Cámara de Apelaciones CAyT - Sala I

SEC AD-HOC ASESORIA TUTELAR Nº 1 CAYT Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte: EXP 39383 / 0

Buenos Aires, 7 de agosto de 2014.

Y VISTOS:

Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la Ciudad (fs. 504/207) contra la sentencia dictada por la señora Jueza de grado de fecha 06 de diciembre de 2011 (fs. 498/499 vta.), quien hizo lugar a la acción de amparo.

I. A fs. 1/9 el Sr. Asesor Tutelar de primera instancia inició acción de amparo contra el GCBA por la violación de la adecuada prestación del servicio de salud de las niñas, niños y adolescentes que concurren al CESAC n° 8 y al CESAC n° 35 de la Villa 21/24 y solicitó se ordene a la demandada a "presentar y ejecutar un plan de obras destinado a la ampliación de ambos centros de salud, debiendo establecerse: a) las obras a realizarse, b) el proyecto técnico previsto, c) la forma de contratación (en su caso agregue la contrata administrativa), el cronograma expreso de los trabajos según el tiempo necesario que se estime para su ejecución, y e) el plazo de finalización de la ejecución de las obras. Designar los recursos humanos que dichos dispositivos requieren, incluyendo profesionales de la salud y de mantenimiento" (fs. 1 vta.).El Asesor fundó su legitimación en el artículo 49 incisos 2 y 4 de la ley 1903. Expresó, que el 11 de mayo del año 2010concurrió a inspeccionar los CESAC n° 8 y 35 que se encuentran en la Villa 21/24 y que pudo apreciar las falencias que presentan ambos dispositivos de salud. En dicho marco, se realizaron varias inspecciones y labraron actas en las que se detectaron diversas falencias e irregularidades. Señaló que los informes producidos por las Directoras de los CESAC fueron puestos en conocimiento del Ministro de Salud de la Ciudad,

quien sólo respondió respecto del CESAC n° 8 manifestando que se encuentra en estudio un proyecto que permita su ampliación, pero sin dar una respuesta concreta en relación a las falencias detectadas. Refiere que la —a su criterio— ilegítima omisión de la Ciudad vulnera el derecho a la salud del que gozan todos los niños, niñas y adolescentes que representa, funda su pretensión en derecho y solicita se haga lugar a la demanda.

A fs. 173/181 el GCBA contesta demanda, plantea la falta de legitimación activa y la ausencia de caso judicial. Por último ofrece prueba y funda su pretensión en derecho.

II. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó a la demandada a "adoptar las decisiones necesarias tendientes a que el CESAC Nº 8 y al CESAC Nº 35 de la Villa 21/24 se encuentren en condiciones razonables de funcionamiento a la brevedad posible dado que están en juego derechos fundamentales de personas en condiciones de extrema vulnerabilidad socioeconómica" (fs. 499 vta.). Para así decidir, efectuó un repaso de las constancias de la causa y concluyó que la "demandada ha reconocido en lo sustancial la razón que asiste al planteo de la Asesoría Tutelar por cuanto según sus propios informes, al menos en el CESAC n° 8 se encuentra realizando tareas de ampliación edilicia. Nada surge con relación al CESAC n° 35 ni tampoco acerca del cumplimiento de las recomendaciones técnicas efectuadas por la Superintendencia de Bomberos…" (fs. 499 vta.).

III. Contra esta decisión se alza el GCBA (fs. 504/507) quien se agravia porque la sentenciante no trató la defensa de legitimación activa planteada por ella.

En tal sentido, el GCBA sostiene que el Asesor Tutelar carece de legitimación para revestir el carácter de parte en un proceso colectivo. Al respecto, aduce que "la Asesoría Tutelar como órgano que es, posee competencias y funciones, pero no es persona jurídica ni titular de derechos. En autos, la Asesoría Tutelar pretende fundar su legitimación en las funciones que debe ejercer conforme el art. 34, inc. 2 y 4, ley 21, pero de ello no se desprende la legitimación procesal ya que no surge del plexo constitucional que el constituyente hubiere otorgado legitimación al

Órgano Asesoría Tutelar para revestir el carácter de parte en el proceso de amparo" (fs. 504 vta.).

Voto de la jueza Mariana Díaz:

I. En primer término, corresponde recordar que las potestades y atribuciones que la ley confiere a los representantes del Ministerio Público están indefectiblemente unidas al ámbito de sus competencias e incumbencias específicas. Mientras que en la ley orgánica aparecen descriptas misiones comunes (título I, capítulo I, ley 1903), cada rama luego queda llamada a concretarlas dentro de la esfera propia que esa normativa les atribuye con carácter particular y sin superposiciones (títulos III, IV y V, ley 1903). En esa línea, el TSJ ha destacado, que la Asesoría Tutelar, por regla, debe demostrar cómo la pretensión que esgrime aparece ligada a la protección de los derechos cuyo resguardo le compete (cf. TSJ en "Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GIBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5541/07, sentencia del 19/3/2008). A ese respecto, en autos ha quedado consignado que en los CESAC N° 8 y N° 35 se atienden menores de edad (fs. 171/172, 174/179, 241/242).

