



Expte. n° 12412/15 "Asesoría Tutelar n° 2 ATCAYT 212/12 s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"

Buenos Aires, 18 de octubre 2017

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

resulta:

1. Llegan estas actuaciones al acuerdo del Tribunal Superior de Justicia para resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) a fs. 487/495.

2. El Asesor Tutelar a cargo de la Asesoría Tutelar n° 2 ante los Juzgados de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad promovió demanda de amparo contra el GCBA, a fin de que se le ordene a la demandada que ejecute obras de infraestructura (en lo que tiene que ver con la seguridad edilicia y prevención de incendios), insumos y nombramientos de personal necesarios a fin de poner al Hospital Municipal de Oncología Marie Curie en condiciones apropiadas para una normal prestación del servicio de salud (fs. 1/30 vuelta).

3. El GCBA contestó demanda, cuestionó la legitimación del Asesor Tutelar, alegó la ausencia de caso, causa o controversia judicial, y expresó que la vía del amparo era inadmisibles e improcedente (fs. 257/274 vuelta).

A fs. 368/379 el juez de primera instancia resolvió ordenar al GCBA que:

a) adecue a la normativa vigente y acredite documentadamente en autos, respecto del Hospital Municipal de Oncología Marie Curie: los Planos de Evacuación y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley 1346; las puertas y las de tipo tijera de los ascensores; las obras relacionadas con la Instalación de Servicios de Agua contra incendios; la renovación y puesta en norma del circuito de instalación eléctrica; la señalización e iluminación de emergencia; los aparatos sometidos a presión; la instalación de gas natural y artefactos que no cumplen con la normativa vigente; y la sala destinada al grupo electrógeno.

b) informe documentadamente en autos: el estado actualizado de la ampliación de la red de oxígeno del referido nosocomio; el estado actualizado del proceso de pre-licitación y tercerización de un archivo externo; y el estado actualizado del proceso de adquisición, entrega e instalación del acelerador lineal y sistema de braquiterapia de alta frecuencia; y

c) presente, en un plazo de 30 días, un plan de obra, junto a su respectivo cronograma, que contemple la adecuación de la escalera del Pabellón de Cirugías a las previsiones de la ordenanza 45.425 y normas complementarias.

4. El GCBA (fs. 388/393 vuelta) y la parte actora (fs. 394/424 vuelta) apelaron la sentencia.

A su turno, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso interpuesto por el GCBA, y admitió el recurso articulado por la parte actora, fijando en 60 días el plazo para que la demandada materialice todas las acciones, suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal del nosocomio en cuestión, a excepción del plazo de 30 que ya había dispuesto la sentencia de grado para la presentación del plan de obra y la adecuación de las escaleras (fs. 464/477).

5. Contra esta resolución, el GCBA interpuso el recurso del acápite 1, que fue contestado a fs. 503/510, y concedido por la Sala I a fs. 515/518.

A fs. 532/548 el Fiscal General consideró que el TSJ debería declarar bien concedido el recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de recurrida y rechazar la demanda.

Fundamentos:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido presentado en legal tiempo y forma y correctamente concedido por la Cámara, toda vez que —al menos en algunos aspectos— el recurrente plantea un genuino caso constitucional, fundado en la violación del principio republicano de división de poderes, el derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso, producto de una actuación judicial que invadió (en parte) la zona de reserva de la Administración Pública.

2. Ante todo corresponde expedirme sobre la **legitimación del Ministerio Público Tutelar** para iniciar acciones colectivas como la de



Expte. nº 12412/15

autos, en forma autónoma y sin intervención —en carácter de parte— de los representantes legales de los menores de edad e incapaces, pues la legitimación constituye un presupuesto procesal indispensable para el nacimiento y normal desarrollo de la causa.

2.1. En primer lugar, hay que destacar que resulta sustancialmente diferente el abordaje del concepto de “legitimación” según se trate de una acción individual o una colectiva:

- a) La legitimación activa en las **acciones individuales** en defensa de los derechos de menores de edad e incapaces, está regulada por el nuevo Código Civil y Comercial, según el cual —recogiendo los postulados de la doctrina procesal clásica— el ejercicio de la acción compete al titular del derecho afectado, por sí o a través de sus representantes legales o necesarios (art. 100 CCivCom). En esos casos, la intervención del Ministerio Público es (por regla) complementaria de la que ejercen los representantes legales, pero ante la ausencia, carencia, inacción o defectuosa actuación de los representantes legales [supuestos que deben ser acreditados, conforme el apartado 3º de mi voto en “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte.nro. 9089/12, sentencia del 04/12/2013], el Ministerio Público puede actuar judicialmente en forma principal o autónoma (art. 103 CCivCom).
- b) Distinto es el caso de las **acciones colectivas**, que no están reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación, y respecto de las cuales existen diversos principios y normas en otros plexos normativos (como los arts. 43 CN y 14 CCABA) que postulan una legitimación amplia y/o anómala, con el objeto de facilitar el acceso y la protección judicial de los derechos colectivos, y a la vez lograr que sean representados en forma adecuada.

En el ámbito local, una interpretación sistemática y armonizadora de las **normas contenidas en la Constitución porteña y la ley nº 1903**, nos permiten sostener que el Ministerio Público Tutelar está legitimado para iniciar, en forma autónoma, acciones judiciales en protección de derechos colectivos de sus representados. Y en tal sentido, cabe destacar lo siguiente:

- a) si el art. 14 CCABA le reconoce legitimación activa a “*cualquier habitante*” para iniciar un amparo colectivo, más aún al organismo público al que el plexo normativo (constitucional y legal) le confirió la obligación de defender los derechos de menores de edad e incapaces.

En tal sentido, cabe mencionar que el art. 125 CCABA establece que son funciones del Ministerio Público, entre otras, “*promover la*

actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad” y “procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social”, lo que resultaría compatible con la tesis que le reconoce legitimación para iniciar acciones judiciales en defensa de derechos que, como en el caso, exceden lo individual y afectan el interés general [en sentido concordante, ver Lorenzetti, Ricardo Luis, “Justicia colectiva”, pág. 160/162, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010].

Y los inc. 2º y 4º del art. 53 de la ley nº 1903 le asignan al Ministerio Público Tutelar la función de entablar en defensa de sus representados las acciones y recursos pertinentes, no solo junto a sus representados sino también en forma autónoma.

- b) El reconocimiento de legitimación y competencia al Asesor Tutelar para accionar judicialmente en forma autónoma y en defensa de los derechos colectivos de sus representados, considero que es la solución más acorde a la obligación estatal (consagrada expresamente en el art. 12 inc. 6 CCABA) de asegurar el pleno **acceso a la justicia** de los menores de edad e incapaces de los sectores más vulnerables, que suelen ser los principales afectados por las falencias en los sistemas de salud y educación públicos, pues sus condicionamientos económicos les impide reemplazar esas prestaciones con similares ofrecidas en el sector privado.

Y al mismo tiempo, esa situación de vulnerabilidad socio-económica suele transformarse en un impedimento material para que los representantes necesarios de los menores e incapaces promuevan acciones judiciales en defensa de sus intereses, por lo que ante su ausencia cabe presumir *iuris tantum* un supuesto de inacción que justifica aún más la apertura de la vía judicial por parte del Ministerio Público Tutelar, desde la óptica del art. 103 ap. b.i) CCivCom.

- c) Si analizamos esta cuestión desde la óptica de la **“representatividad adecuada”** que debe ostentar el representante del grupo tutelado mediante una acción colectiva (conf. lo dispuso la CSJN en el fallo *“Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”* del 24/02/2009, Fallos 332:111, referido a derechos individuales homogéneos pero aplicable, en lo referido a este concepto, a todo tipo de procesos colectivos), estimo que el Ministerio Público Tutelar cuenta no solo con competencia sino también con idoneidad específica para defender los derechos colectivos que atañen a menores de edad e incapaces, y posee una mirada omnicomprensiva de la problemática de autos, que lo torna especialmente apto para defender los intereses generales del grupo que pretende tutelar y no privilegiar situaciones individuales.



Expte. nº 12412/15

2.2. Ahora bien, el reconocimiento de las facultades del Ministerio Público Tutelar para iniciar acciones colectivas en defensa de los derechos de menores de edad e incapaces, no implica avalar la promoción de cualquier tipo de procesos, pues debe demostrar que se encuentra configurado un caso o causa susceptible de ser ventilado ante los tribunales, y que su actuación no se contradiga con los deseos e intereses de los menores según sus representantes legales.

