



INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.

Excelentísimo Tribunal:

Laura Cristina Musa, en mi carácter Asesora General Tutelar (designada por Decreto N° 272/2007 B.O.C.B.A. N° 2630 del 22/02/07), manteniendo el domicilio procesal constituido en la calle Alsina 1826, en los autos caratulados **“ASESORIA TUTELAR CAYT N° 2 y otros contra GCBA y otros sobre AMPARO (ART. 14 CCABA)”** Expte. N° 9264/12 a VV.E.E. digo:

I. OBJETO.

Vengo por el presente a interponer el recurso extraordinario federal (arts. 14 y 15 de la Ley N° 48 y 256 y ss. del CPCCN), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ) el 19 de diciembre de 2013, que resolvió hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, revocar la sentencia de la Sala I de la Cámara CAYT y rechazar la demanda deducida por la Asesoría Tutelar n°2 y la Asesoría General Tutelar (resolución notificada el 23 de diciembre de 2013).

II. ANTECEDENTES.

La acción de amparo fue iniciada por la Asesoría General Tutelar en conjunto con la Asesoría de Primera Instancia n° 2, con fecha 16/06/11 contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA)–Ministerio de Salud-, a fin de que éste cumpla con su obligación constitucional de garantizar, entre otros, el derecho a la salud integral de todos los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad. Para acreditar la vulneración de estos derechos fueron invocadas desde la demanda inicial las normas federales que los consagran.

En esta acción se solicitó que se ordene a la demandada garantizar la internación en una unidad de terapia intensiva (UTI) pediátrica a los pacientes que por su gravedad y urgencia lo requieran, ya sea a través del servicio público de salud, o mediante la articulación inmediata con el sector privado y de la seguridad social, y con los municipios, en los casos que fuera necesario. Asimismo se peticionó diseñar y ejecutar un plan de prevención y atención de los casos de bronquiolitis previo al brote de esta enfermedad que incluya campañas de difusión y concientización hacia la población afectada, en particular los niños, niñas y adolescentes de la ciudad, así como también un plan sostenido en

el tiempo de atención a casos urgentes de los niños, niñas, y adolescentes que requieran acceso a las Unidades de Terapia Intensiva pediátricas, que incluya la articulación con el sector privado y de la seguridad social, y con los municipios del conurbano bonaerense, en los casos que fuera necesario.

Se peticionó como medida cautelar que se ordene al GCBA diseñar y presentar un protocolo de atención urgente, mediante el cual se garantice la atención e internación de todos los niños, niñas y adolescentes que requieran ser internados en Unidades de Terapia Intensiva Pediátrica durante la tramitación de la acción de amparo. A los fines de cumplir con dicha obligación y en caso de que los Hospitales Públicos dependientes del GCBA carezcan de camas para garantizarlo en forma directa, se solicitó se ordene a la accionada la articulación y subcontratación de establecimientos sanitarios privados y de la seguridad social para subsanar la omisión estatal de manera inmediata en cada uno de los casos que se presentaran. Asimismo, también fue requerida la apertura de un espacio de diálogo entre la parte actora, la accionada y los establecimientos sanitarios privados o, en su caso, el órgano o entidad que agrupe a los mismos, a los fines de articular mecanismos tendientes a garantizar que todo niño, niña y adolescente que lo solicite cuente con el espacio adecuado de internación.

Con fecha 27.06.11 **la jueza de grado dictó sentencia rechazando "in limine" la acción de amparo interpuesta alegando una ausencia de caso o controversia**, habida cuenta que lo requerido desbordaba las potestades conferidas al Poder Judicial, sin perjuicio de que, cuando se encuentre afectado un derecho subjetivo, su titular o representante legal impetara la acción pertinente a fin de salvaguardarlo.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por entender que la resolución dictada implicaba una vulneración a los derechos a la salud integral, a la igualdad y otros conexos, invocando las normas locales y federales correspondientes. El recurso fue resuelto por la Sala I de la Cámara CAyT con fecha 14/11/11, revocando en todo cuanto decide la sentencia de primera instancia, teniendo por configurado un "caso judicial" y en consecuencia, revocando el rechazo in limine del amparo.

En este estado, se solicitó se provea la medida cautelar peticionada oportunamente en el escrito de inicio, petición que fuera rechazada con fecha 11/04/12 por la Sra. Jueza de grado, fundando su decisión en la no advertencia a esa fecha de la configuración de una situación de peligro en base a las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria y el consiguiente aumento de la disponibilidad de camas en los sectores pediátricos y UTI.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, el cual fuera concedido por la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT revocando la resolución apelada. En consecuencia, dispuso precautoriamente la conformación de una mesa de diálogo entre la parte actora, el Ministerio de Salud y el SAME, a fin de reunir toda la información necesaria y dilucidar los distintos aspectos conducentes a la mejor solución del problema. Asimismo, dispuso que ante la eventualidad de que durante la tramitación del proceso se superase la capacidad del sistema y, por tanto, se suscitase alguno de los casos que requiriesen derivación, y si en tal supuesto, además, los canales previstos en los protocolos vigentes se revelasen insuficientes, podría plantearse la situación ante la jueza de primera instancia, quien dispondría las medidas tendientes a garantizar los derechos afectados.

Por su lado, y contra el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones que revocó el *rechazo in limine* de la acción y tuvo por configurado un "caso judicial" el 14/11/11, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue denegado por la alzada por considerar que: a) el pronunciamiento impugnado no era una sentencia definitiva, b) la recurrente no había logrado exponer un genuino caso constitucional y c) la sentencia no podía ser descalificada como autocontradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

Frente a la denegatoria, el GCBA acudió en queja ante el Tribunal Superior de Justicia. En fecha 23/08/12 emití dictamen en el que me expedí sobre la improcedencia del recurso impetrado por entender que la resolución en crisis no es equiparable a una definitiva en tanto no causa un perjuicio jurídico irreversible como pretende esgrimir la demandada, quien no pudo demostrar el carácter irreparable del agravio impugnado. En este escrito se reiteraron las normas federales que protegen los derechos involucrados en el caso, esto es el derecho a la salud integral y la igualdad, entre otros. Asimismo, sostuve que tampoco se advertía en el análisis de la recurrente una clara "cuestión constitucional" y que la circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara de Apelaciones, no produce que devenga infundada, y por ende, arbitraria.

Finalmente, el TSJ dictó sentencia el 19/12/13 (expte. n° 9264/12) haciendo lugar a la queja impetrada y al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, revocando en consecuencia la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones, confirmando la sentencia de primera instancia y **rechazando in limine la demanda interpuesta.**

Como se desarrollará en el presente recurso extraordinario federal, la sentencia impugnada incurre expresa-

mente en resoluciones contrarias al derecho federal en materia de derechos humanos, omitiendo la posibilidad de un recurso judicial efectivo, colectivo y preventivo, ante la violación de derechos fundamentales, concluyendo de forma errónea sobre la inexistencia de un caso en la medida en que la supuesta generalidad de la pretensión no logra instalar una controversia judicial. Por otro lado, la sentencia impugnada también sostiene que arbitrar la solución pretendida en una petición genérica de la atención a la salud llevaría al Poder Judicial a la realización de actos de carácter administrativo.

Finalmente la sentencia indica que: "...la parte actora debería demostrar a los jueces que efectivamente el grupo representado sufre un trato discriminatorio respecto de otros grupos que reciben el servicio de salud en forma privada y pedir medidas que llevaran a igual prestación. Sin embargo, la sola alegación de carencia de camas no permite tener por configurada la desigualdad en la medida en que, en todo caso debió indicar supuestos concretos en los cuales el otro grupo se asegura en toda ocasión una atención inmediata, y el grupo representado (niños, niñas y adolescentes que reciben únicamente atención gratuita proveniente del Estado) no lo tiene" (pto. 4 del voto del Dr. Lozano).

En definitiva, el TSJ arriba al decisorio bajo análisis a partir de una serie de interpretaciones contrarias al derecho federal mientras que, por otra parte, omite considerar ciertos mandatos contenidos en el Bloque de Constitucionalidad Federal en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. A continuación desarrollaremos los puntos fundamentales que el TSJ ha abordado de manera contraria a derecho o que directamente ha omitido juzgar, y que evidencian que la resolución alcanzada resulta contraria al plexo normativo federal invocado desde el inicio de esta acción y mantenido en todas las instancias correspondientes.

III. REFUTACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA. AFECTACIÓN DE NORMAS FEDERALES.

1. EXISTENCIA DE CASO JUDICIAL.

La mayoría del TSJ considera que no existe caso o controversia que habilite la intervención del Poder Judicial. Así, afirma que "[l]a acción que propone el Ministerio Público Tutelar no demuestra la existencia de una 'causa judicial' en los términos de los dispuesto en el artículo 106 de la CCABA, en la medida en que la generalidad de su pretensión no logra instalar una controversia judicial." (Pto. 3 in fine del voto del Sr. Juez Luis Lozano).

Según se desprende de su línea argumentativa, esta generalización estaría dada por una doble indeterminación: por un lado, la que existe en los sujetos afectados, debido a que no se solicitó en la demanda el acceso a una UTI pediátrica para un niño en particular, sino para un colectivo de forma preventiva; por el otro, la indeterminación en el objeto, toda vez que los sentenciantes entienden que se le estaría peticionando a la judicatura la reformulación de una política pública que consta de múltiples elementos técnicos cuyo abordaje no corresponde más que al Poder Ejecutivo. En consecuencia, el tribunal entiende que esta generalización lleva a la inexistencia de una afectación concreta de derechos. A continuación, se explicará por qué estos argumentos son conceptualmente erróneos, evidenciando una confusión en el entendimiento de la petición en las acciones preventivas y colectivas relativas a bienes colectivos.

