



“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de diciembre de 2015.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que, a fs. 730/733 vta., la Sra. juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo promovida y, por consiguiente, ordenó al GCBA “...*que en el término de sesenta (60) días hábiles administrativos formule un ‘programa’ o ‘protocolo’ que permita implementar el derecho de internación domiciliaria consagrado en la Ley 153 cuando los profesionales de la salud así lo requieran; aplicable a los niños niñas y adolescentes que sean atendidos en Hospitales Públicos de la Ciudad y carezcan de cobertura de salud*” (v. fs. 733 vta.).

En lo que respecta a la legitimación de la parte actora y a la existencia de caso, el *a quo* rechazó las objeciones planteadas tanto por el Ministerio Público Fiscal cuanto por el demandado “...*teniendo en miras las claras prescripciones de la Constitución local en relación a la acción de amparo, los lineamientos establecidos por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el expte. 9089/12, [y] los fundamentos expresados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Halabi’...*” (v. fs. 731).

Sobre el fondo de la cuestión, básicamente consideró que no se estaba cumpliendo con la ley (específicamente con lo establecido en el art. 14 de la ley N°153) y que dicha omisión importaba un perjuicio para los niños, niñas y adolescentes en lo atinente al derecho a la salud.

Sobre ese aspecto, indicó que, para obtener una respuesta adecuada a la problemática aludida (necesidad de contar con un servicio de internación domiciliaria), “...*fue necesario judicializar la cuestión; con los riesgos que la demora implica para el niño niña o adolescente afectado por la ausencia de acciones estatales concretas y efectivas tendientes a efectivizar estos derechos, por ejemplo, mediante un ‘protocolo’ o ‘plan de acción’ desarrollado de manera preventiva*” (v. fs. 732 vta.).

2. Que, contra lo así dispuesto, el Sr. fiscal que actúa ante primera instancia y el GCBA interpusieron sendos recursos de apelación (v. fs. 736/740 y 742/754 vta., respectivamente).

2.1. Los agravios del Ministerio Público Fiscal se ciñeron en que: **a)** “...*el Ministerio Público Tutelar no ha demostrado que existan individuos que pretendan derechos concretos e inmediatos, ni situaciones específicas o particularizadas en las cuales se hayan verificado los agravios constitucionales vinculados con la falta de un programa de internación domiciliaria, más allá de los tres casos referidos, los cuales (...) tuvieron soluciones puntuales en el marco de tres causas judiciales, en las que sí existía un caso o controversia concreto*” (fs. 738 vta.); **b)** “...*si bien es cierto que la ley 153 menciona entre los objetivos del subsector estatal de salud a la internación domiciliaria (art. 14, inc. i) y alude a dicha modalidad como uno de los criterios de organización (arts. 19, inc. d, y 21, inc. e), dichas previsiones, por una parte, sólo pueden ser consideradas por el Poder Judicial en el marco de un caso o controversia y, por otra, no imponen la creación de un programa específico al*

efecto, como el que requiere expresamente la actora” (fs. 738 vta.); **c)** “...en la sentencia impugnada no se ha efectuado un examen adecuado de los argumentos expuestos por [el] Ministerio Público Fiscal” (fs. 739 vta.); y, **d)** para avalar su postura, citó fallos del TSJCABA y de la Cámara del fuero de similares características al presente, en los cuales se trató la cuestión.

2.2. Los agravios del GCBA se sustentan en que: **a)** la sentencia debe ser revocada por cuanto allí se admite la legitimación del Ministerio Público Tutelar, siendo que, conforme se encuentra previsto en la ley, éste se ha excedido en su actuación; **b)** la sentencia recurrida carece de sentido fáctico-jurídico por cuanto no existe daño alguno, sino que es conjetural, hipotético y meramente abstracto; **c)** al no existir caso la actuación judicial implicó una invasión en la esfera de competencias reservadas a la Administración; **d)** “...en todos y cada uno de los casos el análisis de la internación domiciliaria es individual y, una vez que es aceptada la misma, se llevan a cabo los mecanismos administrativos conducentes a los efectos de proveerla, como por ejemplo la contratación administrativa correspondiente” (fs. 749); **e)** “[n]o es sino el Estado quien ostenta las facultades técnicas y recursos humanos necesarios para dilucidar las políticas públicas en materia de salud, y decidir el orden de prelación de recursos y gastos” (fs. 749 vta.); y, **f)** “[n]o se ha demostrado en autos, mediante medios de prueba fidedignos, las irregularidades que el actor refiere, y que fueron descritas en la sentencia impugnada” (fs. 750 vta.).

2.3. A fs. 758 el fiscal ante la Cámara sostuvo el recurso de apelación incoado por el fiscal interviniente ante primera instancia.

