



Luis J. Cevasco
LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Expte. N° 12019/15 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad en Asesoría Tutelar CAYT N° 1 (Res 11 VP-CDNNYA-2012) c/ GCBA y otro s/ amparo".

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.- Objeto

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad denegado, interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), de conformidad con lo dispuesto a fojas 238, punto 2.

II.- Antecedentes y síntesis de la cuestión debatida

La Asesoría Tutelar N° 1 en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad promovió una acción de amparo contra el GCBA para que se le ordene cumplir con su obligación constitucional de garantizar el derecho a la protección y cuidado integral, en especial el derecho a la salud mental, de niños, niñas y jóvenes que viven actual o potencialmente en el "CE.PRE.AP S.R.L." (Centro Preventivo Casa Púrpura, en lo que sigue, el Centro), institución subsidiada por el GCBA a través del pago de becas de alojamiento, atención y asistencia, por la cual abona mensualmente un monto monetario fijo (conforme fojas 120/179 vuelta).

En tal sentido, solicitó que se ordene concretamente a la parte demandada:

- a) rescindir todo convenio entre la Ciudad y el Centro;
- b) cancelar la inscripción de dicha firma en el Registro de Organizaciones No Gubernamentales del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en lo que sigue, el Registro);

c) efectuar una auditoría interna en miras de evaluar el uso y afectación de los fondos públicos transferidos al Centro en el marco del convenio suscripto.

Con fecha 06 de septiembre de 2013, el Sr. juez de grado hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y, en consecuencia, ordenó al GCBA que (conforme fojas 17 y vuelta):

a) instrumente los mecanismos que correspondan para proveer un recurso asistencial idóneo a fin de brindar atención adecuada a las personas alojadas en el Centro y a todas aquellas que en el futuro fueran derivadas a ese dispositivo;

b) informe en el plazo de diez (10) días si existía otro efector en condiciones de cumplir con la finalidad antedicha o, en su defecto, que en el plazo de ciento veinte (120) días lo crease, dotándolo de la infraestructura y los recursos materiales y humanos necesarios para su adecuado funcionamiento;

c) una vez finalizado el traslado rescinda el convenio con el Centro y cancele su inscripción en el Registro:

d) durante el lapso que transcurra hasta la finalización del proceso, se designe interventor judicial al trabajador o trabajadora social que resulte sorteado.

Por su parte, la Sala III del fuero, con fecha 30 de septiembre de 2014 resolvió, por mayoría, modificar la sentencia, disponiendo que el interventor judicial a ser designado sea un equipo médico especializado en salud mental y que se amplíen los plazos propuestos por el magistrado de grado. Respecto a las restantes cuestiones, confirmó la sentencia de primera instancia (conforme fojas 66 vuelta).

Frente a ello, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad en el que planteó:

a) La legitimación de la parte actora: la sentencia lesiona de forma directa



Luis J. Cevasco
LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

la garantía del debido proceso legal adjetivo y el derecho de defensa, pues otorga a la actora una legitimación que no posee (conforme fojas 69 vuelta).

b) Exceso de jurisdicción: las cuestiones a resolver corresponden a la potestad exclusiva que tiene la Administración de tomar decisiones que considere idóneas para ejecutar una adecuada política de recursos de salud (conforme fojas 73).

c) Apreciación de la prueba: la sentencia adolece de cierta parcialidad en la valoración de los elementos de prueba incorporados en la causa. Además, las afirmaciones ventiladas por la parte actora deben ser corroboradas por otros medios probatorios que otorguen fuerza convictiva suficiente sobre la realidad y entidad de los hechos que denuncia (conforme fojas 76 vuelta).

d) Cumplimiento imposible: la sentencia es de cumplimiento imposible debido a que el Centro es el único hogar que admite jóvenes con un perfil psicopatológico de estas características, a saber: retraso mental de gravedad, trastornos psicóticos, trastornos en el control de los impulsos, de comportamiento perturbador, comorbilidad de dos o más de los cuadros mencionados (conforme fojas 78 vuelta/80).

La Sala, con fecha 13 de febrero de 2015, denegó el recurso de inconstitucionalidad (conforme fojas 83 vuelta), básicamente, por los siguientes fundamentos:

a) no se verifica la concurrencia de un agravio constitucional, puesto que la decisión recurrida no involucra la interpretación de normas de jerarquía constitucional ni de normas jerárquicamente inferiores pretensas o declaradas contrarias a la Constitución Nacional (CN) o local (CCABA) (conforme fojas 83, considerando III, 5° párrafo);

b) la cuestión debatida implica meramente el análisis de normativa infra constitucional, y de elementos de hecho y prueba (conforme fojas 83, considerando III, 6° párrafo).

Esa denegatoria motivó la interposición de la presente queja (conforme fojas 85/99 vuelta).

III.- Análisis de admisibilidad

En relación con la admisibilidad de la queja, cabe señalar que fue presentada por escrito, ante el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, el TSJ) y se dirige contra una sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa (conforme artículo 33 de la Ley N° 402 y 23 de la Ley de Amparo N° 2145).