A. Supuesta generalización subjetiva. Desconocimiento del artículo 43 de la Constitución Nacional.

A.i. Caso colectivo relativo a bienes colectivos

El Dr. Luis Francisco Lozano afirma que "la omisión que invoca la actora, sólo surge cuando un titular concreto del derecho queda privado del acceso que constituye el objeto de su derecho". De este modo, parece sugerir que sólo procederá la acción si una persona con nombre y apellido reclama concretamente una UTI en una situación determinada.

Esta exigencia resulta completamente incompatible con nuestra normativa constitucional. En efecto, el artículo 43 de la Constitución Nacional regula el amparo colectivo y, en este sentido, establece la posibilidad de iniciar acciones judiciales en reclamo de derechos de incidencia colectiva donde la determinación de la persona particular a quien podrá aplicarse la sentencia no es relevante. En estos casos se defienden los derechos de quienes forman parte del grupo involucrado que incluye a todos los sujetos que lo componen, los que a su vez no deben identificarse concretamente para la viabilidad de la acción. De hecho, estos casos pueden ser iniciados por el Defensor del Pueblo y las asociaciones, sin necesidad mencionar a alguna de las personas –con nombre y apellido– cuyos derechos protege, sino sólo identificar el grupo al que pertenecen.

La interpretación que formula el Tribunal desconoce entonces la procedencia del amparo colectivo en general, cuestión incomprensible en nuestra práctica judicial. Esta herramienta ha sido y es una de las centrales con las que contamos en nuestro sistema institucional para defender nuestros derechos.

De este modo, la sentencia resulta contradictoria con los innumerables casos judiciales donde los tribunales, en todas sus instancias, consideran procedente el amparo colectivo. En particular, resulta inconsistente con la doctrina jurisprudencial sentada por la Corte Suprema Federal en "Halabi" acerca de las causas colectivas relativas a un bien colectivo (Fallos 332:111). De la aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial se infiere que las UTIs pediátricas de los hospitales de la Ciudad de Buenos Aires constituyen un bien colectivo, toda vez que dentro del universo de niños, niñas, y adolescentes **el acceso a la salud pública es indivisible y no admite exclusión alguna** (cualquier niño o niña que necesitara una UTIs pediátrica tendría derecho a solicitarla) sin perjuicio del derecho individual de cada persona a que se le garantice el acceso al servicio de salud en caso de necesitarlo. Este derecho individual no es más –ni menos- que el que le permite utilizar la UTI en caso de corresponder, pero claramente se agota luego de la internación, y la cama –como instrumento concreto de ese derecho en términos colectivos- queda disponible para quien luego la necesite.

Respecto al derecho a la salud en su esfera colectiva, **no existe un derecho de apropiación individual de la prestación que implique la exclusión de este acceso a otras personas**, tal como sucede con todos los bienes colectivos, como por ejemplo, el ambiente. De lo antedicho se desprende que todos los niños, niñas y adolescentes son potenciales usuarios del servicio, sin poder excluir a otros usuarios, razón por la cual la generalización efectuada en la demanda es adecuada y no obsta la procedencia de la acción. Esto significa que se generaliza porque no sería posible ni adecuado determinar de antemano quién necesitará el servicio, no obstante lo cual, el derecho a la salud de las personas carecería de contenido si no implicara que los hospitales públicos estén mínimamente equipados para atender la demanda espontánea y posiblemente determinable solamente a partir de que la persona padece una enfermedad y solicita el servicio (esfera individual o subjetiva del derecho a la salud).

Es así que la afectación del bien colectivo se configura con independencia de la identificación de las personas concretas que individualmente utilicen las camas, siendo necesaria y suficiente la existencia del daño que se producirá debido a que una omisión de la Administración genera una deficiencia en un bien perteneciente a toda la comunidad.

Afirmar que el afectación se configuraría recién cuando "un titular concreto del derecho queda privado del acceso que constituye el objeto de su derecho" –conforme voto del Dr. Lozano- o cuestionar, como lo hace el Dr. José

Oswaldo Casás en su voto, que no se invocaron “casos concretos de menores cuya salud se viera afectado” es desconocer la naturaleza de los casos judiciales relativos a bienes colectivos.

A. ii. Inminencia del daño. Tutela preventiva.

La innecesaria e imposible de determinación subjetiva presente en el caso está dada también por la combinación del caso colectivo con un amparo **preventivo**, que busca evitar un daño inminente y no reparar el ya producido.

Si una persona requiere un servicio de salud pública (bien colectivo) en el tiempo presente, y el Estado se lo niega, entonces podemos determinar quién es la persona a la que el Estado omite atender. En un caso en el que el daño es inminente en relación a un bien público -en contraposición a un daño actual- es imposible individualizar con nombre y apellido quién será **a futuro** el niño o la niña que vaya a necesitar, en una emergencia, una cama de terapia intensiva. Lo que sí es seguro –y surge de las constancias de la causa- es que **de no modificarse la situación de hecho actual, existirán niños y niñas a los que se les niegue este servicio durante el período de colapso de las UTI pediátricas en los brotes de bronquiolitis en invierno**. La omisión estatal antijurídica se producirá. Lo que es materialmente imposible, es individualizar sobre qué niño o niña recaerá. Para ilustrar el punto, podría pensarse, por ejemplo, en que hoy todos los hospitales públicos y sanatorios del país sacasen sus unidades de terapia intensiva, sería muy claro que existirá un daño inminente a una persona, cuya subjetividad es, no obstante, indeterminable al tiempo presente. La incertidumbre de los sujetos a quienes efectivamente se les asignarán las camas sólo muestra que se trata de una acción preventiva y colectiva, que lo que pretende es que cualquiera sea el peticionante concreto, éste tenga su vacante a los fines de garantizar su derecho.

Como ya se ha destacado, lo acontecido en los últimos años durante la época de epidemia bronquiolítica, **no sólo demuestra la urgencia del caso y el inminente peligro para la salud de los potenciales requirentes, sino también la necesidad de remover los obstáculos al momento de producirse la mayor cantidad de requerimientos**. La violación de los derechos de múltiples niños, niñas y adolescentes obedece a una misma razón, que es el incumplimiento de los estándares constitucionales en materia de salud. En este sentido, la omisión que provoca la violación del derecho a la salud y a la igualdad no puede ser reparada a través de múltiples remedios individuales, sino que requiere una solución estructural, esto es, el diseño de un plan de prevención y atención para casos urgentes.

En consecuencia, dado que las UTIs existentes son insuficiente para garantizar el derecho a la salud de quienes, potencialmente, pueden solicitarlas, requerir un damnificado concreto implica desconocer el posible carácter preventivo de la acción de amparo y exigir en consecuencia la producción de un daño para poder recurrir a la Justicia. Negar la existencia de caso en el *sub examine*, implicaría lisa y llanamente negar la institución del amparo preventivo consagrada en el art. 43 de la Constitución de la Nación.

La tutela preventiva resulta de particular relevancia cuando se encuentran afectados derechos de incidencia colectiva. De conformidad con el art. 43 de la Constitución Nacional, los bienes de incidencia colectiva pueden ser lesionados, restringidos, alterados o amenazados. Esta norma de manera expresa incluye la posibilidad de accionar frente a daños de carácter actual o **inminente**. Se ha señalado que “[e]n general, el legislador establece la procedencia de la tutela preventiva, es decir, primero prevenir, luego restituir y finalmente, si no quedan opciones, reparar el daño causado” (Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia colectiva, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 115).

De esta forma, Lorenzetti explica que la tutela preventiva puede ser definitiva o cautelar. En el caso de la tutela definitiva, “la prevención puede ser la pretensión que agote el objeto de un proceso, dentro del cual se dispongan medidas cautelares”. En los casos en los que se encuentran afectados **derechos colectivos, la prevención puede ser solicitada en un juicio de amparo u ordinario, requiriéndose al juez que se disponga de modo definitivo con lo cual se agota el objeto procesal y la sentencia es definitiva**” (op. cit., el resaltado me pertenece).

A nivel jurisprudencial, es importante tener en cuenta que la Corte Suprema Federal tuvo oportunidad de expresarse en un caso cuya situación de hecho era sustancialmente análoga al presente. En “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. 01/06/2000” (Fallos 323:1339), varias ONGs que desarrollan actividades contra el SIDA promovieron acción de amparo a fin de que se obligara al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de las personas que padecían dicha enfermedad, suministrando los medicamentos y tratamientos adecuados de acuerdo con la legislación vigente y derechos constitucionales. En dicha oportunidad, la Corte se halló frente a un caso en el que se encontraba en juego el derecho a la salud, colectivo relativo a un bien colectivo (como es la salud pública), y preventivo, ya que obligaba a que el Estado proveyera a los efectores de salud los recursos necesarios a fin de que cualquier individuo que tuviera actualmente la enfermedad, o la contrajera a futuro, pudiese acceder a los medicamentos para tratar la enfermedad. En

dicho expediente (citado incluso por el juez Lozano en el voto del caso que nos compete), el Máximo Tribunal se encontró frente a un amparo colectivo y preventivo, presentando el caso características muy similares al que nos ocupa: era imposible la individualización de los sujetos que podrían requerir a futuro el tratamiento contra el SIDA, y no se solicitaba a los jueces que determinaran qué medicamentos eran adecuados para el tratamiento de dicha enfermedad (como entenderían los jueces del TSJ), sino que obligaran al Ministerio de Salud federal a proveer los medicamentos correspondientes para su tratamiento.

En efecto, en "Benghalensis", el Máximo Tribunal afirma que "[t]oda vez que existe un peligro concreto, actual **e inminente** provocado por la falta de provisión de reactivos o medicamentos, diferenciados de la situación en que se hallan las demás personas y, en especial, con relación a las consecuencias por la no detección y asistencia a los portadores infectados y enfermos o por la interrupción de su tratamiento, se trata de un caso contencioso, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 2 de la ley 27, y no de una petición con mero carácter consultivo".