En tal contexto, el estudio de las diversas pretensiones esgrimidas quedaría preliminarmente habilitado pues, acorde con las constancias mencionadas – sobre las que no existe controversia entre las partes- no se ha desvirtuado la pertinencia de la intervención reclamada por el accionante en representación del universo cuya protección le compete.

De cualquier modo, conviene aclarar que, como principio, la menor inmediatez y vínculo concreto entre los derechos esgrimidos y situaciones de vulneración para sus titulares directos no resulta inocua en relación con la procedencia de los planteos formulados.

II. Al dejar expresado el objeto de este pleito, el Asesor Tutelar, indicó que iniciaba el presente amparo "por la violación de la adecuada prestación del servicio de salud de niñas, niños y adolescentes que concurren al CESAC Nº 8 y CESAC Nº 35 de la Villa 21/24" (fs. 1 vta.) y por tanto solicitaba se ordene a la demandada a

“presentar y ejecutar un plan de obras destinado a la ampliación de ambos centros de salud, debiendo establecerse: a) las obras a realizarse, b) el proyecto técnico previsto, c) la forma de contratación (en su caso agregue la contrata administrativa), el cronograma expreso de los trabajos según el tiempo necesario que se estime para su ejecución, y e) el plazo de finalización de la ejecución de las obras. Designar los recursos humanos que dichos dispositivos requieren, incluyendo profesionales de la salud y de mantenimiento” (fs. 1 vta.).

III. Al momento de identificar las falencias detectadas, la parte actora enumeró diversos problemas vinculados a infraestructura y recursos humanos (fs. 4/6). La generalidad con la que se ha esgrimido la pretensión es notoria.

En función de ello y por razones de orden práctico, conviene analizar la demanda de amparo distinguiendo las pretensiones incluidas, a partir de sus características, en dos grupos. Entre las diversas medidas cuya adopción propicia el demandante un primer universo se refiere a problemas de insuficiencia en materia de personal (v. puntos 5.2 y 5.3 del escrito de inicio). Por otra parte, la demanda se concentra en déficits de infraestructura. Respecto de las condiciones de seguridad, ofreció prueba pericial a fin de que la Superintendencia Federal de Bomberos de la Policía Federal Argentina realice una inspección pormenorizada en ambos centros de salud y determine si ellos revisten las condiciones de seguridad tanto como en materia edilicia como en materia de instalaciones de gas y electricidad – necesarias para garantizar la integridad de sus represntados (fs. 8 vta).

IV. Respecto del primer grupo, por la generalidad bajo la que quedan enunciados los supuestos allí abarcados y dado que los pedidos aparecen por completo desligados de casos concretos, no es posible considerar que el Sr. Asesor Tutelar ha planteado un caso que habilite la intervención del Poder Judicial.

En tal sentido, cuando un pedido vinculado a la infraestructura o de incremento de recursos humanos queda desligado de toda otra precisión, en realidad, la pretensión impactaría directamente sobre el modo en que se distribuyen, en el conjunto de centros de salud, los recursos disponibles de acuerdo a evaluaciones que resuelven cómo hacer frente a las necesidades de la población global de los pacientes

que se atienden en la CABA según la complejidad, magnitud y frecuencia de las patologías en juego(cf. mis votos en “Asesoría Tutelar Nº 2 ATCAYT 212/12 C/ GCBA S/ Otros procesos incidentales”, EXP 44138 / 2, sentencia del 18/12/2012 y en “Asesoría Tutelar Nº 2 ATCAYT 212/12 C/ GCBA S/ Otros procesos incidentales”, EXP 42018 / 1, sentencia del 13/12/2012).

En referencia al tema, recientemente, el TSJ ha señalado que “[s]i la pretensión no distingue situaciones particulares sino que se reclama globalmente que se garantice el derecho a la salud, no suscita una controversia, sino que se cuestiona la gestión de gobierno al elegir las estrategias y prioridades en la materia” y que “de la amplitud de la pretensión formulada se deriva la evidente imposibilidad de canalizarla a través de un proceso judicial, cuyo producto, si se hiciera lugar a lo requerido, debería traducirse en una reformulación de las políticas públicas implementadas en materia de salud”(TSJ en “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, votos de los jueces Lozano, Casás y Conde).

Conviene recordar que el ámbito de potestades asignado a la judicatura, por regla, está destinado a resolver controversias de derechos y no a tomar posición en torno al mérito o conveniencia de las políticas adoptadas por las otras ramas del estado.

Así entonces, ausente la necesaria identificación de situaciones jurídicas concretas comprometidas, los planteos bajo estudio deben ser rechazados.

V. En cambio, distinto es el supuesto relativo a las deficiencias en materia de prevención o combate de incendios formulado con apoyo en documental relativa al incumplimiento de las previsiones legales aplicables (ver informes de la Superintendencia Federal de Bomberos de fs. 461/468). La actualidad y concreción de esa omisión en el cumplimiento del deber de seguridad que involucra la prestación del servicio de salud, permite dar por configurada la afectación de derechos individuales homogéneos en condiciones de difícil acceso a la justicia para el planteo de cada titular (cf. CSJN en “Halabi, Ernesto c/P.E.N. –ley 25.873 dto. 1563/04-

s/amparo-ley 16.986", sentencia del 24 de febrero de 2009", H. 270. XLII, fallos 332:111).