Es decir, para que se le de trámite a una acción colectiva, el Asesor Tutelar deberá argumentar (i) que la pretensión planteada involucra en forma concreta derechos de incidencia colectiva de sus representados, y no situaciones de carácter netamente individual; (ii) que no existen medidas y/o acciones adoptadas por los representantes legales de los menores o incapaces y que resulten contrarias a la finalidad perseguida por el Asesor mediante la acción judicial pertinente; (iii) que el demandado haya incumplido una obligación jurídica concreta y exigible a cargo de la parte demandada; y (iv) que la acción judicial no constituye una intromisión en cuestiones reservadas al ámbito de la Administración, sujetas a su poder discrecional y a sus facultades para definir políticas públicas de acuerdo a los recursos existentes y la escala de prioridades.

2.3. En su demanda, el Sr. Asesor Tutelar expresó que interviene en tal carácter “... *a fin de resguardar la seguridad individual y colectiva, la salud y en definitiva la vida de los niños, niñas, adolescentes, personas con padecimientos mentales que allí se atienden, así como también de los trabajadores que prestan servicio en dicho nosocomio*” (fs. 1). Por su parte, el GCBA manifestó, en su primera presentación, que el Hospital Marie Curie, por tratarse de un hospital oncológico, no atiende niños ni adolescentes y tampoco personas con discapacidad mental (acta de audiencia, fs. 239 y vta.), argumento que fue mantenido por la demandada en su contestación de demanda (fs. 259), en su expresión de agravios (fs. 389 vta.) y en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 492).

Para esclarecer esta discrepancia, cobran relevancia las declaraciones del Dr. Guillermo Temperley, Director del Hospital. En sus intervenciones en este proceso, el Director del Hospital afirmó que “*en el hospital a su cargo se atienden personas desde los 16 años de edad*” (fs. 36), y que los niños o niñas son derivados a los hospitales Gutiérrez, Garrahan o Elizalde (ver fs. 239 vta.). Y respecto de la atención de incapaces, en la audiencia convocada por la Sra. Jueza de primera instancia, el Dr. Temperley dijo que no había incapaces internados pero mencionó “... *un caso de una paciente que luego de ser tratada fue derivada al Hospital Moyano*” (fs. 239 vta.).

Esas declaraciones resultan suficientes para concluir que dentro del universo de potenciales pacientes del Hospital Marie Curie, están comprendidos los adolescentes e incapaces que el Ministerio Público Tutelar representa, contrariamente a lo manifestado por el GCBA a lo largo del proceso.

En el marco de una acción colectiva como la presente, no es necesario que se individualicen casos concretos de menores o incapaces internados —como lo pretende la Ciudad—, pues el proceso colectivo no está orientado a tutelar determinadas situaciones individuales, sino a resguardar los derechos o intereses del grupo de personas afectadas por una conducta (activa u omisiva). Por lo tanto, lo que resulta exigible al Ministerio Público Tutelar es que demuestre que los derechos de las personas que representa podrían ser afectados por la conducta estatal denunciada en autos, y a tal efecto nada aporta la identificación concreta de pacientes del hospital, por la propia dinámica de la atención sanitaria en virtud de la cual los pacientes de hoy podrían no serlo mañana, y viceversa.

En conclusión: por éste y los motivos desarrollados en los apartados anteriores, y habida cuenta que el accionante interviene en defensa de los derechos a la salud e integridad física de los menores de edad e incapaces pacientes del hospital, que se verían afectados por una situación de hecho que incide en forma homogénea, debe desestimarse el planteo del GCBA orientado a desconocer la legitimación del Ministerio Público Tutelar para impulsar la presente acción colectiva.

3. Sentado lo expuesto, debemos determinar si en el caso concreto se respetan las exigencias mencionadas en el apartado 2.2, concretamente si se ha acreditado la existencia de omisiones estatales violatorias de los derechos de incidencia colectiva de menores de edad e incapaces, cuya subsanación pueda ser reclamada en el marco de un **“caso, causa o controversia judicial”**.

3.1. El Ministerio Público Tutelar inició el presente amparo con el fin de que se ordene al GCBA la ejecución de obras de infraestructura, insumos y nombramiento de personal en el Hospital Municipal de Oncología Marie Curie, que resultan necesarios para una normal prestación del servicio de salud (fs. 1), invocando como sustento de su acción la salvaguarda de la seguridad individual y colectiva, la salud y en definitiva, la vida de los niños, niñas, adolescentes y personas con padecimientos mentales que allí se atienden, así como también de los trabajadores que prestan servicio en dicho nosocomio.

Las instancias de mérito hicieron lugar al amparo y concedieron en forma total e indiscriminada diversos tipos de pretensiones, sin



Expte. nº 12412/15

explicar en forma concreta y detallada por qué cada una de ellas resultaban esenciales para proteger los derechos invocados. Y tampoco explica cuáles serían y de qué plexo normativo surgirían cada una de las obligaciones jurídicas incumplidas por el GCBA, que lo colocarían en el deber de realizar cada uno de los requerimientos. A modo de ejemplo, ¿cuál sería el concreto mandato jurídico incumplido por el GCBA, y el derecho vulnerado que justificaría que el Poder Judicial se inmiscuya en el proceso de pre-licitación y tercerización de un archivo externo para el hospital “Marie Curie”, y coloque a dicho procedimiento bajo su contralor? (ver fs. 379, ap. II.b de la parte resolutive).

Como he dicho anteriormente [ver mi voto en “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”, expte. nº 8772/12, sentencia del 26/12/2013], las acciones judiciales colectivas no pueden transformarse en un vehículo para debatir, en sede jurisdiccional, cuáles serían las medidas y políticas públicas más *convenientes* para mejorar la prestación de los servicios estatales, pues ello corresponde a la esfera de competencias reservadas a la Administración Pública, quien cuenta con la competencia y la idoneidad requerida para ejercer esa función, de acuerdo a los recursos disponibles y las prioridades fijadas. Por lo tanto, para que se justifique la iniciación de una acción judicial tendiente a condenar al Estado a que adopte determinada medida o política, el actor debe demostrar que ello es indispensable para proteger un derecho vulnerado, lo que no se advierte en el caso habida cuenta la *imprecisión y generalidad de la sentencia de Cámara*.

Por este motivo, corresponde revocar la sentencia del *a quo* en tanto hizo lugar indiscriminadamente a todas las pretensiones de la parte actora.

3.2. Explicitados los motivos que justifican dejar sin efecto la sentencia recurrida, corresponde resolver la cuestión, en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la ley nº 402, que reza: “*Si el tribunal revoca la decisión apelada, deberá resolver, cuando sea posible, sobre el fondo del asunto.*”

A tal fin, deben analizarse las pretensiones de autos, conforme las constancias de la causa y el plexo normativo aplicable, y resolver el planteo deducido por la actora diferenciando dos clases de peticiones:

- a) aquellas que se refieren a defectos de infraestructura y seguridad violatorios de la normativa vigente, y que ponen en riesgo la seguridad e integridad física de los pacientes y/o impiden que el

servicio hospitalario cuente con las condiciones imprescindibles para su normal desarrollo;

- b) las que apuntan al mejoramiento del servicio, que implican la valoración de cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, y donde no se advierte la existencia de un derecho constitucional concretamente vulnerado ni un específico deber jurídico incumplido.

Las primeras podrían configurar una problemática colectiva —por encontrarse potencialmente afectados todos los pacientes menores e incapaces del hospital— susceptible de ser canalizada por la presente vía judicial, pero las enumeradas en segundo lugar no configuran un “caso o causa judicial” susceptible de ventilarse ante los tribunales, pues implican una intromisión en facultades reservadas a la Administración Pública, motivo por el cual deberán solicitarse por la vía administrativa.

3.3. En tal entendimiento, las obras de infraestructura y seguridad destinadas a la adecuación de las instalaciones del hospital a la normativa vigente, ordenadas por la sentencia de grado, constituyen pretensiones del primer grupo, por lo que el pronunciamiento de la Cámara debe ser confirmado en este aspecto.

En efecto, se halla acreditado, mediante los informes agregados a la causa, el incumplimiento de la normativa vigente en materia de habilitación de ascensores, depósitos inflamables, medidas contra incendios, extintores, salidas de emergencia y planos de evacuación; así como el apartamiento de lo dispuesto en el Código de Edificación de la Ciudad, la ordenanza municipal 45.425, la ley 1346, la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo y su decreto reglamentario, entre otras normas. Y el *a quo* confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al GCBA que presente un plan de obra en el plazo de treinta (30) días, con su respectivo cronograma, a los efectos de adecuar la infraestructura, planos y servicios del hospital a la normativa vigente en la materia (ver fs. 378 vuelta/379: puntos I y III de la sentencia de primera instancia).