Vemos entonces que en casos como "Benghalensis" la Corte admite la configuración de una causa judicializable en presencia de un bien colectivo y de una acción que busca evitar un daño inminente, no siendo posible determinar quién necesitará los medicamentos para tratar la enfermedad en el futuro, pero quedando en evidencia que de no contar los efectores de salud con ellos, se producirá un daño que es cierto.

Otro ejemplo de tutela preventiva colectiva es la causa "Mendoza", en la que se dictó una sentencia sobre la prevención y recomposición del bien ambiental, que se consideró autónoma y definitiva. En este caso, la Corte Suprema afirmó que **"a los fines de la tutela del bien colectivo tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro cuando se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación.** La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales" (CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo", Fallos 329:2316, el destacado es propio).

En conclusión, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia que rechaza la acción por ausencia de caso o controversia supone un desconocimiento de la tutela preventiva que —en términos colectivos— se reclama en

esta acción. Es decir, al no entender que se trata de un caso destinado a prevenir daños inminentes por la afectación de un bien colectivo, considera que no hay controversia que habilite la intervención del Poder Judicial. Esta interpretación, además de resultar contraria la propia letra del artículo 43 de la Constitución Nacional, constituye una vulneración al ordenamiento normativo y a la doctrina judicial sentada por la CSJN, al acceso a la justicia y a la garantía de recurso efectivo para garantizar el derecho a la salud, entre otros.

B. Daño.

Al no existir un sujeto determinado, el TSJ infiere que tampoco existe un daño concreto, y por ende, que no hay caso judicial. Una vez delimitado el alcance colectivo y preventivo de la acción, es necesario también indicar que, a diferencia de lo que afirman los sentenciantes, en el presente caso sí se demostró que el derecho a la salud del grupo en cuestión sufriera afectación, toda vez que de las constancias de la causa se desprende la **insuficiencia sistemática y recurrente de UTIs pediátricas durante los brotes invernales de bronquiolitis**. En los hechos, esto significa que existen niños y niñas que llegan al hospital en una situación de urgencia y que dado que el sistema se satura por falta de recursos humanos y materiales, los mismos **no disponen de una cama de terapia intensiva para atender dicha urgencia**. El daño es tal que se ha presenciado cómo la falta de UTIs pediátricas ha contribuido a que a varios niños y niñas vean agravado su estado de salud, e incluso hayan llegado a la muerte. Por ello es falso que, tal como afirma el Dr. Lozano en voto, todos los casos individuales que se fueron presentando en la urgencia hayan tenido una solución. Ello implica una lectura inadecuada de la realidad. La propia intervención del Poder Judicial, ya sea a través de la actuación judicial o extrajudicial del Ministerio Público Tutelar a los fines de obtener una cama disponible, muestra que el sistema de salud no dio solución al problema, sino que fue necesario recurrir a la Justicia para que el derecho se haga efectivo. Lo que el magistrado menciona como "solución" sólo pone en evidencia un desconocimiento a la demora que implica la intervención judicial y de los obstáculos que se presentan para el acceso a la Justicia.

En el presente caso existe un **bien público (caso colectivo)**, cuya situación de hecho actual (carencia de UTIs pediátricas para suplir la demanda variable pero siempre deficiente durante los brotes invernales de bronquiolitis) producirá una **situación de hecho inminente** que provocará un **daño cierto** en relación a la vida y salud de niños, niñas y adolescentes.

C. Supuesta generalización objetiva. Rol del Poder Judicial como garante de derechos.

El TSJ interpreta también que “la solución que se pretende a través de la petición genérica de la atención a la salud, llevaría al Poder Judicial a la realización de actos de carácter administrativo tales como decidir cuántas camas en unidades de terapia intensiva pediátrica se necesitan en cada hospital, cuál resultaría el plan adecuado para la prevención de enfermedades bronquiales en los períodos invernales, cómo se diseña un plan para la atención de casos urgentes, a través de las prestaciones públicas o del sector privado, etc. Todas funciones reservadas al Poder Ejecutivo”. Otra vez es errado el criterio del mencionado tribunal, debido a que el objeto de la presente acción no es que el juez diseñe la política pública en materia de salud (decidiendo cuántas camas en unidades de terapia intensiva pediátrica se necesitan en cada hospital, diseñando el plan adecuado para la prevención de enfermedades bronquiales en los períodos invernales y un plan para la atención de casos urgentes, a través de las prestaciones públicas, del sector privado o de la seguridad social) sino que **ordene al Poder Ejecutivo que cese en su omisión de realizar las acciones que correspondan en pos de garantizar el derecho a la salud de los niños y niñas que lo soliciten**. Nuevamente, al rechazar el carácter preventivo de la acción presentada, el Tribunal no sólo concluye erróneamente que no existe caso judicial sino que además agrega que en consecuencia su intervención implica una vulneración al principio de división de poderes. El error inicial, es decir, la falta de aceptación del caso preventivo, tiene como consecuencia los equívocos posteriores que desconocen el rol del Poder Judicial como garante de derechos (en este caso colectivos destinados a evitar daños inminentes).

Es preocupante que el TSJ desconozca que el fuero contencioso administrativo constituye la rama del Poder Judicial que controla la legalidad de las acciones y omisiones de la Administración Pública, siendo esta última la encargada de co-diseñar (junto al Poder Legislativo) y ejecutar las políticas públicas destinadas a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos. Las políticas públicas entonces, deben ser diseñadas y ejecutadas dentro del marco de las facultades y obligaciones que atribuyen las leyes y constituciones a los poderes políticos. Así, la antijuridicidad de la Administración pública puede estar conformada por una acción ilegal, o por una omisión ilegal. En los casos colectivos contenciosos en los que la Administración es el sujeto pasivo (en los cuales, en la mayoría se ven cuestionadas políticas públicas existentes o su inexistencia) es el Poder Judicial quien debe, según nuestro ordenamiento institucional, cumplir su rol de custodio de las leyes y la Constitución.

La Corte ya ha sostenido en el fallo "Rizzo" que las "decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate. Pero ello no puede llevar a desconocer ni las premisas normativas sobre las que se asienta el control judicial de constitucionalidad, ni que este sistema está, en definitiva, destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno. En este marco los jueces deben actuar en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos." (R. 369. XLIX. Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho), ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13).

No se pretende, entonces, que el Poder Judicial diseñe política pública alguna sino que los tribunales constituyan el lugar adecuado de reclamo de derechos frente a las políticas que los vulneran. El Estado no sólo tiene el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos, sino que, a su vez, tiene el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas. Es decir, es el Poder Judicial que tiene la obligación de responsabilizar al Estado por la omisión de prestar políticas adecuadas para garantizar los derechos. Este deber de reconocimiento y tutela, reviste aún mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía restringido por motivos de exclusión social, como ocurre en este caso.

Es importante recordar que los tribunales, en ejercicio del control de constitucionalidad que les compete, pueden dictar una sentencia condenatoria de la Administración por no haber cumplido con obligaciones a su cargo, **no determinando con la sentencia la forma** en la que la Administración debe cumplir con estas obligaciones, sino simplemente **que debe hacerlo**. Podrían mencionarse una multiplicidad de casos en los que la judicatura ordena al Poder Ejecutivo cesar en una omisión antijurídica sin determinar cómo es que debe hacerlo. Una vez más, un claro ejemplo de ello podría invocarse la sentencia dictada por el Máximo Tribunal en el caso "Mendoza" (Fallos: 331:1622), en el cual determinó la responsabilidad que le corresponde al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires en materia de prevención y recomposición del daño ambiental existente en la Cuenca Matanza-Riachuelo, no habiendo dispuesto la forma en la que será recompuesto el ambiente dañado, quedando ello a cargo de los cuadros técnicos que la Administración disponga a sus efectos.

Es claro entonces que el desconocimiento técnico de los jueces –alegado por la Dra. Ana María Conde en su voto- en los casos de amparos colectivos contra la Administración Pública no constituye óbice alguno para que la jurisdicción evalúe si la conducta de la Administración vulnera derechos, quedando exclusivamente a cargo de esta última disponer los medios a través de los cuales debe cesar en su omisión.

En definitiva, en este caso lo que se pretende es que el Poder Judicial ejerza, en un caso concreto, el control de constitucionalidad que corresponde a los fines de garantizar el derecho a la salud –entre otros- de los niños, niñas y adolescentes que requieren UTIS pediátricas.

D. Configuración de caso o controversia.

Como se ha manifestado hasta aquí, en el presente expediente se reclama de manera preventiva derechos de incidencia colectiva, y se pretende que el Poder Judicial –en el marco de sus competencias- dicte una resolución judicial tendiente a protegerlos. El desconocimiento por parte del Tribunal de estas particularidades trae aparejada la aplicación errónea del concepto de caso o controversia.

Tal como lo afirma la Corte Suprema en el ya citado caso "Halabi", en los amparos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos "la prueba de la causa o controversia" se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa".

El caso o controversia aquí se configura en razón de que la política pública diseñada por el Poder Ejecutivo resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud como bien colectivo. En efecto, la falta de UTIs pediátricas implica una vulneración de este derecho y la forma de responder de manera oportuna y eficiente a este problema es la planificación anticipada para evitar los daños a la salud y la vida que se producen frente a esta deficiencia. El caso o controversia, en este expediente, se configura en sí mismo por la insuficiencia de recursos, lo que sólo puede ser solucionado de manera colectiva y preventiva.

El "caso" o "controversia" está dado por el perjuicio diferenciado del resto de la población que sufren los potenciales peticionantes de UTIs pediátricas del sector público respecto del resto de la población (personas mayores de edad, quienes opten por la medicina prepaga, entre otros). Esto ya ha sido destacado por la Corte Suprema, en tanto sostuvo que "Toda vez que existe un peligro concreto, actual e inminente provocado por la falta de provisión de reactivos

vos o medicamentos, **diferenciado de la situación en que se hallan las demás personas y, en especial, con relación a las consecuencias por la no detención y asistencia a los portadores, infectados y enfermos o por la interrupción de su tratamiento, se trata de un caso contencioso**, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 2º de la ley 27, y no de una petición con mero carácter consultivo" (CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional", Fallos 323:1339, el resaltado me pertenece).