VI. A esta altura, entiendo apropiado destacar que, aunque tanto la salud como la seguridad son bienes valiosos e indispensables para la sociedad, ellos no configuran derechos colectivos en sentido propio. No existe disposición normativa alguna que los haya consagrado como tales (cf. TSJ en "Baltroc, Beatriz Margarita y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4980/06 "Iglesias, José Antonio s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Baltroc, Beatriz Margarita y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", expte. nº 5161/07, sentencia del 12 de septiembre de 2007 y CSJN en "Cavalieri, Jorge y otro s/ Swiss Medical S.A. s/ amparo", C.36.XLVI, sentencia del 26 de junio de 2012).

De cualquier modo, ambos podrían, bajo determinadas condiciones, ser litigados como derechos individuales homogéneos en procesos colectivos de legitimación expandida (cf. CSJN en "Halabi"). La diferencia radica en que en este último supuesto, si el proceso queda ligado a relaciones jurídicas concretas (vgr. paciente o grupo de pacientes que requieren amparo por menoscabo de su derecho a la salud, cf. "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", sentencia del 21 de agosto de 2013, Cavalieri" ya citado o los tradicionales casos "Asociación Benghalensis y otros c/ M° de Salud y Acción Social Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", A.186 LXXXIV, Fallos 323:1339, y "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar", A. 891. XXXVIII, Fallos 326:4931) la sentencia impacta sobre los derechos protegidos, no en el modo de seleccionar o diseñar políticas públicas, y por tanto, las obligaciones derivadas de una condena judicial en nada afectan la división de poderes.

Por las razones dadas, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del GCBA y, en consecuencia, revocar la sentencia de grado en cuanto ordena "adoptar las decisiones necesarias tendientes a que el CESAC Nº 8 y al

CESAC Nº 35 de la Villa 21/24 se encuentren en condiciones razonables de funcionamiento a la brevedad posible" y confirmarla exclusivamente en relación con las medidas necesarias que la demandada debe adoptar para solucionar las deficiencias expuestas en los informes de la Superintendencia de Bomberos. Sin costas, toda vez que la controversia se suscitó entre la parte demandada y el Ministerio Público Tutelar, que actúa en la causa en cumplimiento de su cometido constitucional y legal.

Voto del juez Carlos F. Balbín:

I. La demandada se agravia por considerar que el actor no se encuentra legitimado para promover la presente demanda de amparo.

Así planteada la cuestión, corresponde expedirse sobre la legitimación procesal de la Asesoría Tutelar, esto es si la Asesoría se halla jurídicamente habilitada para invocar la afectación de los derechos o intereses cuya protección jurisdiccional pretende.

II.Vale recordar que se ha definido a la legitimación para obrar, o legitimatio ad causam, como la cualidad que tiene una persona para reclamar ante otra por una pretensión en el proceso judicial (Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado y comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. III, pág. 347).

Así pues, la existencia de legitimación es presupuesto de la configuración del caso judicial que es el cauce a través del cual el juez debe intervenir.

III. Con referencia a la caracterización de los supuestos en que se encuentra configurado un caso judicial, y como lo ha recordado esta sala "in re": "Rubiolo, Adriana Delia y otros c. GCBA y otros s/ Amparo", del 16/11/00 -La Ley, 2001-A, 186-, entre otros, es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se trata de las causas de carácter contencioso a las que se refiere el artículo 2° de la ley nacional 27, a las que ha definido como "...aquéllas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (doctrina de

Fallos 156:318, consid. 5°, p. 321). Y, por ello, no se da una causa o caso contencioso (...) cuando se procura (...) la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos: 243:176 y 255:104, consid. 5°, segundo párrafo)" (conf. cita efectuada por el Procurador General de la Nación en su dictamen vertido "in re": "Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional" -La Ley, 1997-F, 884; 1998-A, 456; 1998-B, 294; 1999-A, 113-).

La Corte Suprema ha señalado que tanto en el supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto un bien colectivo ”como cuando se trata de la tutela de derechos individuales o de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (artículo 116 de la Constitución Nacional; artículo 2 de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326:3007, considerandos 7° y 8°,entre muchos otros) desde que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, sino decidir colisionesefectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24: 248; 94:444;130:157; 243:176; 256:104; 263:397, entre muchos otros) que deben ser actuales “ (CSJN, Schröder, Juan c. INVAP S.E. y E.N., 04/05/2010).

La existencia de un caso contencioso, esto es, de una controversia entre partes que afirmen y contradigan sus derechos, ha de ser provocada por parte legítima en la forma que prescriban las normas procesales respectivas, quedando excluidas las consultas y las peticiones de declaraciones generales. En efecto, la controversia así definida no debe ser abstracta, por carecer quien la promueve de un interés económico o jurídico que pueda ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse, no siendo suficiente a esos efectos invocar un perjuicio eventual o hipotético; debiendo recaer el agravio sobre el peticionante y no sobre terceros. Se trata de la exigencia de que la impugnación sea introducida por parte de quien demuestre la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial” (CSJN, Fallos 331:1364), esto es “que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso” (CSJN, Fallos 331:2287).