2.4. A fs. 760/775 la asesoría tutelar ante la Cámara respondió los agravios introducidos por el Ministerio Público Fiscal y por el GCBA.

3. Que, en atención al contenido de los agravios a los que se hizo referencia, es adecuado seguir un orden de prelación en torno a los temas que, a criterio del tribunal, corresponde tratar para asumir postura acerca de la existencia de legitimación de la parte actora y de “caso”.

3.1. Previo a introducirse en el desarrollo de esos aspectos, es menester recordar cuál es el objeto de la acción, así como quiénes la parte actora y los sujetos representados.

3.1.1. Objeto

La pretensión consiste en que el GCBA “...cese en su omisión de asistir a las personas menores de edad que requieran internación domiciliaria, [que] sean asistidos en Hospitales Públicos de esta Ciudad y carezcan de cobertura de salud, procediendo a gestionar la creación de un Programa afín que permita a [aquéllas] con alta médica y prescripción en tal sentido, egresar de los nosocomios donde se encuentran internados y continuarla en su vivienda” (v. fs. 1 vta., el subrayado corresponde al original).

3.1.1.2. Omisión del Estado (GCBA)

Se atribuye inacción al Poder Ejecutivo local en cuanto “...no prevé un Programa que garantice la internación domiciliaria prescripta por profesionales capacitados, con el objeto de favorecer una mejor atención sanitaria de [las personas menores de edad] carentes de previsión social” (v. fs. 15).

3.1.2. Parte actora y sujetos representados

El que demanda –de modo autónomo– es el Ministerio Público Tutelar, y lo hace en representación de los menores que requieran internación domiciliaria y que no estén alcanzados por el sistema de seguridad social (obra social o prepaga).



**“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0**

4. Que, en primer término, cabe señalar que, para resolver adecuadamente la cuestión, corresponde determinar si en el caso era necesario que la acción fuese promovida, cuanto menos, por alguno de los representantes legales de los menores cuyos derechos el Ministerio Público Tutelar supone afectados o si los titulares de dicho área jurisdiccional contaban con legitimación para hacerlo de forma autónoma, aspecto que, en tanto se presenta como dirimente respecto de la prosecución o no del trámite de la acción, merece atención primaria de este tribunal.

Así, preliminarmente cabe recordar que el bien jurídico que pretende protegerse a través de este proceso es fundamentalmente el derecho a la salud de los menores.

Por otro lado, también es necesario apuntar que el Ministerio Público Tutelar se presentó en representación de un grupo determinado de menores (v. cons. 3.1.2), en defensa del derecho indicado, que considera de incidencia colectiva.

Al respecto, alegó que se encontraba legitimado para promover la presente acción en virtud de lo dispuesto en la ley N°1903 y en los artículos 14, párrafo 2°, y 125, inciso 3°, de la CCABA (conf. fs. 1/1 vta).

5. Que, ello asentado, cabe recordar que, en materia de legitimación del Ministerio Público Tutelar, en el artículo 49, de la ley N°1903, cuando se enumeran las funciones de los Asesores Tutelares ante los juzgados de primera instancia y ante la Cámara, se prevé: “...2. Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as. 3. Requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a resolver la situación de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados/as cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles, tutores/as, curadores/as o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encontraren. En su caso pueden, por sí solos, tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen. 4. Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios”.

Sobre estas bases, se infiere que “...para que el Asesor Tutelar pueda iniciar una acción judicial en representación de las personas menores de edad y de los incapaces debe demostrar que aquellos no tienen representación legal o que carecen de asistencia o bien 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. La representación llamada ‘promiscua’ en el marco de lo dispuesto en el artículo 59 del Código Civil no significa que se desatienda la representación legal, sino que tiene por finalidad completar o compensar las potenciales deficiencias que tiene el

representante de la persona menor o incapaz” (TSJCABA, *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT N°2 c/ GCBA s/ amparo”, Expte. N°9264/12, del 19/12/13, –del voto del juez Lozano, al que adhirieron los jueces Casás y Conde–).

5.1. A eso corresponde añadir lo regulado sobre la materia en la nueva legislación incorporada en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN).

Allí se prevé que “[1]a actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

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

b) *Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.*

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales” (art. 103).

5.2. Por otro lado, es menester señalar que, en la especie, la Sra. Asesora Tutelar acciona en defensa del derecho a la salud integral reconocido en el ámbito constitucional, en los Tratados de Derechos Humanos. Así, en respaldo de su pretensión, entre otros, cita la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24), la Constitución de la CABA (art. 20), la ley básica de salud de la CABA (ley N°153) y la de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA (ley N°114).

Fundó su demanda, en lo sustancial, en que “[1]a garantía al resguardo a la salud puede definirse como el derecho que tiene todo individuo a requerir una respuesta sanitaria tanto en el aspecto preventivo como asistencial” (v. fs. 7).