2. LA FALSEDAD DE LA INEXISTENCIA CASO Y SU RELACIÓN CON LA LEGITIMACIÓN.

El Dr. Lozano en su voto hace consideraciones adicionales vinculadas en la legitimación del Ministerio Público Tutelar para iniciar esta acción. Por su parte, el Dr. Casás hace una breve referencia a este punto, pero la Dra. Condenada dice al respecto sino que adhiere a los votos precedentes sólo en tanto argumentan la inexistencia de una causa o controversia que justifique la intervención judicial, agregando sus consideraciones particulares sobre este punto. En consecuencia, no existe una mayoría que rechace la acción por falta de legitimación, sino sólo en lo que se refiere a la ausencia de caso o controversia.

Sin perjuicio de ello, dado que la interpretación efectuada por dicho Magistrado implica a su vez una vulneración más al derecho al acceso a la justicia y a la garantía de tutela efectiva, corresponde hacer algunas consideraciones al respecto.

Dado el vínculo que sostiene el magistrado, las razones por las cuales no es cierta la inexistencia de caso llevan a su vez a considerar inadecuados los argumentos sobre la falta de legitimación activa. La exigencia de demostrar la existencia niños, niñas, adolescentes o personas afectadas en su salud mental que "no tienen representación legal o que carecen de asistencia" resulta ilógica en el marco de la presente acción. Como ya dijimos no es ni posible ni necesario determinar en este caso cuáles serán las personas –con nombre y apellido- que requieran las UTIs pediátricas. Innecesario, porque, además de que no lo exige el artículo 43 de la CN, la disponibilidad de camas para garantizar el derecho a la salud –como bien colectivo- es una obligación que el Estado debe cumplir con independencia de los nombres y apellidos de los potenciales usuarios, quienes a su vez tienen un derecho individual concreto a su uso en caso de necesitarlo, pero que se agota con el fin de la prestación. Imposible, toda vez, dada el carácter preventivo y colectivo de la acción, no se pueden determinar a los potenciales usuarios del sistema antes de que la situación de salud particular de cada niño muestre la necesidad de demandar la vacante.

Frente a esta situación, resulta irrazonable exigir la demostración de personas concretas sin representación legal o asistencia. Por un lado, es obvio que entre los potenciales afectados habrá personas que cuenten con esta característica por lo que no se entiende qué es lo que el magistrado considera que se debe demostrar. Por otra parte, la normativa constitucional nacional como local, el Código Civil, y la Ley 1903, que regula la intervención del Ministerio Público Tutelar, facultan a este organismo para iniciar acciones en los procesos donde se encuentran en juego derechos –individuales y de incidencia colectiva- de niños, niñas y adolescentes. De esta normativa surge que Ministerio Público Tutelar no sólo tiene atribuciones para actuar en casos de ausencia de los representantes necesarios, sino además, tal como lo dispone la Ley 1903, artículo 49, inciso 4 in fine, tiene la competencia para entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios. A su vez, dicha intervención resulta obligatoria, bajo pena de nulidad, conforme artículo 59 del Código Civil. La interpretación que el TSJ hace de esta regulación implica una vulneración de las garantías de acceso a la Justicia y tutela efectiva amparadas en la normativa federal.

Resulta más preocupante aún que, según el voto de este magistrado, para la acreditación de la legitimación es necesario que se demuestre que hay niños, niñas, adolescentes o personas afectadas en su salud mental sin representación legal, o que se demuestre un “interés público que predomine sobre el derecho que tuviere el representante del menor o incapaz y cuya promoción le esté atribuida al asesor tutelar”. Respecto de última exigencia –unida por una disyunción por lo que su sólo cumplimiento es suficiente para la legitimación en el caso- es necesario aclarar que el magistrado no da razón alguna para mostrar que no se cumple en el caso.

Ello es grave toda vez que es evidente lo contrario. Es claro el **interés público** que existe frente a una demanda de gravedad y urgencia como la que aquí se efectúa, y sin dudas la promoción de estas acciones no sólo están atribuidas al Ministerio Público Tutelar sino que forman parte de sus obligaciones institucionales en función del rol de defensa de los derechos –individuales y colectivos- de los niños, niñas y adolescentes.

Como ya hemos manifestado en este expediente, el interés de la Asesoría Tutelar es claro. El Ministerio Público Tutelar tiene como funciones 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 (conforme artículo 125 de la Constitución de la Ciudad y ley 1903, la que a su vez dispone en el artículo 17 la atribución de intervenir en todos los

asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público, y promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales; entre otras cuestiones).

Así entonces, el interés público del Ministerio Público Tutelar es evidente: se trata del órgano cuya principal misión es el control de legalidad de las políticas públicas y la garantía de los derechos de las personas afectadas en su salud mental, y de los niños, niñas y adolescentes, particularmente de sus derechos humanos como los que se encuentran afectados en esta causa. Se alega entonces un interés concreto dado que en esta acción es clara la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por tanto, la actuación de este Ministerio se limita a reclamar ante la Justicia la defensa de estos derechos. La idea de predominio del interés público sobre los derechos de los representantes, en este caso, resulta evidente: no es posible determinar de antemano ni a los representantes ni a los representados, razón por la cual el interés público resulta prioritario.

La importancia del Ministerio Público como actor en estos procesos fue destacada por el Dr. Lorenzetti, quien, analizando la legitimación prevista en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica donde se incorpora expresamente al Ministerio Público, sostiene "la {inclusión} del Ministerio Público es, sin dudas, otra anexión acertada, pues además de su larga trayectoria histórica (que recién se vuelca en la Constitución Nacional con la reforma de 1994) y la importancia del rol requirente, debemos recordar que aquél tiene por meta fundamental la "defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad". (Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia colectiva, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, página 161).

Nuevamente, este Ministerio Público actúa en defensa de intereses de la sociedad, esto es, la defensa de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, en el caso Rodríguez Ruiz, Alberto c/ Diario Clarín Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otros s/ amparo, la Procuración General de la Nación se expidió sobre esta cuestión en relación a la intervención en el ámbito de la Justicia Nacional, lo que, dada la similitud normativa, corresponde aplicar al ámbito de la Ciudad. (Causa: "R. 1312, L. XL", Fdo: Esteban Righi, el 27/09/07). En dicho caso, la Procuración manifestó que "...cabe indicar que los apelantes insisten dogmáticamente con sus razonamientos respecto de quiénes revisten la condición de sujetos legitimados por el artículo 43 de la Constitución Nacional para la defensa de los 'dere-

chos de incidencia colectiva' o 'intereses difusos y o colectivos', pero no rebaten (ni siquiera mencionan) los fundamentos de los sentenciadores en el sentido de que la legitimación del Ministerio de Menores para intervenir en este proceso deriva de disposiciones constitucionales y legales, tales como los artículos 120 de la Constitución Nacional y 54, inciso a), de la ley 24.946 -de Ministerio Público-, dado que la evolución de las normas que regulan la materia admiten la intervención directa de este órgano (v. fs. 534 vta)." Asimismo agrega que "...procede poner de resalto el carácter de parte legítima y esencial del Ministerio de Menores en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, que comprometa la persona o bienes de incapaces, so pena de nulidad de los actos y juicios que realizados sin su participación. (v. Art. 120 de la CN, 59 del Código Civil y 54 de la Ley 24946 de la Ley de Ministerio Público). Es más, tal como ha sostenido V.E. la omisión en otorgar participación a esa representación pupilar, como parte necesaria en los juicios que atañen a personas incapaces, a la par que menoscaba la función institucional del Ministerio Público, podría acarrear la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones (v. doctrina de Fallos 305:1945)."

Toda esta argumentación no ha sido analizada por el Dr. Lozano para hacer su consideración sobre este punto, e incluso el Dr. Casás inexplicablemente afirma que esta parte no ha esgrimido fundamento constitucional y o legal alguno para justificar la legitimación. Ello resulta incomprensible toda vez que además de las normas mencionadas en relación a las facultades del Ministerio Público Tutelar, esta parte ha fundado su legitimación en función del derecho constitucional de acceso a la justicia y de la garantía de tutela efectiva, y particularmente ha citado y analizado el artículo 43 de la Constitución Nacional, y 14 de la Constitución de la Ciudad, destacando en este último la clara amplitud que el constituyente local quiso otorgar a la legitimación activa para iniciar estas acciones en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto incorpora al "habitante" e incluye genéricamente a las personas jurídicas –públicas y privadas- que defienden derechos o intereses colectivos. Sin duda, el Ministerio Público Tutelar está incluido entre quienes defienden derechos, en este caso, los derechos colectivos de los niños, niñas y adolescentes. Nuevamente, la interpretación de esta normativa se aparta de las garantías de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva amparados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también avaló la legitimación activa del Ministerio Público Tutelar en amparos colectivos, en un caso colectivo presentado por el Ministerio Público de Menores e incapaces de la provincia de Neuquén.