IV. A su vez, en el ámbito local existe “causa contencioso-administrativa” cuando el actor es titular de un interés jurídico tutelado por el ordenamiento normativo —artículo 6, CCAyT— y, a su vez, dicho interés se ve afectado —daño cierto, actual o futuro— por una acción u omisión imputable a una autoridad administrativa —tal como éstas son definidas en los artículos 1 y 2, CCAyT— de manera que, a través de la acción intentada, se pretenda prevenir, cesar o reparar los efectos lesivos que se invocan.

Pero el art. 6, CCAyT, no establece cuál es el alcance que cabe asignar a los términos “derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”, es decir, no define qué clase de intereses deben reputarse protegidos por el sistema jurídico.

Siendo la presente una acción de amparo, cabe recordar que conforme el art. 43, CN, “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización...”.

En sentido aún más amplio, el art. 14 de la Constitución de la Ciudad establece que “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo ... Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos e intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”.

Así, dentro de los intereses jurídicos tutelados que menciona el artículo 6, CCAyT —y que habilitan a su titular a ocurrir por ante los tribunales judiciales de este fuero en caso de su eventual afectación— se encuentran, por un lado, los derechos subjetivos y, por el otro, los derechos colectivos.

Esta distinción tiene relevancia ya que para determinar si en un caso estamos en presencia de una "controversia" susceptible de revisión judicial, es necesario establecer cuál es el tipo de interés tutelado, quién es el titular y cuál es la relación entre el daño y el interés.

En este sentido, en el marco de los intereses concretos, directos e inmediatos de las personas, el operador debe exigir —consecuentemente— daños ciertos y personales con el propósito de dar por configurado el caso judicial. Por el contrario, en el supuesto de los intereses difusos, sólo cabe exigir daños mediatos.

V. En particular, sólo existe "caso judicial colectivo" si reconocemos los siguientes extremos, el objeto colectivo, el sujeto titular y, por último, el nexo entre ambos(cfr. Balbín, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, T. III, 1º edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 367 y 437).

En la especie, el Asesor Tutelar nº 1 dedujo acción de amparo invocando la violación del derecho a la salud y discriminación de los niños, niñas y adolescentes. A su vez, sostuvo su legitimación activa con base en el artículo 49, incisos 2 y 4, de la ley 1903.

Tal como se verá, es claro que no invocó un derecho subjetivo sino derechos de incidencia colectiva en los términos del art. 43, 2º párrafo, CN, y 14, 2º párrafo, CCABA.

VI. El derecho a la salud ha sido reconocido en instrumentos internacionales sobre derechos humanos que cuentan con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Así, conforme la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a —entre otros aspectos— asistencia médica (art. XI). Con similar orientación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos

establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure —entre otros beneficios— la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1).

En particular, la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone que el interés superior de los menores es el criterio primordial para resolver cualquier cuestión que los afecte (art. 3.1.). A su vez, esta convención reconoce el derecho del niño al disfrute del nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24.1); y establece que los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para: reducir la mortalidad infantil y en la niñez, y asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud (art. 24.2, incs. a y b).

En el orden local, el art. 20 de la CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral.

Corresponde poner de relieve que la protección constitucional del derecho a la salud resulta operativa. En efecto, el art. 10, CCABA, establece que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Y agrega que "[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

La ley 153 —ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires— también garantiza el derecho a la salud integral (art. 1) y establece que esta garantía se sustenta —entre otros principios— en el gasto público en salud como una inversión social prioritaria.

Asimismo, prevé que la Autoridad de Aplicación —esto es, el nivel jerárquico superior del gobierno local— garantiza en el subsector estatal los derechos objeto de tutela (arts. 5 y 8). Por otra parte, fija como objetivos de este subsector del sistema —entre otros— contribuir a la disminución de los desequilibrios sociales, mediante el acceso universal y la equidad en la atención de la salud, dando prioridad

a las acciones dirigidas a la población más vulnerable, y a las causas de morbilidad prevenibles y reductibles (art. 14, inc. “a”).

Finalmente, la ley 114 —de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes— establece que se entiende por interés superior de los niños, niñas y adolescentes "...el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérseles" (art. 2), aclarando —a los fines de la aplicación e interpretación de sus disposiciones— que en todas las medidas que tomen los órganos legislativos, judiciales y/o administrativos dicho interés ha de constituir la consideración primordial (art. 3).

La misma norma dispone que los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos fundamentales inherentes a su condición de personas, y que la Ciudad propicia su participación social y garantiza todas las oportunidades para su pleno desarrollo en condiciones de libertad, igualdad y dignidad (art. 4).

Prescribe que la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad, tienen el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes, con absoluta prioridad, la efectivización de, entre otros, los derechos a la vida y a la salud (art. 6).

Prevé, asimismo, el deber del Gobierno de la Ciudad de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos. Estas medidas comprenden las acciones positivas tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos (art. 7).

Los niños, niñas y adolescentes tienen prioridad —entre otros aspectos— en la atención de los servicios públicos y en la asignación de recursos públicos en la formulación y ejecución de políticas concernientes a las áreas relacionadas con la protección de sus derechos (art. 8). En particular, tienen derecho a la atención integral de su salud. Debe asegurarse su acceso gratuito, universal e igualitario, sobre la base de la solidaridad (art. 22).