En conclusión: ante la existencia de estas obligaciones jurídicas incumplidas por el GCBA, lo que potencialmente produce una afectación colectiva de los derechos de adolescentes e incapaces, el Ministerio Público Tutelar está habilitado para reclamar su cumplimiento en forma autónoma y por la vía judicial [ver, en sentido concordante, lo manifestado por el Dr. Casás en los apartados 4.3 y 4.4 de su voto, y por el Dr. Lozano en el apartado 8.2.2 del suyo].

3.4. Por el contrario, el pronunciamiento debe ser revocado en tanto fijó un plazo de sesenta (60) días para que la demandada materialice las acciones de suministro de equipamiento médico, obras y



Expte. nº 12412/15

designaciones de personal del nosocomio, por tratarse de cuestiones reservadas a la Administración Pública y sujetas a su valoración de la oportunidad, mérito y conveniencia, todo lo cual resulta ajeno a un caso judicial.

Ello así, porque respecto de estos pedidos, la parte actora no acreditó la existencia de un derecho concretamente afectado, ni indicó cuál es la normativa que le impone al GCBA la obligación de satisfacer dichos requerimientos, cuyo incumplimiento configuraría una omisión ilegítima a los efectos de la procedencia de este amparo.

Al no existir un “caso”, “causa” o “controversia”, la actuación judicial aquí efectuada implicó una invasión en la esfera de competencias reservadas al Poder Ejecutivo, en cuanto cabeza de la Administración Pública, pues estas pretensiones de la parte actora no configuran más que su disconformidad con determinadas políticas de salud llevadas a cabo por la demandada en cuanto al manejo del Hospital Marie Curie, y apuntan 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.

Más allá de las buenas intenciones que puedan haber motivado a la Asesoría Tutelar a peticionarlas, lo cierto es que 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 hospital.

De acuerdo con la ley básica de salud de la CABA (nº 153) es el Ministro de Salud quien, en última instancia, define cuáles son las necesidades de cada unidad del sistema de salud y planifica cómo ir resolviéndolas de acuerdo a los recursos económicos con que cuenta. Y esta pauta no es caprichosa sino razonable, pues el punto de vista que pueda tener la Asesoría Tutelar respecto de este nosocomio carece de la visión integral que guía al Ministro de Salud, cuya definición de prioridades —en base a su limitado presupuesto— no puede ser alterada por un juez, por los motivos anteriormente enunciados.

4. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por:

a) hacer lugar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, revocar parcialmente la sentencia de la Sala I en tanto fijó un plazo de sesenta (60) días para que la demandada materialice las acciones de suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal

del Hospital Municipal de Oncología Marie Curie, y rechazar la demanda respecto de esas pretensiones;

b) confirmar la sentencia de Cámara en cuanto ordenó la realización de reformas de infraestructura y seguridad destinadas a la adecuación de las instalaciones del hospital a la normativa vigente;

c) imponer las costas del pleito y del recurso en el orden causado, atento la existencia de vencimientos recíprocos (art. 65 CCAyT) y que todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. El Sr. Asesor Tutelar de primera instancia del fuero CAyT dedujo demanda de amparo contra el GCBA con el objeto de que cesara en su omisión de prestar adecuada atención a los pacientes que se atienden en el Hospital de Oncología Marie Curie. Su pretensión, de acuerdo al relato de la Cámara sin que exista controversia al respecto, es la siguiente: "...que se ordene [al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires] la ejecución de las obras de infraestructura (en lo que tiene que ver con la seguridad edilicia y prevención de incendios), insumos y nombramientos de personal necesarios a fin de poner al hospital (...) en condiciones apropiadas para una normal prestación del servicio de salud, de modo respetuoso de los derechos humanos..." (cf. fs. 1/31 de los autos principales).

Fundó su legitimación en el art. 49 (hoy 53), incs. 2° y 4° de la ley n° 1903. Afirmó que, a la luz del art. 49, inc. 9° de aquella ley corresponde a los Asesores Tutelares de primera instancia inspeccionar los establecimientos de internación o tratamiento de niños, niñas y adolescentes y personas con padecimientos mentales, tanto públicos como privados (fs.1/ vta. vta.).

Solicitó que se ordenara al GCBA que: a) subsanara la falta de espacio edilicio que no permitía contar con otro ascensor camillero; b) instalase un hidrante a nivel del 4° piso y agregar a los instalados en los pisos 1°, 2°, 3°, PB y subsuelo de dos llaves de incendio; c) dotare al servicio de agua contra incendios con una boca de impulsión con la correspondiente chapa identificatoria con la leyenda "Bomberos"; d) se incrementase la cantidad de extintores a razón de uno cada 200m², se superficie de piso de acuerdo a lo establecido en el capítulo 4.12, del Código de Edificación de la CABA; e) adaptase ..." todas las escaleras de acuerdo a la O.M. 45.425; f) se reemplazaran las puertas de los ascensores por las del tipo metálicas ciegas, doble contacto con un mínimo de resistencia al fuego de sesenta minutos (RF60); g) se proveyese a la sala destinada al grupo electrógeno con artefactos



Expte. nº 12412/15

lumínicos con malla estanca y llave ubicada en el exterior y que se asegurara que contase con una ventilación natural y un extintor del tipo triclasa ABC de 5 kg. de capacidad, emplazado a una distancia no mayor a diez metros; h) realizara las reparaciones para eliminar las filtraciones de humedad en paredes y cielorrasos; i) implementase un servicio de higiene y seguridad laboral; j) cumplierse con la legislación en materia de aparatos sometidos a presión; k) se ampliase la red de oxígeno; l) se adecuase la instalación eléctrica; m) informase acerca del estado de implementación de la licitación de un archivo externo; n) proveyera al nosocomio del acelerador lineal y del sistema de braquiterapia de alta frecuencia y; o) informase si se encontraba previsto un proyecto de nombramiento para cubrir los cargos tomografistas, radiólogos enfermeros y técnicos para desempeñarse en la Cámara de flujo nominal (v. fs. 5/7)

2. El juez de primera instancia, conforme surge del punto 3 de los “resulta”, ordenó al GCBA, en síntesis, que adecuase a la normativa vigente los planos de Evacuación y que cumplierse con las obligaciones previstas en la ley 1346, que se reemplazaran las puertas tipo tijera de los ascensores, se realizasen las obras relacionadas con la Instalación de Agua contra incendios, la renovación del circuito eléctrico de acuerdo a la normativa vigente; la señalización e iluminación de emergencia, los aparatos sometidos a presión, la instalación de gas natural y reemplazo de artefactos que no cumplen con la normativa vigente y las condiciones de la sala destinada al grupo electrógeno. Asimismo, ordenó que se informase el estado de la red de oxígeno, del estado del proceso de pre licitación y tercerización de un archivo externo y el estado actualizado del proceso de adquisición, entrega e instalación del acelerador lineal y sistema de branquiterapia de alta frecuencia. Por último le otorgó un plazo de 30 días para que presentase un plan de obra que contemplase la adecuación de la escalera del Pabellón de Cirugías a las previsiones de las normas vigentes.

3. La Cámara, con disidencia de la Dra. Mariana Díaz, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada; hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora; confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, fijó en sesenta (60) días el plazo para que la demandada materializara todas las acciones, suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal del nosocomio en cuestión y en treinta (30) días el plazo para que presentase el plan de obra reseñado en el punto III de la sentencia de primera instancia (V. fs. 474y 477).

4. El GCBA viene cuestionando este temperamento. Sostiene que el Sr. Asesor Tutelar "...al iniciar la presente acción invocando los derechos de un grupo de niños, niñas y adolescentes que utilizan el sistema de salud público, no logra mostrar los extremos que podrían sustentar su legitimación activa "(fs. 492), como así tampoco "...acreditó la afectación de derechos de personas menores de edad o incapaces determinados carentes de representación, que justifique su intervención..." (fs. 490 vta.). Agrega que el Asesor Tutelar propone la representación de un grupo indeterminado de niños, niñas y adolescentes, invocando la defensa de derechos colectivos que, a su entender, no resulta suficiente, sino que debió traer un reclamo concreto que mínimamente corresponda a los miembros de la clase cuya representación invoca..." (V. fs. 492).

5. En ese contexto, tal como sostuvo el *a quo* al conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, se ha planteado en el *sub lite* una cuestión constitucional y federal acerca de la cual corresponde a este Tribunal expedirse (cf. el art. 113, inc. 3 de la CCBA y la doctrina de Fallos: 311:2478). Ello así en la medida en que está en juego la existencia o no de un caso y el examen respecto de las posibilidades de representación de un conjunto de niños, niñas, adolescentes e incapaces del Asesor Tutelar.