La Defensora de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la mencionada provincia, Dra. Nara Osés, interpuso una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Provincial por haber omitido efectuar acciones que garantizaran el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades mapuche Paynemil y Kaxipayiñ, ya que los mismos se encontraban consumiendo agua que contenía metales pesados como plomo y mercurio, producto de la negligencia estatal y empresarial en el desarrollo de sus actividades productivas (YPF estatal y luego S.A.). Tanto la sentencia de primera instancia como la de Cámara entienden que la Constitución Nacional crea el Ministerio Público como un órgano cuya atribución y obligación es la promoción de la Justicia en procuración de los intereses generales de la sociedad. Respecto al fondo, ambas sentencias fueron favorables al Ministerio Público, quedando firme la dictada por la Cámara. Frente incumplimiento del Estado de la sentencia, en marzo de 1998 la Defensora de Menores formalizó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, causa nº 12.010. Ante la defensa formal del Estado argentino, la Defensora de Menores solicita a la Comisión que se realice una audiencia (art. 43 del Reglamento de la C.I.D.H.), la que se celebra el día 30 de septiembre de 1999, en la sede de la Organización de Estados Americanos, en Washington, en donde la Defensoría presenta las observaciones a la respuesta del Estado Argentino. En la mencionada audiencia se llega a un acuerdo de solución, por el cual el Estado Argentino se compromete a que los niños afectados, “ya no intoxicados, pero si expuestos”, sean tratados en el Hospital Gutiérrez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras cuestiones relevantes. A este acuerdo le siguen reiteradas denuncias de la Defensoría ante la Comisión por incumplimiento de lo acordado por parte del Estado argentino.

De lo antedicho se desprende que **habilitación del Ministerio Público de Menores para accionar en juicio en defensa colectiva de los niños y niñas en el caso**, no sólo fue admitida en el proceso local sino que la mencionada Defensora presentó su denuncia ante el sistema interamericano, participó de audiencias y firmó los acuerdos correspondientes. Esto genera un antecedente sumamente relevante en la materia.

Además, en este caso se trata de la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que la actuación del Ministerio Público Tutelar no sólo está permitida sino que es obligatoria. Téngase en cuenta que el

artículo 59 del Código establece la actuación de este Ministerio "A más..." de los representantes legales. Es decir, prevé claramente la actuación de los representantes legales, pero **además de ellos**, la intervención obligatoria del Ministerio Público Tutelar. Ello, con pena de nulidad toda actuación que se lleve a cabo sin su participación.

En rigor, la Corte Suprema ha establecido, como requisito para la validez de los procesos judiciales, que tome debida intervención el Ministerio Público en defensa de los derechos de las personas menores de edad. En efecto, la Corte ha sido consistente en aplicar, casi con sentido literal, los artículos 59 y 494 del Código Civil en lo que respecta a la participación del Asesor de Menores en aquellos casos en los que se encontraba en disputa el interés del niño, niña o adolescente, declarando la nulidad de lo actuado cuando esto no se cumplía, casos "Bittleston vs. Goñalons de Bittleston" (Fallos 305:1945); –"Quintana, Elsa" (Fallos 320:1291); "Van Praet" (Fallos 325:1347); "P., M. C. y otros c/Municipalidad de Coronel Pringles" (Fallos 330:4498), "Carballo de Pochat" (Fallos 332:1115); entre otros. En particular, en el precedente "Rivera" (Fallos 332:1152) del año 2010 la Corte hace propios los dichos de la Procuración que afirma que "de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e **incluso puede deducir todas las acciones** y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiere lugar sin su participación" (el resaltado es propio).

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la **intervención del asesor de menores e incapaces como garantía judicial receptada en el art. 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos**. En este sentido, sostuvo: "la Corte observa que el asesor de menores no fue notificado por el juez del proceso civil mientras Sebastián Furlan era un menor de edad ni posteriormente, cuando se contó con los peritajes que daban cuenta del grado de su discapacidad, razón por la cual Sebastián Furlan no contó con una garantía, no sólo obligatoria en el ámbito interno, sino que además habría podido intervenir mediante las facultades que le concede la ley (supra párr. 238), a coadyuvar en el proceso civil. Teniendo en cuenta lo anterior, en las circunstancias específicas del presente caso el asesor de menores e incapaces constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlan por el efecto negativo que generaba la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con que contaban él y su familia, generando, como se mencionó anteriormente (supra

párr. 201), que la pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de persona con discapacidad. En consecuencia, la Corte concluye que se vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan" (Corte IDH, "Furlan y familiares c. Argentina", 31 de agosto de 2012).

De lo expuesto se infiere entonces que de la normativa constitucional federal y local, el Código Civil, y la Ley 1903 surge con claridad la facultad del Ministerio Público Tutelar para iniciar acciones en los procesos donde se encuentran en juego derechos –individuales y de incidencia colectiva- de niños, niñas y adolescentes. La interpretación que realiza el TSJ de las normas locales y del Código Civil en esta materia resulta contraria a la Constitución Nacional y lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos.

3. AFECTACIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA GARANTÍA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

La interpretación del TSJ sobre la falta de causa judicial impide la revisión por parte de la judicatura del caso de marras, afectando de este modo el acceso a la Justicia y la garantía de tutela judicial efectiva.

La configuración de una "causa judicial" en los términos del art. 116 CN y 106 de la CCABA constituye un requisito adjetivo para que el Poder Judicial se expida sobre un conflicto en el que se encuentran involucrados intereses jurídicamente tutelados. **El entendimiento de un juez de que una demanda no alcanza a configurar una causa judicial impide que el Poder Judicial revise la cuestión y emita una sentencia de fondo.** Ahora bien, si los hechos y derechos vertidos en la demanda configuran una causa judicial, pero el sentenciante entiende lo contrario, entonces nos encontramos frente a un caso en el cual se le está negando al justiciable no solo los derechos potencialmente conculcados, sino también el derecho a que un juez dicte una sentencia que **diga** el derecho aplicable.

El derecho a la tutela judicial efectiva contiene tres componentes: en primer lugar, libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, en segundo, de obtener una sentencia de fondo fundada en un tiempo razonable, más allá de su acierto, y en tercer lugar, que esa sentencia se cumpla. Tanto la CN en su art. 18, como la Convención Americana de Derechos Humanos en sus arts. 8 y 25 reconocen la garantía tanto de acceder a la justicia como de ser oído en juicio.

En este punto la Corte IDH en el caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, ha señalado que: "...el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso **judicial** efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales consagrados tanto en la Convención, como en la Constitución y las leyes. El recurso o acción de amparo regulado en la normativa peruana constituye un recurso rápido y sencillo que tiene por objeto la **tutela** de los derechos fundamentales" (Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párrafo 214)

Hacer efectivo el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes es esencial por su función instrumental para lograr el efectivo goce y protección de todos sus derechos, a través del reclamo jurisdiccional ante su incumplimiento. Por lo demás, la garantía de acceder a la justicia en igualdad de condiciones para todas las personas, implica que los niños, niñas y adolescentes deberán gozar de todas las protecciones vinculadas a la tutela judicial efectiva, al recurso judicial, al debido proceso y al derecho de defensa, de conformidad con lo que establecen los tratados generales de derechos humanos. Ello se ve reforzado en casos donde además se trata de personas en situación de vulnerabilidad.

En dicho sentido, resultan de suma relevancia las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad", emitidas en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Acordada 5/2009 y que aplicables al Ministerio Público. La Regla de Brasilia N° 3 establece que "[p]odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. En ese sentido, el presente criterio tiene el fin específico de facilitar y ampliar el efectivo acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, garantizando la tutela judicial efectiva y el principio de efectividad de los derechos (conf. el artículo 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 13 de la CDPCD). Se cumple, de esta manera, con lo dispuesto en la Regla de Brasilia N° 33: "Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin".

La interpretación efectuada por el TSJ en el caso que nos ocupa, vulnera las dos primeras dimensiones descriptas del mencionado derecho, al igual que las directrices plasmadas en las Reglas de Brasilia. Los jueces tienen el

deber constitucional de minimizar las trabas formales de las partes a acceder a un juicio, siendo acorde a esta garantía optar por una **interpretación amplia de la procedencia**, que es la que en definitiva permitirá que el juez se expida sobre el fondo de la cuestión. Ello no significa de modo alguno que deba proceder cualquier problema ante los estrados judiciales, desde que es requisito *sine qua non* que se demanden intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, pero sí que ante la existencia de problemas graves respaldados por derechos fundamentales (en el presente, la vida y la salud), y que son **producto de fallas estructurales, la judicatura debe evitar esgrimir argumentos que sostienen interpretaciones restrictivas del acceso a la justicia en causas que versan sobre problemáticas sociales que ciertamente merecen la intervención de la Justicia.**

Es de resaltar que en la especie, el TSJ admite formalmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Administración –con excepción de la Dra. Alicia Ruiz que se aparta de este criterio- ampliando el criterio de admisibilidad formal del recurso (toda vez que dicho tribunal constitucional revisa solamente sentencias de fondo) equiparando a definitiva por perjuicio irreparable la sentencia de Cámara, casi sin fundamentar por qué lo hizo. Vemos entonces, que el TSJ efectúa una interpretación amplia –no fundada de manera acabada- de este requisito de admisibilidad en pos de no vulnerar la “garantía de defensa en juicio de la Administración” y la intervención del Poder Judicial en el ámbito de las atribuciones propias de la Administración (no viéndose cómo es que se vulnera alguno de esos derechos ante la admisión de una causa judicial *per se*, sin existir sentencia de fondo respecto de la cuestión planteada), **restringiendo sí en cambio** –y nada menos que con un rechazo *in limine*- el acceso a la jurisdicción que había otorgado la Cámara a esta parte, sin tener en cuenta en absoluto el perjuicio irreparable que ocasionaría la falta de revisión judicial de la legalidad de la falta de UTIs pediátricas en el invierno sobre la vida de los niños que por una cuestión azarosa (tiempo de arribo al hospital) no accedan a la misma. A ello hay que sumarle que para rechazar la admisibilidad formal por falta de caso, la sentencia del TSJ para no posee fundamentación suficiente en lo relativo a los hechos del mismo, ya que abunda en reflexiones abstractas sobre el concepto de causa judicial, pero no se esmera en su aplicación a los hechos planteados en la demanda.

