y requerimientos efectuados por el personal jerárquico del mismo. Pero el juicio formado de esta manera no resulta idóneo para reemplazar y desplazar la evaluación general de la situación del hospital y la adopción de decisiones que implican asignación de recursos por parte de las autoridades



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

competentes (...)

El criterio aquí expuesto no implica dejar desamparadas las necesidades de personal, insumos, equipamiento médico e infraestructura del hospital, sino encauzar su satisfacción por la vía pertinente: la actividad interna o interorgánica de la Administración.¹⁷.

VI.- Petitorio

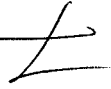
Por las razones expuestas, considero que el Tribunal Superior debería hacer lugar al recurso de queja e inconstitucionalidad interpuestos y, por las consideraciones expuestas precedentemente, rechazar la demanda.

Fiscalía General, 18 de junio de 2015.

Dictamen FG N° 322-CAyT/15


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.


DIEGO F. PAUL
SECRETARIO
FISCALÍA GENERAL

¹⁷ TSJ, en “Selser” op. cit., del voto de la Dra. Conde.