Además, contiene una crítica fundada de los argumentos expresados por la Alzada para rechazar el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto, por tanto, corresponde que se lo declare admisible (conforme artículo 33 de la Ley N° 402).

En efecto, si bien por un lado, al hacer lugar a la demanda, las instancias anteriores reconocieron legitimación a la parte actora en este proceso colectivo; por otro, el recurrente invoca la ausencia de tal legitimación. De esta forma, se pone en debate la inteligencia atribuible a diversas cláusulas constitucionales (artículos 43 de la Constitución Nacional, 14 y 106 de la CCABA) y ello podría traducirse, tal como afirma el recurrente, en una clara vulneración del derecho de defensa en juicio y del debido proceso, al obligar al GCBA a litigar en defensa de sus intereses frente a quien no está habilitado para iniciar el pleito.

Por tal motivo, se configura un verdadero caso constitucional.

VI.- Sobre las cuestiones debatidas

Considero que asiste razón al GCBA al indicar que la Sra. asesora tutelar no se encuentra legitimada para interponer la presente acción. En efecto, tal como expondré seguidamente, no está acreditado en autos que la petición incoada por la parte actora tenga por objeto la tutela de un derecho de incidencia colectiva, así como tampoco ha demostrado que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido o que posee un interés jurídico suficiente en



Luis J. Cevasco
LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

la resolución de la controversia, esto es, que los agravios expresados constituyan una causa judicial y afecten de forma suficientemente directa o substancial algún representado del Ministerio Público Tutelar.

Ello, con base en los siguientes fundamentos:

a) En materia de legitimación procesal, el primer paso debe ser delimitar con precisión qué tipo de derechos se pretenden tutelar mediante la pretensión articulada (confrontar fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 970. XXXIX "Asociación Mujeres por la vida", 31/10/06, considerando 8° del voto del Dr. Lorenzetti).

Conviene señalar en este punto que los argumentos por los cuales se ha avalado la legitimación de la Sra. asesora tutelar y, en definitiva, se ha hecho lugar al amparo, tanto en primera como en segunda instancia, parten de una premisa central sustentada en la afirmación categórica de que nos encontramos frente a un proceso en donde se debaten derechos de incidencia colectiva.

No obstante, no existe uniformidad de criterio entre los magistrados intervinientes respecto de si se trata de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela de un bien colectivo o bien, si se trata de la protección de derechos individuales homogéneos. Mientras el magistrado de la instancia de grado, como así también el Dr. Centanaro, parecen reconocer la primera de estas hipótesis (conforme fojas 7 vuelta., considerando IX, párrafo 5° y 58 vuelta., considerando III, respectivamente), el Dr. Zuleta es categórico al afirmar que se trata de un caso que involucra derechos de incidencia colectiva por afectación de intereses individuales homogéneos (conforme fojas 41 vuelta, párrafo 4°).

Ante tal circunstancia, considero oportuno efectuar un análisis de ambas líneas argumentales.

a.i) La parte actora identificó como bien lesionado la salud integral de las personas con padecimientos mentales con la convicción de que el derecho a la

salud es un derecho de incidencia colectiva.

Sin embargo, cabe señalar que la salud no constituye un derecho colectivo desde que el constituyente local no lo ha incluido en el art. 14 CCABA, segundo párrafo. Es que únicamente conforman derechos colectivos aquellos que expresamente han sido así catalogados por la Constitución de la Ciudad (confrontar Tribunal Superior de Justicia, Expediente. N° 5161/07 "Baltroc, Beatriz Margarita", 12/09/07, considerando 5.1, párrafos 2° y 3° del voto del Dr. Lozano y Expte. N° 10700/14 "Pisoni, Carlos", 06/03/15, considerando 8.6, párrafo 3° del voto del Dr. Lozano).

Asimismo, cabe destacar que el carácter colectivo del derecho a la salud tampoco reconoce origen legal. Si bien este derecho ha recibido una amplia regulación legal en el ámbito de la Ciudad, particularmente a través de la sanción de la Ley N° 153, no existe disposición normativa alguna que permita extraer que se trate de un derecho colectivo. Lo mismo acontece, específicamente, con el derecho a la salud mental, regulado en la Ley N° 448.

Como corolario de lo anterior, es dable aseverar que la falta de afectación de un derecho colectivo inhibe la posibilidad de reclamar la representación colectiva. Tampoco la mera invocación de que la pretensión se formula en relación con su faz integral es suficiente para lograr su habilitación.

a.ii) Por otra parte, considero oportuno señalar que no sólo las normas (constitucionales o legales) no catalogan al derecho a la salud de como colectivo, sino que tampoco refieren que éste se integre con las condiciones de seguridad y mínimo de recursos humanos que la Asesoría Tutelar entiende que deben existir en un centro de las características que posee el aquí en cuestión.

Aun en el supuesto de que el tribunal entienda que el derecho a la salud – pese a no identificarlo las normas–, constituye un derecho colectivo, no se explica cómo integrar ese derecho y por qué motivo frente a la ausencia normativa, es la judicatura quien se encuentra en mejores condiciones para integrarlo.