El rechazo *in limine* por falta de caso es una medida que reviste una gravedad jurídico-institucional no despreciable, que debería constituir la excepción a la regla que es libertad de acceso a la justicia, y es justamente por ello que debe interpretarse restrictivamente. A pesar de que en el caso se presente la configuración de una causa judicial

colectiva y preventiva, si los jueces que han de analizar procedencia de la acción tienen dudas, deben estar en todos los casos por la admisión de la acción en virtud de los principios *pro actione* y *pro homine*, pauta interpretativa que indica que siempre debe optarse por la norma jurídica más beneficiosa para el ser humano, o la interpretación más amplia posible cuando se trata de derechos protegidos, máxime en el caso de un derecho tan fundamental como el acceso a la justicia.

Al respecto, la Corte Suprema ha afirmado que cuando “está comprometida la atención de las necesidades primarias del hombre, no puede argumentarse con razones de forma, si de tal modo se sacrifica el derecho sustancial que debe salvaguardarse y que aparece consagrado en la ley positiva de más alta significación” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Outon, Carlos José y otros s/ recurso de amparo”, considerando 19, Sentencia del 29 de marzo de 1967. Fallos 267:215). En particular sobre esta materia, ha sostenido que “en efecto, la sentencia impugnada adolece de un rigorismo formal injustificado que no se compadece con los fines de la institución del amparo, particularmente pertinente en materias como las que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física”(…) “La decisión importa clausurar *a priori* la vía procesal iniciada por el afectado, lo cual podría llegar a conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional, como el derecho a la salud” (Fallo CSJN 943. XLIII S.E C. Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac y otro s/ amparo”).

La Comisión Interamericana de Derechos humanos, en su informe n° 105/99 en el caso “Narciso Palacios c/ República Argentina” ha afirmado que es “precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto de que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”.

Esta Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha tomado posición respecto al derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo de la cuestión en relación con el rechazo de la acción por cuestiones formales. **Es muy atinente al caso que nos ocupa** el informe de fondo elaborado por dicho organismo en el caso del señor Gustavo Carranza vs. Argentina. En el mencionado documento, la CIDH analizó los alcances de los arts. 8 y 25

de la Convención Americana de Derechos Humanos con la llamada teoría de las "cuestiones políticas no justiciables". La CIDH concluyó que la actuación del poder judicial argentino había configurado la vulneración de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial del señor Carranza. En este orden de ideas, manifestó, entre otras cosas: "... la Comisión observa que la propia norma del artículo 25.2.a establece expresamente el derecho de aquel que acude al recurso judicial a que 'la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso'. Decidir sobre los derechos implica efectuar una determinación entre los hechos y el derecho —con fuerza legal— que recaiga y que trate sobre un objeto específico. Ese objeto es la pretensión particular del reclamante. Cuando en el presente caso el tribunal desestimó la demanda declarando 'no justiciables las cuestiones interpuestas' porque 'no existe jurisdicción judicial respecto de las cuestiones articuladas y no corresponde decidir sobre las mismas', eludió determinar los derechos del peticionario y analizar la viabilidad de su reclamo, y como efecto, impidió a este último gozar del derecho a un remedio judicial en los términos del artículo 25..." (Cfr. CIDH, Informe N° 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de septiembre de 1997, párr. 77).

Vemos que en el caso el TSJ no justifica su decisión en que la generalidad del objeto configuraría una cuestión política no justiciable. No obstante ello, incluso si lo fuera, la Comisión indicó que la inadmisibilidad formal de causas por esta cuestión vulnera lo establecido en el artículo 25 de la Convención. De hecho, la judicatura puede rechazar una acción por considerarla inadecuada en análisis del fondo, sin necesidad de rechazarla por inadmisibile tan ligeramente como en el presente caso.

A modo más general, por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado respecto a las trabas formales que rechazan el acceso a la justicia, en su análisis sobre el actuar de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, destacando que: "... el recurso de protección de garantías planteado ante la Corte de Apelaciones de Santiago debió tramitarse respetando las garantías protegidas en el artículo 8.1 de la Convención. (...) la Corte de Apelaciones de Santiago no resolvió la controversia suscitada por la actuación del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, pronunciándose sobre la existencia o no en el caso concreto del derecho de acceso a la información solicitada, ya que la decisión judicial fue declarar inadmisibile el recurso de protección interpuesto (...) este Tribunal encuentra que esa decisión judicial careció de fundamentación adecuada..." (Corte I. D. H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151)"

En el presente caso vemos una situación en la que la intervención de la Justicia en el preciso instante de urgencia en el que falte una UTI pediátrica para un niño, devendría tardía o incluso inútil, dada la obvia emergencia del caso. Si formalmente es inadmisibile la interposición de un amparo preventivo para que el Poder Judicial ordene al Ejecutivo remediar esta situación, entonces no existe un camino institucional que se enfoque en efectuar una evaluación de los derechos vulnerados. Si la presente situación no fuera susceptible de ser justiciable, entonces el Poder Judicial no sería una herramienta útil para afianzar la justicia real.

4. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El Tribunal Superior de Justicia resolvió en relación al principio de igualdad que: "...la parte actora debería demostrar a los jueces que efectivamente el grupo representado sufre un trato discriminatorio respecto de otros grupos que reciben el servicio de salud en forma privada y pedir medidas que llevaran a igual prestación. Sin embargo, la sola alegación de carencia de camas no permite tener por configurada la desigualdad en la medida en que, en todo caso debió indicar supuestos concretos en los cuales el otro grupo se asegura en toda ocasión una atención inmediata, y el grupo representado (niños, niñas y adolescentes que reciben únicamente atención gratuita proveniente del Estado) no lo tiene" (pto. 4 del voto del Dr. Lozano).

La Constitución Nacional –artículo 16- y diversos tratados con jerarquía constitucional consagran y protegen la **garantía de igualdad ante la ley**. En particular, estos instrumentos internacionales introducen en forma expresa el **derecho a la igualdad**, la prohibición de discriminar y la obligación imperativa de proteger los derechos fundamentales contra cualquier tipo de discriminación. (Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 2.1.y 7; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. II; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1. y 24; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2; entre otros).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que "la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o ex-

cepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social" (Fallos 105:273; 117:229; 153:67, entre otros).

La Corte Interamericana expresó en el precedente "Yatama" que el principio de igualdad "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, **combatir las prácticas de este carácter** y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren **la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas**". Agregó que "[e]l artículo 24 de la Convención Americana prohíbe **la discriminación de derecho o de hecho**, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino **consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe**" (Corte IDH, caso "Yatama Vs. Nicaragua"; sentencia de 23 de junio de 2005, párrafos 185 y 186, el resaltado no obra en el original).

Como primera cuestión, es necesario afirmar que resulta incomprensible que el Tribunal requiera a esta parte que solicite medidas para igualar la prestación, cuando hemos peticionado expresamente la aprobación de acciones que involucran tanto al servicio de salud público como los servicios privados, de la seguridad social y de otras jurisdicciones, de manera tal que todo el sistema de salud dé respuesta al problema de la insuficiencia de UTIs pediátricas en la Ciudad de Buenos Aires.

Sin perjuicio de ello, resulta preocupante el criterio sentado por este Tribunal en materia de igualdad. Como hemos sostenido desde el inicio de esta acción, el deber del Estado de asegurar el acceso a todos los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad a las prestaciones básicas de salud posee un fuerte fundamento igualitario. Los niños, cualquiera sea su origen social o económico, se encuentran en condiciones de recibir igual atención sanitaria e iguales herramientas para su desarrollo físico y psíquico. Esta idea se condice con una noción igualitaria de la justicia. En este sentido, Rawls sostuvo que entre los deberes de un Estado consistentemente comprometido con la justicia de sus

instituciones básicas se encuentra el deber ineludible de revertir desigualdades moralmente arbitrarias (Cfr. Rawls, J.; "Teoría de la justicia"; FCE, 2001, cap.1). Estas desigualdades son aquellas que se producen por situaciones en las que los individuos no se encuentran posibilitados de elegir y, a pesar de ello, sus consecuencias son proyectadas en sus planes de vida. El establecimiento de un sistema de salud pública que garantice prestaciones básicas como piso tiende a la igualdad en este sentido, dado que establece un mínimo de prestaciones que se garantizan a todos los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad.

Con relación al acceso igualitario al derecho a la salud, el Comité DESC también ha sostenido que los **"Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna"** (párrafo 2 del artículo 2) (Observación General N° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", párr. 30, el destacado es propio). Agregó que el contenido del derecho a la salud se integra, entre otros, con el relativo a contar con un sistema de protección de la salud que brinde a las personas **oportunidades iguales para ejercerlo.** (Idem, Párr. 8)

Si bien es cierto que el sistema de salud público brinda atención a todas las personas con independencia de su posición económica, quienes cuentan con mayores recursos pueden elegir recurrir a los hospitales públicos o a los servicios privados o de la seguridad social. Las personas con obras sociales y medicina privada tienen opciones reales de ser atendidas en el servicio privado o de la seguridad social. Quienes carecen de estas herramientas –por no tener recursos económicos suficientes, estar desempleados o trabajar en el mercado informal- no pueden más que aspirar a tener ser atendidos en el ámbito público. En consecuencia, **la insuficiencia de UTIs en el ámbito público afecta el acceso a la salud de todos los ciudadanos, pero además tiene un impacto diferenciado respecto de las personas que carecen de recursos económicos suficientes.**

Es sabido que es posible violar el principio de igualdad y no discriminación a partir de prácticas o políticas que aún siendo en apariencia neutrales, pueden tener un impacto o un efecto discriminatorio sobre ciertos grupos desaventajados. De esta forma, decisiones u omisiones que pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pueden tener como efecto la discriminación de un sector definido y, por lo tanto, considerarse violatoria de la regla de igualdad. Es decir, el hecho de que exista –o no- una intención discriminatoria y persecutoria contra ciertos grupos, resulta irrelevante a los fines de determinar la existencia de la política discriminatoria.

Este abordaje, por otro lado, implica reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no sólo en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población. De allí que, tal como lo expresa Abramovich, "no solo van a ser violatorias del principio de igualdad aquellas normas, prácticas o políticas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sin un argumento razonable o lógico, sino también las que pueden tener efectos o impactos discriminatorio" (Abramovich Víctor; "De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos", Año 2009, Revista de la Facultad de Derecho. PUCP, Lima).