A eso añadió, con el objeto de poner en perspectiva la afectación invocada, que, en el estado en que se encontraba la situación vinculada con la falta de implementación del servicio de internación domiciliaria (en adelante, SID), “...**surge evidente que un niño, niña o adolescente que pertenezca al sector más vulnerable de la sociedad, debe esperar en promedio un año internado en el nosocomio hasta lograr la externación, con los riesgos a la vida que ello implica y con el gasto público que ello insume**” (v. fs. 6, el destacado corresponde al original).

6. Que, en ese marco, en primer lugar es menester poner de relieve que se encuentra en juego si, de acuerdo con la pretensión de quien se constituyó como parte actora, el Ministerio Público Tutelar está legitimado para representar de modo autónomo al grupo de menores cuya afectación de derechos se invoca.

Así, en búsqueda de la respuesta al interrogante planteado, no debe soslayarse que la conducta ilegítima atribuida al GCBA consiste en la omisión de regular “...**un Programa que garantice la internación domiciliaria prescripta por profesionales capacitados, con el objeto de favorecer una mejor atención sanitaria de [las personas menores de edad] carentes de previsión social**” (v. cons. 3.1.1.2, el destacado pertenece al original).



“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0

Es decir, la actora considera que se ve afectado el derecho a la salud desde su faz integral por cuanto el hecho de que no exista un protocolo de actuación ante supuestos que requieren internación domiciliaria importaría un riesgo cierto para el grupo de menores que se encontrasen en esa situación y carecieran de obra social o prepaga.

En suma, lo que se pretendería mediante la promoción de esta acción es que se regulen las condiciones en las que debe prestarse un servicio que está legalmente previsto (SID) y, de ese modo, evitar la producción de daños a la salud de los menores que, eventualmente, se encuentren en la situación antes descripta.

7. Que el derecho a la salud, cuanto menos en casos como el de autos, posee una faz colectiva (preservación de la salud de uno de los sectores más vulnerables de la población –menores–, situación que indudablemente guarda trascendencia social) y una faz individual (el derecho subjetivo de cada niño y grupo familiar de que el Estado cumpla con los planes y programas de salud a fin de no infringir sus posibilidades de desarrollo físico e intelectual).

En esa línea, cabe recordar que la CSJN ha sostenido la existencia de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud (*in re* “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional”, 16/02/00, Fallos: 323:1323; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud”, del 18/12/03, entre muchos otros).

Es necesario aclarar también que, en el caso, la omisión imputada por la Asesoría Tutelar de primera instancia afectaría el derecho a la salud del grupo de los niños, niñas y adolescentes carentes de previsión social que, por esa razón, no contarían con la posibilidad de acceder –en un plazo razonable– a un SID que les permitiera contrarrestar el estado de incertidumbre que, en relación con su integridad físico-psíquica, generaría el hecho de permanecer en un nosocomio cuando hubieran recibido el alta y los médicos tratantes consideraran que debieran continuar el tratamiento de rutina en sus respectivos domicilios. Ello así con el propósito de cumplir con los objetivos fijados en la normativa nacional que rige, desde lo sustantivo, la cuestión (res. Ministerio de Salud N°704/2000) y de evitar los riesgos propios que traería aparejados una internación en un hospital (vgr. contagio de infecciones intrahospitalarias).

De modo que el tema así traído a debate está enfocado en el aspecto colectivo del derecho vulnerado (salud), dado que apunta a la necesidad de contar con el SID (reconocido en el art. 14, inc f], ley N°153) que permita satisfacer las necesidades del grupo social –tal vez– más vulnerable (menores), por el que, además, existiría un fuerte interés social en su protección.

8. Que, siguiendo las pautas fijadas en los considerandos precedentes y la línea trazada por el Alto Tribunal *in re* “Halabi”, tal como como lo ha propuesto el Sr. Asesor Tutelar ante la Cámara a fs. 760/775, podría concluirse en la procedencia de la legitimación del Ministerio Público Tutelar para defender el derecho de incidencia colectiva en juego, referente, en el caso, a intereses individuales homogéneos.

8.1. En primer lugar, es preciso recalcar que, a consideración de este tribunal, lo que se encuentra en debate es de *interés público*. El hecho de que los

menores que no tengan la posibilidad de contar con la asistencia de una obra social o prestación de medicina prepaga puedan acceder –del mismo modo que los que sí cuentan con ella–, cuando ello fuera necesario, a la modalidad de internación domiciliaria es una muestra suficiente de que así es. Este aspecto está fuera de discusión, sea porque no ha sido motivo de contradicción, sea porque así lo estima este tribunal en el caso.