6. La intervención judicial sólo puede sobrevenir en presencia de un caso promovido por parte legitimada. Ello supone la exigencia de una pretensión por quien se dice titular del derecho a requerirla al obligado que lo controvierte. En el *sub lite*, se presenta la AT a exigir, con invocación del derecho a la salud y a la seguridad de sus representados, no individualizados sino identificados como miembros de una categoría, "niños, niñas y adolescentes", que serían ostensiblemente concurrentes al Hospital y requirentes de la asistencia de dicho "efector".

En este voto desarrollo las razones que justifican afirmar que no existe caso ni actor legitimado respecto del pedido de dotar al hospital de aparatología médica, de personal y de la realización de obras no vinculadas con la seguridad; mientras que si los hay en relación al derecho a que se subsanen las deficiencias de infraestructura y seguridad. Cabe aclarar que aquí se aplica la idea general de que la legitimación necesaria para tener derecho a que la acción sea tramitada no supone mostrar que se lo tiene a que la acción prospere.



Expte. nº 12412/15

7. Competencia del Asesor Tutelar para representar a los niños, niñas y adolescentes

7.1. Antes de introducirme en el tratamiento de la cuestión en debate, esto es si pudo el Asesor Tutelar iniciar esta acción colectiva en representación del grupo de niños, niñas y adolescentes que concurren al hospital Marie Curie, es preciso distinguir dos conceptos que vienen superpuestos cuando se trata de acciones instadas por un órgano del Estado: *legitimación* y *competencia*.

La *legitimación* es el derecho de la persona pública o privada a instar la acción ante los estrados judiciales.

La *competencia*¹, en cambio, es el universo de actos que, ejecutados por un órgano (institución/persona), son atribuidos a una persona, usualmente estatal. Aunque una persona estatal esté legitimada para instar una acción, no todos sus órganos serán competentes para hacerlo. Por ejemplo, el Ministro de Defensa no será competente para instar ejecuciones fiscales aunque el Estado esté legitimado para hacerlo. A su turno, aunque un órgano sea el competente para instar acciones de determinada especie, eso no significa que el Estado esté legitimado para hacerlo en el caso. Por ejemplo, un órgano puede ser competente para instar sucesiones — caso de una sucesión vacante o supuesto en que es acreedor—, pero el Estado al cual se atribuyen sus actos puede no estar legitimado para instar determinada sucesión, por no darse los supuestos en que le asiste el derecho a hacerlo. En estos casos, hablar de competencia tiene un matiz paradójico, puesto que, por hipótesis, no existe el derecho y mal puede haber ejercicio de un derecho que no existe; pero, aun así, podemos distinguir entre el órgano que podría ejercerlo en el supuesto de existir y el que no es competente ni aun cuando el derecho exista.

Para instar una acción judicial, quien se presenta como órgano del Estado debe acreditar la superposición de ambos campos, legitimación del Estado por el que actúa y su propia competencia.

¹ “El concepto central con arreglo al cual han de medirse las relaciones recíprocas entre las autoridades, es el de competencia, por medio del cual se asegura la vinculación de la institución-órgano a su función. En cuanto que un órgano se roza con otro, se roza con su competencia. La competencia es atribuida a las autoridades por ley o por orden de servicio. Toda atribución de competencia representa al mismo tiempo una autorización y una limitación. La autorización para el cumplimiento de la función asignada; y la limitación, precisamente a esta función”. FORSTHOFF Ernest, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 573.

La *competencia* está regulada por las normas propias del Estado que instituye el órgano. Quizás quepa agregar la que, para los gobernadores de provincia, prevé el art. 128 de la CN, pero, ciertamente, cabe decir que la norma propia del Estado es la que asigna la competencia que el Estado puede ejercer.

La *legitimación*, por el contrario, puede provenir de normas externas, y ello ocurre frecuentemente. Por ejemplo, la legitimación para pedir la herencia vacante surge del art. 2441 del CCyC y antes del 3588 del CC. A su turno, la legitimación puede ser propia del Estado o bien, excepcionalmente, el Estado puede ejercer acciones de otro. Es el caso de las de la persona menor o incapaz, supuesto en el cual el estado puede representar a los intereses de la o las personas a las que el ordenamiento jurídico le acuerda derecho para accionar. La *competencia* del Asesor Tutelar en la CABA está establecida en la Ley Orgánica del Ministerio Público –la ley n° 1903²–, reglamentaria de los

² **Artículo 53.- Funciones:** corresponde a los Asesores o Asesoras Tutelares en las instancias y fueros en que actúen:

1. Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen.
2. **Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as** (el resaltado me pertenece).
3. Requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a resolver la situación de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados/as cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles, tutores/as, curadores/as o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encontraren. En su caso pueden, por sí solos, tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen.
4. **Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios** (el resaltado me pertenece).
5. Asesorar a personas menores de edad e incapaces, inhabilitados/as y penados/as bajo el régimen del artículo 12 del Código Penal, así como también a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que



Expte. nº 12412/15

arts. 124 y 125 de la CCBA, particularmente de éste último. La creación y organización de ese Ministerio es producto del ejercicio de la potestad de darse sus instituciones que asiste a la CABA en virtud del art. 129 de la Constitución Nacional, y que ella ha llevado a cabo, tanto en su constitución como en su ley.

La *legitimación*, por su lado, proviene en buena medida de la ley nacional. Esa ley establece cuándo una persona es capaz para instar una acción por sí o debe hacerlo por medio de un representante legal. A su turno, establece cuándo y en qué condiciones un órgano estatal organizado por el Estado local respectivo puede ejercer los derechos de las personas menores o incapaces. Así lo establece el art. 103 del CCyC.:

“Artículo 103.- Actuación del Ministerio Público. *La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.*

a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b. Es principal: i. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii. cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a

-
- puedieren resultar responsables por los actos de los/las incapaces, para la adopción de todas aquellas medidas vinculadas a la protección de estos/as.
6. Concurrir con la autoridad judicial en el ejercicio de las funciones y deberes que les incumben de acuerdo con la Ley Nacional Nº 26.657 y la Ley local 448 (Salud Mental) sobre internación y externación de personas.
 7. Emitir dictamen en los asuntos en que sean consultados por los/las tutores/as o curadores/as públicos/as.
 8. Citar y hacer comparecer a personas a sus despachos cuando, a su juicio, fuere necesario para pedir explicaciones o contestar los cargos que se les formulare, cuando se encontraren afectados los derechos de personas menores de edad o incapaces.
 9. Inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y reeducación, sean públicos o privados, debiendo mantener informadas a las autoridades judiciales y, por la vía jerárquica correspondiente al Asesor o Asesora General Tutelar, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y médico propuestas para cada internado/a, así como respecto del cuidado y atención que se les otorgue.
 10. Dictaminar en las causas sometidas a fallo plenario cuando la cuestión se refiera al derecho de las personas menores de edad o de los/las incapaces.

cargo de los representantes; iii. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.”

Como principio, la ley local no puede dejar de encomendar al Ministerio Público alguna atribución que el CCyC crea en cabeza de los órganos encargados de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes y las personas incapaces, ni podría conferirle atribuciones que importen desplazar aquellas que caen dentro de la esfera de derechos de las personas asistidas, en tanto las normas locales no pueden negar acciones que las normas de fondo suponen al conferir derechos (cf. el art. 75 inc. 12 de la CN). Ello es una manifestación del sistema del art. 31 de la CN.

Así, la función primordial del Asesor Tutelar consiste en representar a las personas menores de edad e incapaces, empero, como no es el único representante legal de ellos, ni el primero — posición que, por cierto, corresponde a los padres, tutores o curadores—, los supuestos en los que la ley lo habilita para actuar autónomamente deben quedar suficientemente determinados para no interferir en asuntos que son privativos de aquellos. Si así no ocurriera, la norma local estaría en oposición a la CN y debería sufrir los efectos previstos en su art. 31.

7.2. En ese contexto, sin perder de vista que la legitimación corresponde a la persona menor o incapaz, porque es el titular del derecho, la representación de sus derechos la puede ejercer el MPT sin la concurrencia de los representantes legales, por imperio de la ley en dos situaciones:

- a) Cuando la representación del tutor o curador es inexistente por inacción o ausencia; o inapropiada porque conlleva a un conflicto de intereses con el representado. Aquí el AT no obra sólo respecto de lo irrenunciable sino de todos los derechos del asistido (art. 103, inc. b).
- b) Cuando están en juego derechos que son irrenunciables por el menor por ser de orden público. Aquí la representación del AT no exige acreditar inacción de los representantes legales, pues puede actuar complementariamente. En otras palabras, cuando el orden público no quede satisfecho con la representación específica del tutor o curador por estimarla insuficiente o viciada por intereses propios en conflicto con los del representado (art. 103, inc. a).