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Observación General N° 20, sobre "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", afirma que tanto "...las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto", y entiende que la "...discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas."(Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 10 inciso b).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, este criterio ha sido ampliamente aceptado y desarrollado. En este sentido, Corte Interamericana afirma "una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de **discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables**. Tal concepto de discriminación indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo" (Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana, sentencia de 24 de octubre de

2012, párr. 235. Cita al respecto, el TEDH. Hoogendijk Vs. Holanda, No. 58641/00. Sección primera. Sentencia de 6 de enero de 2005, pág. 18, el resaltado me pertenece).

En igual sentido, en el caso “Bosico” donde se discutía la validez de políticas estatales que denegaban la nacionalidad a niños y niñas, la Corte expresó que “el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. (Corte IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130). Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas” (Idem, Párrafo 141).

Además desconocer el impacto diferenciado que padecen los niños, niñas y adolescentes con recursos escasos en relación con el ejercicio del derecho a la salud, **el Tribunal Superior establece un estándar probatorio sumamente preocupante**. En este sentido, dicho Tribunal exige a un grupo especialmente vulnerable –en este caso niños, niñas y adolescentes sin más opciones que recurrir al servicio de salud público en casos de extrema urgencia– demuestre que otros grupos con una situación más privilegiada pueden acceder a garantizar sus derechos.

Por un lado, resulta insostenible el rechazo *in limine* de una acción por falta de prueba. En efecto, procesalmente la resolución que confirma el Tribunal se produce antes de que las partes tengan oportunidad de producir prueba, por lo que no puede referirse a cuestiones probatorias. Para considerar que no se encuentra probada en el caso la vulneración al principio de igualdad, deben contemplar no sólo la demanda, sino también la contestación y la prueba que se produce en el expediente. Ello hace inconsistente el rechazo *in limine* de la acción por cuestiones probatorias.

Además, resulta absurdo exigirle a un niño, niña o adolescente que reclamen una atención urgente en terapia intensiva que demuestre, para configurar un caso de discriminación, que otros niños con recursos económicos suficientes tienen acceso al servicio de salud privado o de la seguridad social. Mucho más si se requiere prueba de que estos grupos se aseguren “en toda ocasión” una atención inmediata.

Dado que además se trata de un caso en el que se reclama cuestiones estructurales, basta con mostrar que el sistema de salud público resulta insuficiente para dar respuesta a la demanda de camas de terapia intensiva –cuestión no discutida por la contraria en estas actuaciones- para poner en evidencia la vulneración del derecho a la salud en este caso, con el impacto diferenciado que causa sobre grupos vulnerables.

Este estándar de prueba, además de resultar de imposible cumplimiento, resulta contradictorio con la doctrina y jurisprudencia de los máximos tribunales locales e internacionales vinculados a los estándares probatorios que incluyen la inversión de la carga de la prueba para casos de discriminación que afectan categorías sospechosas, como en el caso, a los grupos social y económicamente más vulnerables. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha aplicado el “escrutinio estricto” expresamente en casos donde se involucra la situación de discriminación de grupos vulnerables (caso “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba” Fallos 323: 2659 y caso “Hooft”, Fallos 322:3034).

La afectación entonces al derecho a la igualdad está clara, y la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en este aspecto contradice la normativa constitucional nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, así como también la interpretación de ellos producida por los tribunales internacionales.

5. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.

La sentencia cuestionada es contraria a los derechos invocados involucrados en esta acción judicial. En efecto, como se mencionó en los apartados anteriores, la resolución recurrida implica una vulneración del acceso a la justicia y la garantía del recurso judicial efectivo. Por su parte, la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia hace del alcance del principio de igualdad implica una vulneración directa de este principio, tal como se alegó anteriormente.

Además de estos derechos federales involucrados en el presente caso, sin duda lo que se encuentra especialmente en juego en estas actuaciones es el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

La protección de la salud se encuentra reconocida tanto en la Constitución Nacional como en los tratados a los que hace referencia el art. 75 inciso 22, además de estar consagrada en la Constitución de la Ciudad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art. 25). Además, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula el “derecho a la preservación de la salud y el bienestar” (art. XI). La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” (art. 24). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que los Estados reconocen el “derecho del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12). Además, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” establece que “[t]oda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” y que los Estados partes se comprometen “a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho (...) f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables” (art. 10).

La Constitución Nacional establece que “[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud...” (art. 42). La Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación estipula que “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud” (art. 14).

La definición de salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social...” El órgano encargado de interpretar el PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha afirmado en la Observación General N° 14 que “[l]a salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, párr. 1, el resaltado no obra en el original).

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. Esta última comprende la obligación de facilitar, pro-

porcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, **la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud** (Observación General N° 14, párr. 33, el destacado es propio).

Entre las obligaciones de cumplir, el Comité señala que "[l]os Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por **el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud**, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas" (párr. 36, el resaltado no obra en el original). Respecto de la específica obligación de facilitar el derecho a la salud -como dimensión de la obligación de cumplir-, afirma que "[l]os Estados Partes también tienen la obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto **en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición** (párr. 37, el resaltado no obra en el original). Agrega a su vez que "Las violaciones de las obligaciones de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o **la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas**; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna." (párr. 52, el resaltado me pertenece).

En cuanto al contenido, el Comité DESC ha manifestado que cada **Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud**,

así como de programas, agregando que esos servicios deben incluir los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, **hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado** y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales (párr. 12, a, el resaltado me pertenece).

Respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el Comité destaca "la necesidad de adoptar medidas para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños. En los ulteriores instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce que los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades. En la Convención sobre los Derechos del Niño se exhorta a los Estados a que garanticen el acceso a los servicios esenciales de salud para el niño y su familia... La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental... La consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente." (párr. 24)

Las consideraciones constitucionales igualitarias exigen por parte del Gobierno que establezca un **piso mínimo en materia de salud**. En la misma línea, es importante destacar las consideraciones plasmadas por el Dr. Lorenzetti en la causa "Ministerio de Salud", en cuanto puntualizó que "...quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas. Una sociedad organizada no puede admitir que haya quienes no tengan acceso a un hospital público con un equipamiento adecuado a las circunstancias actuales de la evolución de los servicios médicos. No se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados, deteriorados, insuficientes o presentan un estado lamentable porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos. Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger" (M. 291. XL RECURSO DE HECHO - "Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo" - CSJN - 31/10/2006, Fallos 329:4741, considerando 16). Al res-

pecto, el Comité DESC afirmó que “En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud **Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta.**” (párr. 24, el resaltado me pertenece)

Tal como fuera señalado, el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular la autonomía personal, a la dignidad humana, entre otros. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan que “en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3º).

A su vez, **existe un vínculo inescindible entre el derecho a la vida y a la preservación de la salud, que ha llevado al Máximo Tribunal a reconocer, en numerosas oportunidades, “la obligación impostergable” que tiene la autoridad pública de garantizarlos mediante acciones positivas**, en tanto se han asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiere la población en aras del disfrute del derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (conf. “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 1 de junio de 2000; “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, sentencia del 24 de octubre de 2000).

La protección del derecho a la salud implica que el Estado debe regular el sistemas de salud –inclusive los sectores privados y de la seguridad social- a efectos de hacer efectivo el acceso de los niños y a las UTIs pediátricas

cuando su estado de salud las requieren. Tal como lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el incumplimiento de este deber genera responsabilidad internacional de los Estados. En efecto, en el caso "Ximenes Lopes c/ Brasil", dicha Corte afirmó que "...los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes c/Brasil, Sentencia del 4 de julio de 2006).

En igual sentido, en el caso "Suárez Peralta vs Ecuador, reitera dicho criterio y agrega "El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado en este mismo sentido, al considerar que el Estado debe implementar medidas positivas para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción y velar por la calidad de los servicios de atención a la salud y asegurar que los profesionales reúnan las condiciones necesarias para su ejercicio, mediante un marco regulatorio de las entidades públicas o privadas, así como respecto de la actividad de particulares, grupos o empresas, a fin de proteger la vida de sus pacientes." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Suárez Peralta VS. Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013. La Corte cita al respecto el documento de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 35 y 51; y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y los casos "Lazar"; "Z Vs. Polonia"; "Calvelli y Ciglio Vs. Italia"; "Byrzykowski Vs. Polonia" y "Silih Vs. Eslovenia", todos referenciados en este antecedente.)

Por las razones expuestas, la sentencia cuestionada implica un desconocimiento del derecho a la salud integral de los niños, niñas y adolescentes que requieren cuidados intensivos, cuestión que repercute de manera diferenciada sobre quienes por su condición socio-económica constituyen un grupo vulnerable que el Estado tiene el deber de especial protección de sus derechos.

V. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

1. LA DECISIÓN APELADA PROVIENE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE LA CAUSA Y ES DEFINITIVA

La sentencia que se viene a impugnar por el presente fue dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciu-

dad Autónoma de Buenos Aires (TSJ), que tal como lo dispone el artículo 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, es el tribunal superior de todas las causas que tramitan ante el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el presente caso el TSJ dictó con fecha 19.12.13 sentencia haciendo lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires rechazando la sentencia de la Cámara de Apelaciones, y **confirmando con ello el rechazo *in limine* dispuesto por la Jueza de primera instancia, poniendo así fin al proceso.**

Lo antedicho significa que en aplicación de la doctrina judicial sentada por la CSJN, la resolución cuestionada se encuentra entre aquellas que **"ponen fin al pleito, impiden su continuación** o causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior" (Fallos: 191:362; 257:187; 298:113; 300:1136; 303:857 y 1040; 204:429 y 605; 308:1271, entre otros). Así, el Máximo Tribunal considera que existe sentencia definitiva cuando aquella pone fin a la cuestión debatida en forma que ésta no pueda renovarse (Fallos 137:354; 188:393, 244:279, 320:2999). Sumado a ello, y tal como ocurre en este caso, procede el recurso extraordinario, tal como sostiene la CSJN, **cuando el pronunciamiento que se pretende llevar a juicio de la Corte no sea susceptible de ser revisado por otro órgano judicial o, inclusive, por el mismo que la dictó** (Fallos 313:863).