Luis J. Cevasco
LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

De esta manera, al no existir fundamento normativo alguno, el tribunal tampoco explica por qué la judicatura estaría en mejores condiciones de determinar el contenido del derecho y cuáles son los argumentos para identificar las pretensiones de la actora con el derecho a la salud.

Tales consideraciones, me llevan a sostener que la catalogación de la salud como derecho colectivo tiene como única finalidad, en este caso, admitir el cuestionamiento de una política pública, que por supuesto tiene impacto colectivo en toda la sociedad.

a. iii) La actora, también invocó la existencia de intereses individuales homogéneos. Consecuentemente, la pretensión se sustentó en la afectación de derechos individuales.

Sin embargo, no acreditó la concurrencia de los presupuestos que, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia, hacen a las acciones tendientes a tutelar derechos individuales homogéneos, entre ellos: la existencia de una clase determinada o determinable; que la representación que se alega sea adecuada; o que exista un hecho o acto o un conjunto de hechos o actos que causen una lesión a una pluralidad de derechos individuales homogéneos (confrontar Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 332:111; XLIII. REX, "PADEC c/ SWISS MEDICAL S.A. s/NULIDAD DE CLAUSULAS CONTRACTUAL", sentencia del 21/08/2013 y TSJ, Expediente N° 8723/12 "Asociación Trabajadores del Estado", 07/06/13, considerando 4.3 del voto del Dr. Lozano).

En esta línea, es preciso destacar que la Sra. asesora tutelar no invocó expresamente en su demanda la representación de los niños, niñas y jóvenes alojados en el Centro, pues no surge de sus dichos que haya fundado su intervención en el art. 49, inc. 2° de la Ley N° 1903 (actual artículo 53, inciso 2° de la Ley N° 4891).

No obstante ello, y aun cuando hipotéticamente se considerase que la

actora dedujo la acción en los términos del ordenamiento citado precedentemente, la Sra. asesora tutelar no acreditó que todos los alojados sean menores de edad o posean una declaración de incapacidad; ni siquiera que todos ellos hayan visto lesionado su derecho a la salud.

Además, no demostró que los residentes del Centro carecieran de representantes legales (confrontar apartado iii del inciso “b” del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación –CCyCN–) o que éstos (sean sus progenitores, tutores o curadores) hayan incurrido en inacción o ejercido la representación que les compete de manera deficiente (confrontar apartado i del inciso “b” de la norma citada *ut supra*).

Tampoco probó la existencia de un interés público que predomine sobre el derecho que tuviere el representante del menor o incapaz y cuya promoción haya sido atribuida al Ministerio Público Tutelar; y menos aún, la afectación del orden público, circunstancias todas que se erigen como requisitos necesarios para habilitar la intervención autónoma del mismo (confrontar Tribunal Superior de Justicia, Expediente N° 9089/12, “Asesoría Tutelar CAyT N° 2”, 04/12/13, considerando 5, párrafo 4 del voto del Dr. Lozano; y Expte. N° 9264/12 “Asesoría Tutelar N° 2”, 19/12/13, considerando 6, párrafo 4°, del voto del Dr. Lozano).

Por otra parte, no puede dejar de resaltarse que –conforme surge de autos– algunos de los menores y jóvenes que residen en el Centro han sido derivados por orden judicial. Así pues, la pretendida representación principal en cabeza del Ministerio Público Tutelar local importa inmiscuirse en las decisiones que competen a los jueces civiles y las funciones asignadas al Ministerio Público de la Defensa del fuero nacional en lo Civil.

Lo expuesto resulta suficiente para hacer lugar al agravio del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y, consecuentemente, admitir la falta de legitimación de la parte actora.

b) Finalmente, no debe pasarse por alto que la Ley N° 114 previó en el artículo 45 la creación del Consejo de los Derechos de las Niñas, Niños y



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Adolescentes como organismo especializado que tiene a su cargo las funciones en materia de promoción y protección integral de los derechos de tal grupo.

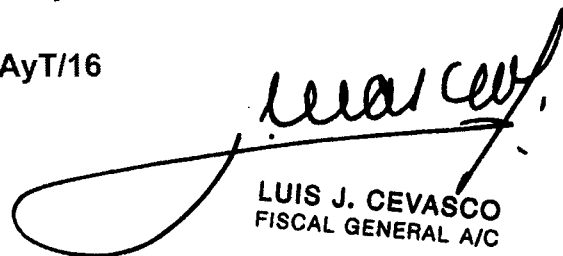
Dicho organismo se conforma de una Dirección Ejecutiva y un Plenario (artículo 47 de la norma citada). Dentro del Plenario, la Asesoría General Tutelar tiene designado un representante (confrontar artículo 49, inciso "k").

El debate, entonces, sobre posibles falencias de un prestador debió desarrollarse en el seno del Plenario del mencionado Consejo del cual la actora forma parte.

Por los fundamentos expuestos, considero que debe hacerse lugar a los recurso de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, revocarse la sentencia de fojas 20/66 vuelta y rechazarse la demanda.

Fiscalía General, **2** de mayo de 2016.

DICTAMEN FG N° 319-CAyT/16


LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

Seguidamente se remitió al Tribunal Superior de Justicia. Conste.