Expte. nº 12412/15

En todos los casos, el AT obra en el interés jurídicamente tutelado de la persona asistida.

En el primer caso, cuando los niños, niñas o incapaces carecen de representantes legales, o aquellos están ausentes u omiten asistirlos, u obran en contradicción con los intereses de sus representados; el AT ocupa el lugar de los representantes, los sustituye y su actuación es “principal”.

En otras ocasiones lo hace actuando promiscua o complementariamente con los representantes legales. Ello ocurre, porque es en interés del orden público que esas personas tengan un piso en el ejercicio de sus derechos y, consecuentemente, es en ese interés —que confluye con el de la persona— que éste quede ejerciendo sus derechos. Todo lo cual responde a la obligación que le impone la ley de asegurar que un derecho de la persona menor o incapaz no quede abandonado, resguardando esos intereses, en tanto ellos resultan indisponibles e irrenunciables.

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra “complementaria” del siguiente modo: “1. *adj.* Que sirve para completar o perfeccionar algo”. Así debe interpretarse que el CCyCN le otorga al AT la obligación de “perfeccionar” la representación de los padres o tutores o curadores cuando el orden público no queda satisfecho con la actividad de aquellos. Es el órgano encargado de asegurarlo, y para ello resulta indistinto —pero no excluyente— que concorra conjuntamente con los referidos representantes, y puede ejercer la acción por sí solo.

A estas facultades, que Vélez Sarsfield, en el anterior CC llamaba “promiscua” (cf. el art. 59)³ y que el CCyC denomina “complementaria” (cf. el art. 103, inc. a), remite el referido artículo 53, inciso 4 de la ley nº 1903, en cuanto establece que les corresponde “*Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios*”. A este respecto, cabe aclarar que, si bien la ley nº 1903 no ha sido adaptada a la nueva situación normativa, no cabe más que interpretar que cuando remite al art. 59 del CC, hoy derogado, no está incorporando, al orden jurídico

³ En mi opinión más apropiadamente, pues la voz apunta al carácter indistinto y coetáneo de la representación, sin que se necesiten recíprocamente, sentido mejor comunicado por la voz “promiscuo” que por la idea de “complementario” vinculada con la de completar lo que sin el complemento sería insuficiente.

local, un contenido externo sino que complementa, en lo que es propio del gobierno local, aquellas normas dictadas por el Congreso de la Nación en ejercicio de la atribución conferida por el citado art. 75 inc. 12 de la CN que se refieran a la materia sobre la que versaba el texto invocado en el art. 53. En otras palabras, la remisión al art. 59 del Código Civil, hoy debe entenderse realizada al art. 103 del CCyC.

El sistema del CCyC unifica en el referido art. 103 los supuestos en los cuales corresponde actuar al Ministerio Público respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, dejando solamente algunos supuestos específicos regulados en otras normas (ej. demandar la remoción del tutor, art. 136; pedir la rendición de cuentas del tutor, art. 130; subsidiariamente demandar a los padres cuando el progenitor falte a la prestación de alimentos, art. 661; entre otras). En efecto, la regla general está establecida en aquél artículo y como se dijo, en los procesos judiciales es complementaria siempre y, en algunos casos, autónoma o principal.

En la obra dirigida por Ricardo Lorenzetti comentando el CCyC, se explica que “El Código mantiene como garantía de protección para las personas que lo necesitan la doble representación. La primera será la de los padres (art. 639), tutores (art. 104), guardadores (arts. 104, 657), curadores (art. 138) o apoyos para la toma de decisiones con facultad representativa (arts. 43 y 101, inc. c). La segunda es la ‘complementaria’ y ‘autónoma’ según el caso del Ministerio Público, para la órbita de su competencia y en el proceso judicial, limitando la extrajudicial para supuestos expresamente indicados. La norma sistematiza y determina las intervenciones judiciales para cada caso y por ende sujeta el carácter de la intervención a los criterios de actuación y procedimiento desarrollados en las otras instituciones tuitivas impregnadas para sus expresiones de los estándares internacionales de derechos humanos...”. Y se agregó que “Considerando el cambio de paradigmas, los sistemas tuitivos de protección (representación, asistencia y sistema de apoyo en la toma de decisiones)... han colocado al representado en el centro de las intervenciones. Todos los representantes deben favorecer la autonomía, participación y opinión de los representados”.⁴

En síntesis, la ley nacional complementada por la local persigue dotar a la persona menor, o incapaz de un representante que vele por sus intereses, asegurando su participación en la medida que sus condiciones lo permitan y reservando la actuación del Estado, por medio de un órgano especializado, para aquellos supuestos en que la acción del representante es insuficiente o está teñida por sus propios

⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, director, “Código Civil y Comercial de la Nación, comentado”, tomo I, Rubinzal Culzoni editores, 2014, págs. 451 y ss.



Expte. nº 12412/15

intereses o cuando obra para asegurar derechos de orden público irrenunciables para los menores e incapaces (conf. la doctrina en mi voto *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT nº 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA), Expte. nº 9264/12, del 19/12/13; “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT nº 2 c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA), Expte. nº 9089/12, del 4/12/13, entre otros).

Repasando, la legitimación que puede invocar el Ministerio Público Tutelar es la que la ley nacional da a las personas menores e incapaces. No se trata de una propia sino de su representación de sus asistidos en los supuestos en que la ley pone esa representación a cargo de ese órgano del estado quitándola a los progenitores, al tutor o al curador o conjugándola con la que a ellos incumbe.

A su turno, la ley local puede acordar legitimación al Estado para obrar en pos del interés del menor, siempre y cuando no entre en conflicto con la ley nacional. La competencia del MPT, en este contexto, se rige por la ley local.

Ello sentado, el MPT debe mostrar cuál es el supuesto –entre los explicados más arriba- que le permite obrar conjuntamente o independientemente del representante especial. De lo contrario, carece de competencia para obrar en esa posición.

8. Derechos en juego

8.1. Problemas de insuficiencia en materia de aparatología médica, de personal y de obras no vinculadas con la seguridad o el servicio público. Inexistencia de “caso” o “causa” judicial.

8.1.1. De los términos del escrito de inicio se desprende que el **AT, invocando el derecho a la salud, requirió que se ordenase a la demandada proveer “insumos y nombramientos de personal necesarios a fin de poner al Hospital Municipal de Oncología “Marie Curie” en condiciones apropiadas para una normal prestación del servicio de salud”** (fs. 1).

En primer lugar corresponde señalar que el derecho a la salud pertenece a cada individuo y su afectación no produce riesgo común, sino individual de cada sujeto. A veces, probablemente las más de ellas, especialmente aquellas para las cuales se ha desarrollado remedio, pertenece a muchos de los que padecen de una misma dolencia.

En ese contexto, si la pretensión fuese que se necesita realizar un estudio determinado a un sujeto determinado, por ej. una placa radiológica a un niño determinado, y ello no está disponible en el

nosocomio, podría identificarse una relación jurídica determinada. Sin embargo, eso no es lo que pide el AT, sino que requiere, genéricamente, insumos, aparatos médicos y una dotación mayor de personal sin identificar a algún sujeto –o grupo de sujetos– que lo necesite. No se invoca la afectación del derecho a la salud, lo que se pretende es la satisfacción de un derecho hipotético de alguien, cuya atención incumbe a la Administración.

8.1.2. La apuntada circunstancia de que la salud es un derecho del que está investida cada persona o, dicho más precisamente, que la prestación que constituye su objeto depende de la afección que cada uno padezca, conlleva la necesidad de que quien acciona con esta base identifique por quién lo hace y cuál es el incumplimiento que da ocasión a la articulación de su demanda.

8.1.3. A su turno, conforme se desprende del texto la ley n° 153 “Ley Básica de Salud”, la organización de la prestación de salud se realiza a través de lo que denomina “efectores”:

“Artículo 24.- Efectores. Definición. Los efectores son los hospitales generales de agudos, hospitales generales de niños, hospitales especializados, centros de salud polivalentes y monovalentes, médicos de cabecera, y toda otra sede del subsector estatal en la que se realizan acciones de salud.

Artículo 25.- Efectores. Organización general. Los efectores deben adecuar la capacidad de resolución de sus servicios a los niveles requeridos por las necesidades de las redes locales y jurisdiccionales.

Artículo 26.- Efectores. Descentralización. La autoridad de aplicación debe desarrollar la descentralización administrativa de los efectores dirigida al incremento de sus competencias institucionales en la gestión operativa, administrativo-financiera y del personal, manteniendo y fortaleciendo la integridad del sistema a través de las redes.

A tales fines establece que la autoridad de aplicación será:

Artículo 8º.- Autoridad de aplicación. La autoridad de aplicación de la presente ley es el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de salud.”