En la especie, dado que la sentencia del TSJ confirma el rechazo *in limine* de la demanda, la misma pone fin al pleito, la cuestión debatida no puede renovarse y no es susceptible de ser revisada por otro órgano judicial o, inclusive, por el mismo que la dictó.

Es oportuno aclarar que no obsta la procedencia de este recurso el hecho de que se trate de una acción de amparo dado que, conforme pacífica doctrina de la CSJN, la sentencia que rechaza el amparo por inadmisibile, puede ser asimilada a definitiva a efectos de habilitar la instancia del artículo 14 de la ley 48, cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 316:1833; 319:2325; 321:2278). Tal como se desarrolló en este recurso, se cumplen acabadamente con estos requisitos.

2. CASO FEDERAL Y SU RELACIÓN DIRECTA E INMEDIATA CON LO RESUELTO EN EL CASO

El artículo 14 de la Ley 48 determina aquellos casos en los que es posible apelar la sentencia del tribunal superior del Estado local ante el tribunal superior federal. Así, a través de sus tres incisos establece los supuestos en los que es posible que el Máximo Tribunal revise si la normativa o acto en pugna es contrario a la Constitución Nacional.

En el presente caso, el TSJ ha vulnerado, a través de la inteligencia dada al conjunto normativo analizado en la sentencia (como por ejemplo, el alcance del art. 116 CN y su homónimo a nivel local), el contenido y la interpretación que debe darse a la Constitución Nacional en lo que respecta al derecho al acceso a la justicia (art. 14, 17, 18 y 43 de la CN), la garantía de igualdad (artículo 16, 75, inciso 22 de la CN, tratados intencionales de derechos humanos), apartándose de lo establecido en la Constitución Nacional respecto al derecho a la salud (art. 42, 75, inciso 22 de la CN, tratados intencionales de derechos humanos) y a la tutela judicial efectiva (Convención Americana de los Derechos Humanos 8.1 y 25).

Así, la decisión adoptada por el TSJ desconoce y malinterpreta la normativa de carácter federal así como tratados internacionales con jerarquía constitucional que garantizan el derecho a la salud y la igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes y el acceso a la justicia, a saber, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. XI, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su Protocolo Adicional a la Convención "Protocolo de San Salvador") y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hacen hincapié al derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental (Art.12.1). Por su parte, el órgano de vigilancia del pacto mencionado ha emitido valiosas observaciones generales, y las observaciones generales 14 y 20. Esta última contiene un apartado sobre salud como motivo prohibido de discriminación. Por último, también infringe la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 24.1 y 2, inc. a y b) es así entonces, que corresponde a la CSJN garantizar la supremacía de la Constitución Nacional, de conformidad con la garantía establecida en su artículo 5, y en consecuencia revocar la sentencia que, en base a los argumentos oportunamente expuestos en el este recurso, incurre en la vulneración de los derechos enunciados precedentemente en la normativa federal y la normativa consagrada en tratados internacionales con jerarquía constitucional del colectivo representado. De esta forma, el artículo 5 de la Constitución Nacional constituye, junto con el artículo 31, una expresión del principio de supremacía del derecho federal.

En lo que respecta a la interpretación de los tratados internacionales, que como he señalado, han sido dejados a un lado por el TSJ, la Corte ha dicho en la causa "Méndez Valles, Fernando c. A.M. Pescio, SAC s/ Ejecución de alquileres", " ... que el abandono a las distinciones aludidas radica en que cuando el país ratificó un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, **la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino**", "...**la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante** (....) el tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma, (art. 99 inc. 11 de la CN), el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art.75 inc. 22 de la CN) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica el tratado aprobado por Ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional...". (Fallo 318:2639)

Así, es errónea la interpretación del concepto de caso judicial del TSJ en el fallo en crisis (art. 116 CN), pues viola el espíritu de la normativa federal, apartándose del criterio del constituyente y de los estándares fijados en la materia por Tribunales internacionales, tal como se expuso anteriormente.

Ese yerro hermenéutico conlleva a la afectación de las normas constitucionales mencionadas, y constituye la médula de la "cuestión federal" habilitante de la presente instancia que podrá enervar la responsabilidad internacional del estado argentino. En tal sentido, la CSJN dijo: "[e]**l Recurso Extraordinario es procedente cuando se ha puesto en tela de juicio la inteligencia que corresponde asignar a normas de carácter federal, y la decisión del Superior Tribunal de la causa es contraria al derecho que en ellas se funda**" (C.S., abril 17 de 1986 en E.D., 170-339).-

Adviértase que las particularidades de esta cuestión exceden el interés individual por cuanto el fallo realiza una interpretación contraria a derecho. Se debe tener en cuenta que la primer regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no cabe pues a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (conf. Fallos: 316:2695).

Es por ello que, en el caso que nos ocupa, por un lado, la sentencia cuestionada alcanza a leyes cuya interpretación constituye un caso federal ya que resulta abiertamente violatoria de los derechos federales invocados, y por el otro, la propia sentencia genera una cuestión federal por haber omitido considerar normativa Constitucional y de tratados internacionales, circunstancias que habilitan también su revisión por parte de la Corte por la doctrina de arbitrariedad.

Asimismo, existe una **relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por esta parte.** En efecto, la cuestión federal invocada es inexorable para la resolución del caso. Es decir, estamos en presencia de una cuestión federal que debe ser indispensablemente evaluada para sentenciar en el pleito (Fallos 268:247; 315:2410), por lo que éste no puede ser válidamente fallado sin resolver aquella cuestión (Fallos 248:828; 321:1415). Además, la cuestión federal ha sido resuelta en forma contraria al derecho federal invocado (Fallos: 179:82; 180:83 y 246; 191:93; 303:714). Tal como sostiene Sagüés "[e]l rechazo de la pretensión basada en un derecho federal puede ser expresa, por supuesto; pero asimismo puede manifestarse tácitamente, casi siempre por vía de omisión de la consideración de la 'cuestión federal' articulada por una parte" (T. 1, p. 474) en este caso, la omisión de consideración de la normativa federal sobre derecho a la salud y protección integral de derechos de niños. Conforme la jurisprudencia de la CSJN "si media oportuno planteamiento y mantenimiento de la cuestión federal, la omisión en pronunciarse sobre el punto debe estimarse como implícitamente contraria al derecho invocado por el recurrente" (Fallos: 263:529; 304:1632; 305:515; 307:2115; 308:647).

3. Otros requisitos de procedencia.

En el presente caso se cumplen los restantes requisitos de procedencia del recurso. En efecto, el pronunciamiento impugnado ocasiona un **gravamen personal, concreto, actual y no derivado de la propia actuación de los actores**, es decir, el gravamen que se alega afecta de manera directa a los derechos a la salud, al acceso a la justicia, la igualdad y no discriminación del colectivo de niños, niñas y adolescentes. El gravamen es concreto dado que recae sobre un interés especial e individualizado, además de causar una lesión directa sobre sus derechos. Además, subsiste a la fecha, dado que no existe un plan de prevención y atención de los casos de bronquiolitis previo al brote de esta enfermedad, así como también un plan sostenido en el tiempo de atención a casos urgentes de los niños, niñas, y

adolescentes que requieran acceso a las Unidades de Terapia Intensiva pediátricas, que incluya la articulación con el sector privado y de la seguridad social, y con los municipios del conurbano bonaerense, en los casos que fuera necesario. Finalmente, es claro que los agravios no derivan de la propia conducta (teoría de los actos propios) y de la negligencia de la parte (propia torpeza).

Tal como se expresado en los apartados pertinentes, también se configura la existencia de caso en los términos de la jurisprudencia de la CSJN, en tanto entiende que “el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio –la afectación de un interés jurídicamente protegido-, de orden personal, particularizado, concreto y además, susceptible de tratamiento judicial” (Fallo 321:1252).

Por todo lo expuesto, no sólo por el cumplimiento de los requisitos mencionados sino también porque en los propios términos de la CSJN “la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del tribunal superando los ápices procesales, frustratorios del control constitucional de esta Corte” (Fallos 248:189; 311:1762; 319:371; 324:533; 324:1225), es que no hay dudas acerca de la admisibilidad del presente recurso federal.

V. RESERVA DE LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL.

En caso de ser rechazado el presente recurso extraordinario federal, formulo reserva de acudir a la jurisdicción supranacional en virtud de la índole de los principios y derechos fundamentales cuya violación se atribuye a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos por afectación de los el derecho a la salud, al acceso a la justicia, tutela efectiva, y la igualdad y no discriminación de los niños, niñas y adolescentes.

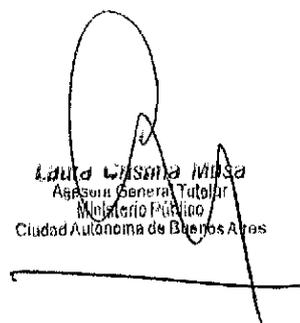
VI. PETITORIO.

Por todo lo expuesto solicito:

1. Al Tribunal Superior de Justicia: Tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el recurso extraordinario federal; y declare admisible el presente recurso. 2. A la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, revoque la sentencia dictada por del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, y dicte sentencia conforme las consideraciones aquí efectuadas. 3. Se tenga presente la reserva formulada de jurisdicción supranacional.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERÁ JUSTICIA


Laura Gisela Mirza
Agente General Tutelar
Ministerio Público
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dictamen AGTN° 8/2014