VII. En cuanto al interés que suscita la salud, cabe destacar que el objeto colectivo es a) cualquier bien indivisible cuya titularidad o interés no es propio y exclusivo, sino compartido por un sinnúmero de personas de modo superpuesto y sin perjuicio de los intereses individuales concurrentes; b) los bienes divisibles y cuya

titularidad es propia, individual o particular, pero susceptible de incidir en el terreno de los intereses colectivos o generales (derechos de incidencia colectiva en general).

En otras palabras, los objetos colectivos no deben limitarse a los casos señalados en términos puntuales y expresos por el legislador —tanto en el texto de la Constitución nacional y local, como por ejemplo el ambiente y los usuarios y consumidores— sino que el concepto de "los derechos de incidencia colectiva en general" (art. 43, CN) y "los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos" (art. 14, CCABA) debe incluir "cualquier interés —llámese individual o social— siempre que su afectación plural resulte relevante, según los derechos comprometidos y las circunstancias del caso, desde el punto de vista institucional, social y económico" (cfr. Balbín, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, T. III, 1º edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 433).

Pues bien, definir cuándo se produce una afectación a un bien colectivo, es una tarea de interpretación que corresponde al operador jurídico, salvo en aquellos supuestos previstos expresamente por la norma constitucional —vgr. arts. 43, CN y 14, CCABA—.Nótese que la enumeración que hace el texto constitucional es meramente enunciativa y no taxativa.

En particular, en el caso de las omisiones en que incurre el Estado en materia de salud, he dicho que el "derecho es individual pero a su vez colectivo porque su objeto es colectivo (preservación de la salud) e incide en el campo social en términos plurales y relevantes (protección de los sectores más vulnerables)" (cfr. Balbín, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, T. III, 1º edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 433-435).

En este orden, vale agregar que la CSJN ha sostenido reiteradamente la existencia de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud (conf., entre otros precedentes, "Asociación Benghalensis y otro c/ Estado Nacional", LL 2001-B, 126 y "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud", LL, 2004-D, 30).

VIII. Establecido lo anterior —esto es, el derecho a la salud no reviste en el presente caso el carácter de derecho subjetivo, sino que se encuentra comprendido dentro de la categoría de los derechos de incidencia colectiva—, corresponde

examinar cómo repercute la distinción entre derecho subjetivo individual y colectivo en el plano del derecho procesal.

En ese sentido, se ha señalado que “se perfila un derecho procesal colectivo, diverso del proceso civil individual, con principios singulares propios como los del acceso a la justicia, de universalidad de la jurisdicción, de participación en el proceso, de impulso oficial, de economía, instrumentalidad de las formas, que asumen un perfil distintivo; e institutos fundamentales que presentan caracteres diferenciales: legitimación, representatividad adecuada, cosa juzgada y otros entre los que se destaca la superación del concepto rígido de objeto de la pretensión y causa de pedir. Precisamente, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004 estatuye en su art. 10 que en las acciones colectivas, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente. Oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la acción inicial para alterar o ampliar el objeto de la demanda o la causa de pedir (par. 1°). El juez permitirá la alteración del objeto del proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de la jurisdicción, desde que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la contraria y el contradictorio sea preservado (par. 2°). El juez, en la audiencia preliminar, fijará los puntos controvertidos (art. 11, par. 4°, III)” (Pellegrini Grinover, Ada, citada en BERIZONCE, Roberto O., “Tutelas procesales diferenciadas. Procesos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 4, 01 jul. 2010).

La pretensión planteada en un proceso colectivo no reviste la especificidad ni el detalle propio del proceso individual, pues no es lo mismo describir y precisar cómo se afecta el interés que recae sobre bienes comunes que si éstos fuesen individuales.

En otros términos, la generalidad del planteo de la pretensión es razonablemente mayor en los procesos colectivos en comparación con los procesos individuales.

De aplicarse los criterios del caso judicial individual no se garantizaría la protección de los derechos colectivos pues difícilmente se tendría por configurado el caso judicial colectivo si la pretensión y el perjuicio fuesen apreciados como en los supuestos de protección de derechos subjetivos individuales. A lo ya expuesto, cabe

reiterar que la tarea de calificar un perjuicio como concreto o inmediato depende del contexto.

Quizás conviene aclarar que los procesos colectivos constituyen muchas veces procesos estructurales. Uno de los caracteres deestos juicios es la amplitud del objeto bajo debate que se integra en parte a través del desarrollo del propio proceso y el dictado de mandatos judiciales cuyo cumplimiento es dinámico y exige un interactuar entre el juez y el sujeto obligado.

En efecto, su objeto "es la eliminación o modificación de condiciones estructurales que dan lugar a una determinada situación de hecho– compleja, producto de distintas decisiones de múltiples agencias- que resulta violatoria de derechos" (Basch, Fernando, "Breve introducción al litigio de reforma estructural", pág. 6).

Por tanto, esta clase de pleitos, en términos generales, proceden ante la supuesta omisión del Estado en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales respecto de grupos que se encuentran en situación de mayor indefensión y vulneración social.