El legislador no atribuyó las competencias que aprovecha la sentencia recurrida a los jueces sino al Poder Ejecutivo y, particularmente, al “nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de salud”, quien, en definitiva, sería el encargado de establecer el diagrama de las necesidades de cada hospital en función de la distribución de recursos que considera pertinente.



Expte. nº 12412/15

A los jueces incumbe, como en otros supuestos, verificar la armonía entre lo que la Administración hace y lo que el orden jurídico le manda hacer.

8.1.4. Aplicando estas ideas al asunto que nos concierne, incumbe a los órganos de la Administración disponer los medios para hacer efectivas las prestaciones que hacen al diagnóstico y tratamiento destinado a mantener o reponer la salud mientras que incumbe a los jueces decidir las controversias que se suscitaren acerca de la existencia y alcance del derecho que asiste a las personas a recibir esas prestaciones, mediante la aplicación de la suprema ley de la Nación y las normas locales pertinentes. A título ilustrativo, aun cuando se llegue a identificar judicialmente un medio determinado para coadyuvar al diagnóstico o un tratamiento específico, certeza que requiere un debate en el que se examinan elementos técnicos complejos, establecer si el medio y el tratamiento se han de realizar en un lugar u otro, o si será operado en un horario u otro, o si hace falta una cantidad de profesionales y enfermeros u otra, son cuestiones que resuelve la Administración en ejercicio de sus privativas competencias, en la medida en que cumpla plenamente con la prestación que la justicia encuentra que la ley pone a cargo del Estado. Esto es lo que impone la división de poderes, régimen institucional cuya conveniencia no incumbe establecer a los jueces, aunque reconozcamos su sabiduría. El suministro de un equipo de rayos x fijo, por ejemplo, depende de un cálculo de necesidades, de amortización, estacionalidad de los requerimientos, en fin, muchas variables, cuyo examen no es natural a los jueces, sino les es, lisa y llanamente, imposible. Insistiendo en nuestro ejemplo, cualquiera fuere la convicción del juez como persona, no le incumbe decidir si el equipo requerido debe ser propiedad del Estado o si éste puede alquilar su uso, solamente le incumbe que quien tiene derecho a aprovechar sus posibilidades lo haga. El mismo razonamiento corresponde hacer cuando se trata de la pretensión de designación de personal o de la realización de obras que no vienen impuestas por la prestación del servicio público o por la seguridad.

8.1.5. En los excepcionales litigios en los que se disponen medidas de índole administrativa (aquellos en que están en juego remedios estructurales) se produce el cruce entre derechos y función administrativa, en el cual el campo propio del juez sólo es el de la investigación del alcance de los derechos en la Constitución, los tratados y las leyes que los establecen. El ejercicio de la función administrativa permanece, y debe permanecer, en el ámbito del poder

del estado organizado con ese fin, el Poder Ejecutivo. El equilibrio, huelga decirlo, es delicado. Precisamente por ello, únicamente debe ser abordado judicialmente en casos excepcionales, esto es, cuando no hacerlo lleva a la negación del derecho subjetivo o de incidencia colectiva de que se trate. Mientras derecho, personal o colectivo, y función administrativa puedan convivir sin lesionarse, no hay campo para la intervención judicial.

No parece dudoso que el reconocimiento de que una determinada acción u omisión administrativas vulnere un derecho no conlleva el trasiego de la competencia administrativa del poder ejecutivo al juez, ni menos aún autoriza la suposición de que la función respectiva será mejor ejercida por ese juez. La función administrativa, reitero, permanece en el administrador.

8.1.6. Distinta es la situación de las mejoras de infraestructura en el nosocomio en cuestión.

El AT solicitó que se exigiera a la demandada “realizar reparaciones para eliminar filtraciones de humedad en paredes y cielorrasos” (ver punto 1, h) y la Cámara nada dijo que dichas acciones viniesen impuestas por la prestación del servicio público o por la seguridad.

En definitiva, respecto de este grupo de pretensiones resulta irrelevante quien ejerce la acción, sea el Asesor Tutelar, un representante legal de un menor, o un paciente del nosocomio en cuestión, porque lo que no existe es acción posible.

8.2. Déficits de infraestructura y seguridad. Condiciones para que el Asesor Tutelar ejerza la acción como representante de los niños, niñas y adolescentes.

8.2.1. El grupo de pretensiones **relacionadas con los déficits de infraestructura y seguridad** están fundadas en derechos que sostiene le asisten a los menores que concurren y se atienden en el nosocomio en cuestión. El AT actor alega que “esa situación es el resultado de una omisión ilegítima de la demandada, que no cumple con sus obligaciones positivas para garantizar el ejercicio de los derechos de los damnificados”. Describe que las falencias detectadas encuentran sustento en la omisión de normas que establecen obligaciones a cargo del gobierno (por ejemplo, condiciones de seguridad eléctrica, mantenimiento de ascensores y calefacción, planos de evacuación, etc.).

Respecto de estos reclamos, la sentencia recurrida, reconoció la existencia de los derechos invocados (cf. el punto 2 de este voto),



Expte. nº 12412/15

dijo que correspondía clasificarlos como de incidencia colectiva y que se había demostrado el incumplimiento de normas positivas vinculadas con la seguridad en el nosocomio.

8.2.2. Las pretensiones consistentes en obtener el cumplimiento forzado de normas de seguridad relativas a la instalación eléctrica, de gas, de protección contra incendios, etc. han venido presentadas como un derecho a que quienes reciben la prestación de salud, lo hagan sin quedar expuestos a riesgos que el orden jurídico busca conjurar, derecho cuyo objeto es indivisible y cuyos titulares son potencialmente representables por el AT. El Estado la ha organizado como un servicio público gratuito prestado por hospitales del dominio del estado sujetos, a su vez, al deber de cumplir con normas de seguridad cuyo cumplimiento puede ser requerido por quienes concurren al hospital para ser atendidos o a acompañar a algún familiar, pues no pueden ser sometidos a un riesgo que el orden jurídico no tolera. Ese derecho asiste al grupo de niños, niñas y adolescentes que se atienden o concurren a los hospitales de la ciudad, cuya concurrencia es de público y notorio.

Como dije, ese derecho es, por su índole, común a todos los beneficiarios de esos derechos de modo indivisible, es decir, su satisfacción no reporta beneficio exclusivo para cada titular, ni un titular desplaza a otro que pudiera alegar un mejor derecho sino que el beneficio es común y alcanza a todos. Por eso, dan ocasión a que alguna o algunas personas legitimadas obren en interés del conjunto; y el ejercicio del derecho no excluye a otras personas que también quieran ejercerlo.

A su turno, el derecho de los menores e incapaces a la observancia de las condiciones de seguridad exigidas por la ley es de orden público, y por ende, irrenunciable, debiendo tanto los representantes legales “naturales” como la Asesoría Tutelar pedir lo que la ley manda —conf. art. 103, inc. a) del CCyCN, ver punto 7.2.b) de este voto—.

En ese contexto, coincido con el Dr. Casás (v. en lo pertinente punto 4.3.) y con la Dra. Conde (v. en lo pertinente punto 3.3) en que corresponde admitir que el Asesor Tutelar demande autónomamente en representación de los menores cuando la pretensión está dirigida a reclamar al GCBA el cumplimiento de condiciones de seguridad que el ordenamiento jurídico o las condiciones de prestación del servicio público le impone.

9. Por lo expuesto, corresponde: a) hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar

parcialmente la sentencia recurrida en cuanto hizo lugar a las pretensiones vinculadas al suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal y rechazar la demanda respecto de ellas, b) confirmar la sentencia de Cámara en cuanto ordenó la realización de reformas de infraestructura y seguridad destinadas a la adecuación de las instalaciones del hospital a la normativa vigente; c) imponer las costas del pleito y del recurso en el orden causado, en atención a lo establecido en el art. 14 CCABA y a que la actora y los representantes letrados de la demandada son funcionarios y agentes del Estado local.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Comparto la solución que propician en su voto los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, consistente en hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, y revocar parcialmente la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT en cuanto hizo lugar a las pretensiones referidas al suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal en el hospital de Oncología Marie Curie, dado que —con respecto a ellas— la presente acción de amparo no presenta en forma adecuada un “caso” o “causa” que corresponda resolver a los tribunales de justicia (art. 106, CCABA), por los fundamentos que a continuación se exponen.

2. Tal como surge de los “resultas” precedentes, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 8 de agosto de 2014 que había rechazado su recurso de apelación y admitido el de la actora (fs. 464/477).