Por un lado, la parte actora deja de identificarse con personas individuales para representar colectivos cuya característica es el hecho de ser objeto de una afectación de derechos por situaciones estructurales y no simplemente coyunturales o transitorias. Por el otro, la demandada requiere de la participación de diversos órganos y áreas del Estado debido, justamente, al carácter interdisciplinario de la pretensión.

IX. Pues bien, en el presente proceso se debate el derecho básico a la salud y a la inclusión social de uno de los grupos más vulnerables, el de los niños, niñas y adolescentes que viven en la villa 21/24 y, por tanto, cabe reconocerlo como proceso colectivo y estructural.

Conforme lo expuesto, esta clase de procesos supone abandonar la visión tradicional del litigio toda vez que las reglas procesales vigentes no regulan procesos con estas características, sin embargo, cierto es también que los jueces tienen el deber de garantizar plenamente los derechos e incluso, en tales casos, suplir las omisiones estatales.

Cabe recordar aquí los precedentes “Siri” y “Kot” respecto del amparo y más recientemente el caso “Halabi” en relación con los procesos colectivos (CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 dto. 1564/04”, sentencia del 24/02/2009).

X. Es evidente, entonces, que en este tipo de contiendas, por sus características propias, los institutos procesales deben ser revisados, a saber y entre otros, la legitimación, los efectos de las sentencias y el principio de congruencia. En efecto, de nada sirve ampliar la legitimación si no se reconocen luego los efectos generales de los mandatos judiciales.

En igual sentido, no resulta razonable que actor y demandado trabajen y concilien, relegando posiblemente en parte sus pretensiones sobre objetos complejos e interdisciplinarios, si no se adecuan el principio dispositivo y el de congruencia.

En particular, este último, por definición y en términos generales, veda a los magistrados introducir en el proceso hechos o pretensiones que no hayan sido articulados en los escritos de demanda y contestación. Sin embargo, como ya se adelantara, en los procesos estructurales, su alcance debe ser entendido en un sentido más laxo,siempre –claro- que guarde relación con el objeto principal.

Por tanto, dado el carácter dinámico que distingue a los litigios estructurales –como consecuencia directa de la negociación entre las partes –bajo el permanente control del magistrado- y el carácter complejo del objeto y su solución, se hace necesario redefinir el principio de congruencia según los caracteres propios de este procesoy no desde la perspectiva del proceso judicial clásico.

XI. En este contexto, resulta inadmisible el argumento de la demandada relativo a que el Sr. Asesor Tutelar no ha demostrado ni acreditado quienes (con nombre y apellido y domicilio) son los menores o incapaces por los cuales estaría ejerciendo la representación en juicio en los términos del art. 59 del Código Civil.

Esta Sala ha sostenido que el Asesor Tutelar se encuentra legitimado en tanto es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de acuerdo con los intereses generales de la sociedad (artículo 125, Constitución de la Ciudad y artículo 1, ley 1903), y específicamente en relación a la representación promiscua de los menores e incapaces, de entablar en su defensa las acciones y recursos pertinentes (artículo 49, incs. 2 y 4, ley 1903) (esta Sala in re:

“Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. c/ GCBA. s/ amparo”, EXP 899, sentencia del 01/6/2001; “López Jorge Ramón y otros contra OSCABA s/amparo (art. 14 CCABA)”, EXP 33136/0, sentencia del 04/3/2010; “Selser Jorge Guillermo c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, EXP 36884/3, sentencia del 11/3/2011; “Asesoría Tutelar CAYT Nº 1 (oficio 240/10) c. GCBA s/ otros procesos incidentales” , EXP 39223/1, sentencia del 04/4/2011; y “Asesoría Tutelar Nº 2 y otros contra GCBA y otros sobre amparo (art. 14 CCABA)”, EXP 41651/0, sentencia del 14/11/2011).

De conformidad con lo expuesto en la causa caratulada “López Jorge Ramón” el art. 59 del C.Civil instituye la llamada representación promiscua que opera en forma complementaria o colectiva -junto a la representación de carácter individual-, estando a cargo de la Asesoría Tutelar. En efecto, el término promiscua viene a evidenciar que la actuación del Ministerio Tutelar es conjunta con la de los representantes legales. Sin perjuicio de dicha condición, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes al señalar que dicha actuación es parte necesaria en todo juicio en que intervenga un incapaz (conf. Llambías J. J., Benegas P.R., PosseSaguier F., Código Civil Anotado, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002, pag. 230 y Borda, Guillermo, “Tratado de derecho Civil. Parte General” ps. 426/7, 6a. ed. 1976), al extremo de que su omisión es sancionada con la nulidad -aún pueda ser solo relativa- de lo obrado bajo esa forma. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que “el ministerio de menores es parte legítima y esencial en todo asunto judicial en el que intervengan menores” (CNCiv., Sala E, ED 29-594, id., Sala C, LL 111-898, 9179-S; CNCom, Sala B, ED 6-960).