En su apelación extraordinaria, la demandada expresa agravios en tres órdenes, a saber:

a) en primer lugar, sostiene que se ve lesionada en su garantía del debido proceso adjetivo y en su derecho de defensa en tanto la sentencia que critica decide sobre el fondo de la cuestión debatida “...otorgando a la actora una legitimación que no posee (...) para planteos como el de autos” (fs. 489 vuelta).

b) Por otro lado, citando un precedente de este Estrado, arguye que la admisión de la demanda decidida por el *a quo* importa un avasallamiento por el Poder Judicial de atribuciones que resultan propias del Poder Ejecutivo, al que corresponde de manera exclusiva asumir definiciones y acciones respecto de la asignación de recursos para la asistencia pública a la salud.



Expte. nº 12412/15

c) Por último, considera que las obligaciones establecidas en la sentencia cuya revisión pretende resultan de imposible cumplimiento en el exiguo plazo otorgado.

De acuerdo a los términos del voto mayoritario en el decisorio de fecha 19 de mayo de 2015, el remedio extraordinario fue concedido por la Cámara pues *“los argumentos expresados por el recurrente, mediante los cuales controvertió la interpretación y aplicación de las normas que sustentaron el rechazó del planteo [relativo a la falta de legitimación procesal activa del Ministerio Público Tutelar, según las disposiciones contenidas en la ley nº 1903, artículo 59 del Código Civil, artículo 6 del CCAT y artículo 106 de la CCABA] logran establecer una relación directa e inmediata entre lo decidido mediante la sentencia impugnada y los derechos constitucionales que invoca”* (fs. 516). Por tanto, y dado que el GCBA no ha traído los otros agravios mediante el correspondiente recurso de queja, es solo sobre los planteos identificados como a) y b) que me expediré.

Al respecto, entiendo que en autos quedó configurada una cuestión constitucional vinculada con la afectación del derecho de defensa de la parte demandada (arts. 13.3, CCABA y 18, CN) y de las previsiones contenidas en los arts. 1, 14 y 106 de la CCABA.

3. En primer lugar, en cuanto a los planteos esgrimidos por el GCBA en punto a la ausencia de una “controversia judicial” que habilite la intervención del poder judicial, coincido con mis colegas Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en que —con respecto a las pretensiones vinculadas al suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal del nosocomio— los jueces que conformaron la mayoría de la decisión de la Cámara, al admitir la procedencia de la presente acción de amparo sin que hubiera quedado identificado un *perjuicio directo e inmediato* respecto de algún derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico, desatendieron las esferas de actuación que la Constitución local les asigna.

En este orden de ideas, no es posible canalizar las pretensiones mencionadas a través de un proceso judicial pues, si se hiciera lugar a lo requerido, la decisión que así lo dispusiera debería traducirse en una reformulación de las políticas públicas implementadas en materia de salud.

Es que tales pretensiones no identifican ninguna conducta concreta que resulte susceptible de violentar de manera actual o inminente un derecho o interés cuya protección pueda perseguirse a través una acción judicial.

En efecto, en la demanda no se invocaron casos concretos de menores cuyo derecho a la salud se viera afectado por alguna medida

estatal específica, por el contrario, en tanto la pretensión no distingue situaciones particulares, sólo cuestiona la gestión de gobierno al elegir las estrategias y prioridades en la materia y, por ende, no suscita una controversia judicial.

Por el contrario, las pretensiones referidas a la realización de las obras para paliar las deficiencias en materia de seguridad sí configuran una controversia susceptible de ser resuelta por el poder judicial —a diferencia de lo decidido en los autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. n° 9264/12, sentencia del 19/12/2013—.

Ello así, en la medida en que existen deberes específicos exigibles que obligan al GCBA —en su calidad de prestador de salud en un hospital de la administración local— a garantizar la seguridad dentro del nosocomio en cuestión, diferente del mandato genérico de brindar seguridad pública consagrado a nivel constitucional como simple obligación de medios mínimos (ver informes de bomberos de fs. 110/117, fs. 125/144 y fs. 209/219).

4. Dada la conclusión a la que se arribó en el punto precedente, corresponde tratar el agravio del GCBA dirigido a cuestionar la legitimación activa en cabeza del Asesor Tutelar en autos para solicitar judicialmente la realización de las obras necesarias para resguardar la seguridad de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida que se atienden en el hospital.

4.1 A este respecto, adelanto que, a mi entender, el Ministerio Público Tutelar (MPT) ha logrado demostrar que, en esta causa, posee legitimación para instar la acción intentada con respecto a las pretensiones señaladas.

El Sr. Asesor Tutelar interpuso acción de amparo contra el GCBA “en los términos del Art. 14 de la Constitución de la Ciudad, 2 de la Ley 2145, 187, séptimo párrafo del CCAyT y 43 de la Constitución Nacional” a fin de resguardar la seguridad individual y colectiva, la salud y en definitiva la vida de los niños, niñas, adolescentes, y personas con padecimientos mentales que se atienden en el Hospital de Oncología Marie Curie.

A su vez, fundamentó su legitimación para iniciar el presente proceso en los incisos 2 y 4, del art. 49 de la ley n° 1903 (actual art. 53, ley n° 1903, texto consolidado por ley n° 5454 que aprueba la versión definitiva del digesto jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (fs. 1 vta.). Asimismo, concluyó el acápite “legitimación” solicitando que se lo “tenga por presentado en calidad de parte, en defensa de los



Expte. nº 12412/15

derechos de incidencia colectiva de la infancia y de las personas con padecimientos mentales” (fs. 2 vta.).

Aun cuando no es posible desprender claramente su legitimación para la tutela de los intereses y derechos colectivos del art. 43 CN y art. 14 CCABA —en tanto no es ninguno de los sujetos allí designados *específicamente*— así como tampoco en el artículo 125 de Carta Magna local —pues solo consagra una competencia general del Ministerio Público que luego se especifica para cada uno de los tres ámbitos que lo integran en la Ley Orgánica del Ministerio Público n° 1903—, lo cierto es que cabe apoyar su legitimación en las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación.

4.2 Así, es posible que el Ministerio Público Tutelar inicie un proceso colectivo en el ámbito de sus incumbencias, esto es, en resguardo de derechos colectivos de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, con sustento en lo previsto en las normas de fondo, actualmente, el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en sentido similar en la legislación local (artículo 53, incs. 2 y 4, ley n° 1903).

En este orden de ideas, el art. 103 CCCN establece que la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos, puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

Es **complementaria** en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida (apartado a). Es **principal** cuando (i) los derechos de los representados están comprometidos, y existe *inacción* de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los *deberes* a cargo de los representantes; y (iii) cuando *carecen de representante legal* y es necesario proveer la representación (apartado b).

A mi entender, dadas las particulares características de la pretensión objeto de autos, es posible encuadrar el obrar desplegado en este pleito por el Ministerio Público Tutelar de la CABA en la actuación principal prevista en el apartado b, párrafo i), del art. 103 CCCN.

4.3 En este sentido, el objeto de este juicio es tutelar la integridad física de los menores e incapaces que asisten al Hospital de Oncología Marie Curie y, a tal fin, se requiere que se subsanen las deficiencias en materia de seguridad que pudieron ser constatadas a raíz de la actuación extrajudicial del Ministerio Público Tutelar.

Es decir, en el marco de la actuación extrajudicial de esa rama del Ministerio Público —enmarcada en las facultades que le asigna la ley n° 1903—, la Asesoría Tutelar solicitó a la Superintendencia Federal de Bomberos que elaborara un informe, el cual, una vez producido, dio cuenta de diversas irregularidades que presentaba el nosocomio en materia de seguridad (cf. fs. 110/117 y fs. 125/144).

Ello demuestra que habría resultado sumamente difícil para los representantes legales necesarios de los menores, incapaces y personas con capacidad restringida acceder a la información que da sustento al objeto de la demanda.

Es que la *inacción* de ellos puede verificarse no solo ante cualquier omisión negligente sino cuando, como en este caso, la información necesaria para detectar una afectación de los derechos de sus representados, y así poder obrar en consecuencia, resulta de difícil obtención, aun para quien actúa de modo diligente según parámetros medios de lo que es habitual exigir.

A ello se agrega, tal como destacan la Dra. Conde y el Dr. Lozano (ver en lo pertinente los puntos 3.3 y 8.2.2, respectivamente, de sus votos), que los derechos que invoca el MPT nacen de deberes específicos exigibles que obligan al GCBA a garantizar la seguridad dentro del nosocomio en cuestión (ver punto 3 de este voto), circunstancia que permite descartar la existencia de intereses encontrados con los representantes legales primarios de los menores e incapaces y me exime de realizar indagaciones en tal sentido.