XII. Ahora bien, no obstante lo expuesto hasta aquí, se ha admitido que dicha actuación pueda adquirir también carácter representativo para suplir (y por tanto será subsidiariamente) la omisa actuación de los representantes legales individuales. Conforme la doctrina, en nuestro sistema coexisten el sistema de representación y asistencia en el remedio a la incapacidad. Y, si bien la función principal del Asesor de Menores es la asistencia al representante individual del incapaz, cuando éste es omiso, puede actuar subsidiariamente en ese mismo carácter para impedir la frustración de un derecho (Llambías J, ob. cit., pág. 230). En el mismo sentido, se

considera que el alcance de las funciones del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota en la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz ya que, en ciertas circunstancias, cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Asesor de Menores será representante directo. Concretamente se señala que la función de orden público que el art.59 del Cod. Civil le atribuye no se limita a una simple ratificación de lo actuado por el representante necesario sino que sus atribuciones se extienden en la medida que lo requiera la defensa del incapaz" (Highton E., "Funciones de Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control", LL, 1978-B-904).

En definitiva, de lo expuesto se desprende que el Asesor de Menores, bajo una interpretación amplia del art. 59 del Cód. Civil, tiende también a suplir la eventual falencia, negligencia o simple omisión en la que pueden incurrir los representantes legales con el único objetivo de proveer a la defensa del interés del incapaz.

Esta lectura resulta especialmente justificada en los casos en que se encuentra en juego el derecho a la salud. En efecto, este derecho exige que se extremen los recaudos a fin de asegurar al incapaz una adecuada representación legal, habida cuenta de la urgencia con que habitualmente ha de procurarse el remedio judicial y las consecuencias irreparables que puede comportar la demora.

XIII. De lo hasta aquí expuesto se sigue que la Asesoría Tutelar se encuentra legitimada para accionar.

En este orden cabe reparar, por un lado, en la interpretación amplia que, según lo antes expuesto, debe seguirse respecto del art. 59 del Código Civil.

Por otro lado, desconocer la legitimación para accionar de la actora no resulta plausible frente a un caso en el cual la Constitución local no exige siquiera la condición de afectado sino, simplemente, la de habitante. Ello es así por tratarse de una acción de amparo promovida en defensa de derechos colectivos (art. 14, CCABA).

En este contexto, la exigencia de identificar con precisión los nombres de los menores a quienes representa desatiende las diferentes características del derecho

subjetivo individual y colectivo que, a su vez, como se ha señalado en el punto VIII, repercuten en el plano del derecho procesal.

Conforme lo expuesto, debe concluirse que el actor posee legitimación activa por encontrarse en debate el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes que viven en la villa 21/24, respecto de quienes ejerce representación.

XIV. Sentadas las premisas precedentes, corresponde tratar el objeto de la demanda y su especificidad.

El actor sostiene que el GCBA no brinda una adecuada prestación del servicio de salud de niñas, niños y adolescentes que concurren al CESAC Nº 8 y CESAC Nº 35 de la Villa 21/24 y, por tanto, solicita que se ordene a la demandada a presentar y ejecutar un plan de obras destinado a la ampliación de ambos centros de salud y designar los recursos humanos que dichos dispositivos requieren, incluyendo profesionales de la salud y de mantenimiento (fs. 1 vta.).

De las constancias de la causa, surge en qué condiciones cada CESAC presta el servicio de salud.

Por un lado, en los informes técnicos de la Superintendencia Federal de Bomberos de fs. 461/468 se exponen las deficiencias que presentan cada uno de los centros asistenciales respecto de las condiciones de protección contra incendios.

Por otro lado, en autos se encuentran agregados los informes elaborados por las funcionarias a cargo de los CESAC N° 8 y N° 35.

En relación con el CESAC N° 35, la Dra. Daniela Inés Dívola, jefa del citado centro, informó: a) allí se realizan alrededor de 16.000 consultas por año y 1.350 por mes de personas menores de edad que pertenecen a una población con alto grado de vulnerabilidad; b) el CESAC cuenta con las siguientes prestaciones: pediatría, tocoginecología, adolescencia, medicina general, obstetricia, odontología, enfermería, psicología, psicopedagogía, fonoaudiología y farmacia; c) la infraestructura actual es insuficiente para cubrir la demanda actual. Se requieren más consultorios y nombramientos de tres pediatras, una farmacéutica, un médico generalista, un tocoginecólogo, un ecografista y un técnico en electrocardiograma, una fonoaudióloga, una psicopedagoga, dos trabajadores sociales, d) se necesita

mantenimiento del CESAC que desde su apertura no cuenta con el servicio, e) se requiere la habilitación del equipo de RX odontológico que nunca fue habilitado.