A su vez, los propios términos de la pretensión esgrimida, que tiene un alcance necesariamente colectivo, delimitan suficientemente al grupo por el que se demanda (cf. doctrina de la CSJN en “*Halabi Ernesto c/ PEN s/ amparo ley 16.986*”, sent. del 24.2.2009, *Fallos*: 332:111).

4.4 En este contexto, no encuentro óbices en esta causa para reconocer la legitimación del MPT para actuar de modo principal en nombre de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos, que concurren al nosocomio referido, con sustento en lo previsto en las normas de fondo, actualmente, el art. 103, apartado b, párrafo i) del Código Civil y Comercial de la Nación, y en sentido similar en el artículo 53, incs. 2 y 4, ley n° 1903.

5. Por las razones expuestas, voto por:

a) hacer lugar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, revocar parcialmente la sentencia de la Sala I en tanto fijó un plazo de sesenta (60) días para que la demandada materialice las acciones de suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal



Expte. nº 12412/15

del Hospital Municipal de Oncología Marie Curie, y rechazar la demanda respecto de esas pretensiones;

b) confirmar la sentencia de Cámara en cuanto ordenó la realización de reformas de infraestructura y seguridad destinadas a la adecuación de las instalaciones del hospital a la normativa vigente;

c) imponer las costas del pleito y del recurso en el orden causado, en atención a lo establecido en el art. 14 CCABA y a que la actora y los representantes letrados de la demandada son funcionarios y agentes del Estado local (conf. este Tribunal *in re*: “Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado de la Ciudad de Bs. As. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. nº 18/99, sentencia de fecha 22 de noviembre de 1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Tomo I, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 620 y siguientes).

Así lo voto.

La juez Inés M. Weinberg dijo:

1. La sentencia recurrida exhibe una cuestión constitucional relacionada con la intervención de los jueces de la causa cuando la accionante carece de legitimación activa para *stare* en juicio.

2. Tal como lo expusiera en el caso “Pisoni, Carlos c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” Expte. 10700/14, “Stegemann, Hansel c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado “Legislatura de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, en “Stegemann, Hansel c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expedientes 11367/14 y 11187/14, y en “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Brunel, Raúl Marcelo y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” y su acumulado “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Brunel, Raúl Marcelo y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, expedientes 10614/14 y 9940/13, corresponde destacar también aquí que el artículo 106 de la CCABA —al igual que el actual 116 de la CN— establece como presupuesto procesal y requisito imprescindible para excitar la *iurisdictio* la existencia de un “caso”, “causa” o “controversia” judicial; éste se verifica cuando se persigue *en concreto* —no en forma eventual, meramente consultiva, hipotética, abstracta o general— la determinación de un derecho debatido entre *partes adversas* (Fallos 156:318, y también 243:176, 306:1125,

333:1023 entre otros). En palabras de la CSJ debe existir una “colisión efectiva de derechos” (Fallos 2:253, 24:248, 94:51, 130:157, 243:177, 256:103, 263: 397 entre muchos otros), en esto se plasma la concreción aludida.

Ahora bien, para ser considerado “parte” en un proceso judicial, el interesado debe demostrar además que tiene un “interés especial” en la causa; esto es, que persigue la determinación de un derecho debatido en concreto porque el resultado de lo que se decida le afectará en forma “directa” o “sustancial”, en otros términos, que cuenta con un “interés jurídico suficiente” para estar en juicio (Fallos 306:1125; 308:2147; 310:606; 331:2287).

La carencia de legitimación se configura cuando alguien que se presenta como parte no resulta ser el titular de la relación jurídica sustancial de su pretensión (Fallos 321:551; 322:385; 326:1211). En tal sentido, se ha dicho que “la existencia de legitimación es presupuesto de la configuración del caso judicial”, y que para ello, la parte debe acreditar una afectación “suficientemente directa”, “inmediata”, “especial”, “sustancial” o de “suficiente concreción e inmediatez” —en los términos del cimerio Tribunal— respecto de los derechos que invoca conculcados, incluso en el marco de acciones meramente declarativas (Fallos 326:1007 y sus citas entre otros) y aún frente a los recientes cambios normativos y jurisprudenciales operados en materia de legitimación procesal ampliada derivados de la reforma constitucional de 1994 (Fallos 333:1212 y otros).

Ambos parámetros, la acreditación del caso concreto y de la legitimación procesal, corresponde sean analizados incluso *ex officio*, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar, y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (Fallos 311:2257).

3. Para determinar los parámetros exigidos en materia de legitimación —esto es, determinar el derecho de la persona a plantear e instar su acción procesal por ante los estrados judiciales en el marco del caso judicial que presenta para obtener la *iurisdictio*—, debe estarse a las formas que prescriben las normas procesales y de fondo aplicables al sujeto en el marco de la acción que plantea.

En tal sentido, debe destacarse aquí que si bien es cierto que la acción de amparo local legitima a “cualquier habitante” para su interposición (art. 14 CCABA), no menos cierto es que dicha regulación en modo alguno puede modificar el alcance normativo otorgado a la representación del Ministerio Público Tutelar respecto de los menores —más allá de su concreta individualización o probable determinabilidad— en la causa o caso judicial que plantea.



Expte. nº 12412/15

4. El artículo 53 de la Ley 1903 prescribe que la Asesoría Tutelar tiene por funciones: “(...) 2. Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, *de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales*, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas”, y “(...) 4. Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios...”.

El artículo 59 del Código Civil de la Nación al que hace referencia la ley 1903 fue derogado. Establecía que, al margen de los representantes necesarios, “...los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.”.

El artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación ahora establece: “Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.”.

Para completar el cuadro normativo —en lo que aquí corresponde ponderar— debe destacarse que de conformidad con el Código Civil y Comercial de la Nación, los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales (art. 26); estos

son sus padres, y ante su falta, incapacidad, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, sus tutores, guardadores o eventualmente apoyos o curadores designados (arts. 43 in fine, 101 inc. b), c), 104, 138, 639, 657 y cc).

De lo expuesto puede colegirse que: (a) la representación legal de los menores de edad la tiene sus padres, o en su caso, sus tutores, guardadores, apoyos o curadores. (b) El concepto de “representación promiscua” ha quedado derogado con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y la representación del Ministerio Público podrá ser ahora “complementaria” —y necesaria bajo pena de nulidad— a la actuación en juicio de los representantes legales de los menores cuando se encuentren involucrado los intereses de estos últimos, o bien “principal”. (c) En este último supuesto, deberá necesariamente acreditarse: (i) que los derechos de los menores están comprometidos, (ii) que los menores carecen de representantes legales o bien, (iii) que existe inacción de los representantes legales y que resulta necesario proveer su representación.

5. La Asesoría Tutelar no invocó ni acreditó las circunstancias *supra* referidas, motivo por el cual, y por imperio de la normativa citada carece de legitimación; en consecuencia, corresponde declarar bien concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, hacer lugar al planteo del GCBA y rechazar la demanda.

Así lo voto.

La jueza Alicia Ruiz E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que interpusiera, oportunamente, el GCBA —y que fuera concedido por la Sala I de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 515/518 vuelta) — debe ser rechazado.

2. En su presentación la parte recurrente no funda adecuadamente la lesión al derecho de defensa en juicio, al principio de división de poderes y de la garantía al debido proceso como sobreviniente al temperamento adoptado por la Sala, ni articula un caso constitucional.

En efecto, el GCBA no logra rebatir los argumentos que expusiera el *a quo* para sostener la legitimación procesal de la parte actora y que remiten —más allá del acierto u error— a una posible interpretación de la normativa infraconstitucional implicada en autos (ley 1903) de cara a los derechos sociales examinados. Tampoco



Expte. nº 12412/15

consigue sostener el agravio atinente a la división de poderes, ya que su formulación es genérica y contiene simples discrepancias con el criterio de la Cámara cuyo sustento son las falencias detectadas en el nosocomio. Igual sentido cabe atribuirle al agravio sobre lo exiguo de los plazos.

En las condiciones señaladas, es aplicable la doctrina del Tribunal que dice: “[l]a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (“Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja”, expte. nº 131/99, resolución del 23 de febrero de 2000).

3. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad que dedujera el demandado.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Hacer lugar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Revocar parcialmente la sentencia de fs. 464/477 en tanto fijó un plazo de sesenta (60) días para que la demandada materialice las acciones de suministro de equipamiento médico, obras y designaciones de personal del Hospital Municipal de Oncología Marie Curie, y **rechazar** la demanda respecto de esas pretensiones.

3. Confirmar la sentencia de fs. 464/477 en cuanto ordenó la realización de reformas de infraestructura y seguridad destinadas a la adecuación de las instalaciones del hospital a la normativa vigente

4. Imponer las costas del pleito y del recurso en el orden causado.

5. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