Respecto del CESAC N° 8, la Dra. Beatriz Belloni, jefa del mencionado centro, informó que la atención de los niños está diferenciada entre la demanda espontánea y la atención bajo el programa de "niño sano" hasta los 11 años de edad y "juventud" hasta los 24 años de edad. El promedio anual de consultas es de 16508 y de 1500 por mes. La funcionaria destaca que "hay un largo descenso en el número de niños/as ingresados/as de 0 a 4 años de edad entre el año 2007/2009, atribuible a la pérdida paulatina de hs. pediátricas. Esta pérdida de horas responde a diversas causas – año 2009 pérdida de hs. de trabajo con módulos/guardias – temor por parte de los profesionales de ingresar a la Villa – demora en los nombramientos." (fs. 191). Manifiesta que es necesario contar con mayor cantidad de personal médico y enfermeros, con un vacunatorio separado y aislado del resto de las prestaciones que realiza la enfermera (las nebulizaciones se efectúan en sala de espera). "Por lo tanto cuando nos encontramos en situación de internación abreviada o un paciente queda en observación, se ocupa un consultorio, que genera demora en la atención", por las características estructurales del sector de enfermería resulta imposible el aislamiento de casos (gripe A, TBC, eruptiva, etc.), se necesitan depósitos para insumos, materiales varios, oxígeno, leche, artículos de limpieza, que sean independientes y seguros, baños públicos. "En cuanto a la demanda insatisfecha, niños/adolescentes/jóvenes y adultos podrían ser captados por otros Centros de Salud del Area Programática cercanos (n° 35, 30 – Zabaleta, n°1, n° 16). Hay en el barrio usuarios espontáneos de estos centros de salud. No obstante y desde la concepción de la APS, sería necesario un Centro de Salud equipado por cada 30.000 habitantes. En la actualidad la Villa 21-24 cuenta con aproximadamente 65.000 habitantes" (fs. 196). También refiere que hay un proyecto de ampliación que se encuentra aprobado. Asimismo, destaca que los recursos humanos actuales no son suficientes para cubrir la demanda de la comunidad. Entre los diversos factores que causan ese déficit, menciona el crecimiento de la población, la insuficiencia de las horas pediátricas asignadas por semana que impiden sostener el histórico perfil materno infantil del CESAC N° 8 y estimular los controles de salud en niños de 6 o más años de edad.

XV. De los informes señalados, cabe concluir que el Estado presta el servicio de salud pública en condiciones deficientes afectando así los derechos de un sector vulnerable de la población (particularmente los menores que viven en la villa 21/24).

A mi juicio, las deficiencias reseñadas permiten concluir que existe un perjuicio concreto, actual o inminente; sufrido por el grupo antes mencionado. Por otra parte, además de identificar las falencias que presenta el servicio de salud en los centros asistenciales en cuestión, la actora 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. En este contexto, solicita que se condene a la Ciudad a arbitrar medidas concretas tendientes a superar ese estado de cosas. En consecuencia, no puede válidamente afirmarse que la sentencia tendría un sentido meramente teórico o conjetural, ya que la decisión tendrá incidencia concreta en los intereses y derechos de las partes (conf. doctrina de la CSJN in re "Ministerio de Salud y/o Gobernación", sent. del 31 de octubre de 2006, LL 2006-F, 422).

En suma, (i) el derecho a la salud no reviste en el presente caso el carácter de derecho subjetivo individual, sino que se encuentra comprendido dentro de la categoría de los derechos colectivos (objeto colectivo, cfr. considerando VII); (ii) el Asesor Tutelar nº 1 se encuentra legitimado para deducir la presente acción (sujeto titular, cfr. considerandos XI a XIII); y (iii) la pretensión y su alcance cumple con los estándares de los procesos colectivos y estructurales.

En consecuencia, no cabe sino concluir que en el caso se configura un "caso judicial de incidencia colectiva", susceptible de revisión judicial en los términos de los arts. 1, 2 y 6, CCAyT, 43, CN, y 14, CCABA (cfr. lo expuesto en el considerando II.1).

XVI. Cabe destacar que esta postura ha sido sostenida por esta Sala, entre otros, en los autos "Asesoría Tutelar Nº 2 y otros contra Gcba y otros s/ Amparo" (art. 14 CCABA)", Expte: Exp. 41651 / 0, sentencia del 14 de noviembre de 2011; "Asesoría Tutelar Nº 1 y otros contra Gcba y otros s/ Amparo", Expte.: Exp. 41373/0, sentencia del 06 de febrero de 2012; y "Sindicato Unico de Trabajadores

del Estado de la Ciudad de Bs. As. contra GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)", Expte. Exp. 36251/0, sentencia del 13 de julio de 2012.

XVII. Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado mediante la cual se ordenó a la Ciudad "adoptar las decisiones necesarias tendientes a que el CESAC Nº 8 y el CESAC Nº 35 de la Villa 21/24 se encuentren en condiciones razonables de funcionamiento a la brevedad posible dado que están en juego derechos fundamentales de personas en condiciones de extrema vulnerabilidad socioeconómica" (fs. 499 vta). Sin costas, toda vez que la controversia se suscitó entre la parte demandada y el Ministerio Público Tutelar, que actúa en la causa en cumplimiento de su cometido constitucional y legal.

Así dejo expresado mi voto.

Voto de la jueza Mabel Daniele:

Por los fundamentos allí expuestos, adhiero al voto del juez Carlos Balbín.

En virtud de las consideraciones expuestas y habiendo dictaminado la Sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE**: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en los términos expuestos en el voto del juez Carlos Balbín. Sin costas, toda vez que la controversia se suscitó entre la parte demandada y el Ministerio Público Tutelar, que actúa en la causa en cumplimiento de su cometido constitucional y legal.

Regístrese y notifíquese al Ministerio Público Tutelar y al Ministerio Público Fiscal en sus respectivos despachos y al GCBA mediante cédula por Secretaría.