Por otro lado, esta sala ha considerado que ése era uno de los supuestos a partir de los cuales procedía la representación autónoma del Ministerio Público Tutelar (*in re* “Asesoría Tutelar N°1 c/ GCBA s/ amparo”, Expte. N°: A2284-2104/0, del 02/10/14). Y si bien la Sra. jueza Daniele no ha suscripto ese precedente, no obstante tener un criterio distinto al allí sostenido por sus colegas integrantes de este tribunal (ver *in re* “Asesoría Tutelar CAYT N°3 c/ GCBA y otros s/ amparo, Expte. N°44701/0, del 26/05/15), lo cierto, y en lo que aquí interesa, es que, en el caso, todos entendemos que efectivamente aparece comprometido el interés público.

8.2. En lo que respecta a la doctrina asentada en “Halabi”, el Máximo Tribunal distinguió tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En lo que aquí interesa, identifica los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, que son ejercidos, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución Nacional, por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentren ese interés y el afectado, y que tienen la finalidad de tutelar un bien que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. No existe un derecho de apropiación individual sobre el bien, ni se trata de una pluralidad de sujetos, es un bien que tiene naturaleza colectiva, como el ambiente. Son bienes que pertenecen a la esfera social (v. cons. 11 del citado fallo). Sin embargo, se aclara, la pretensión debe estar focalizada sobre la incidencia colectiva del derecho, de modo que, a través de la acción, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto pero sin un beneficio directo para el que la inició.

Luego, se afirma que existe una categoría de derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso, entre otros, de las vulneraciones a derechos personales o patrimoniales de ciertos grupos de personas derivadas de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los sujetos discriminados.

En estos casos, se explica, no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. *“Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”* (cons. 12 del fallo citado).

Allí además se reconoció la falta de legislación en materia de acciones de clase y la importancia de que ella existiera a fin de determinar: cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Se sujeta, entonces, la procedencia de este tipo de acciones a: a) la verificación de una causa fáctica común; b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y c) la constatación de que el ejercicio



**“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0**

individual no aparece plenamente justificado. Ello no obstante, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (cons. 13 del fallo citado).

8.2.1. En ese camino, en las presentes actuaciones media:

(i) Un hecho común que afecta a una pluralidad de derechos individuales. Ello así por cuanto la acción instada encuentra su basamento en el incumplimiento del dictado de una reglamentación específica por parte del GCBA para casos que ameriten disponer del SID, siendo ésta, en función de las características del grupo que resultaría afectado –situado en clara situación de vulnerabilidad social–, una cuestión de trascendencia social.

Dicha situación, por lo demás, genera agravio a un grupo afectado de manera idéntica y previamente individualizado, esto es: “...*personas menores de edad que son asistidos en los Hospitales Públicos de la CABA y no cuentan con un sistema previsional que les permita acceder a una internación domiciliaria en idénticas condiciones con las que cuentan aquellos niños/as que si se hallan dentro de un sistema previsional (obra social o prepaga)*” (v. fs. 6 vta.).

(ii) Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de la cuestión, dado que no se trata de una demanda basada en los perjuicios diferenciados que pudiesen tener los individuos afectados por la situación de marras, sino que estaría centrada en el efecto común que generaría el hecho de no contar con un protocolo de actuación frente a situaciones en las que corresponde disponer una internación domiciliaria.

En suma: la posibilidad cierta de que el grupo identificado quedase sometido durante un lapso indeterminado a las afecciones a las que quedarían expuestos en caso de no poder acceder a la internación domiciliaria.

(iii) Finalmente, se ajusta también la presente demanda a la situación de que el ejercicio individual del derecho no aparece plenamente justificado, vale decir que el interés individual no siempre justifica una demanda aislada.

Ello es así por las siguientes razones:

a) Tutela preventiva

En primer lugar, no puede soslayarse que estamos frente a un supuesto de tutela preventiva en el marco de una acción que tiende a proteger derechos de incidencia colectiva.

El Sr. juez Casás, en un supuesto en el que se imputaba al Estado una omisión antijurídica, ha dicho que el problema no radicaba en intentar lograr una tutela preventiva –siendo esto posible– sino en que pudiera identificarse de manera suficiente el “caso judicial” (TSJCABA, *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Selser, Jorge Guillermo c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales en: Selser, Jorge Guillermo c/ GCBA s/ amparo”, del 26/12/2013).

En el contexto descripto, y conforme las circunstancias del caso, podría tornarse en un contrasentido exigir como única vía posible para dirimir la cuestión en litis el trámite de acciones individuales. Es que, justamente, lo que se pretende a través de la presente acción es propiciar que se generen las condiciones

necesarias para evitar que se produzcan perjuicios a un determinado grupo de personas, lo cual traería como lógica consecuencia que, en principio, no debieran promoverse procesos individuales tendientes a obtener una respuesta adecuada por parte del GCBA; claro que, en esa instancia, ya en un estado de situación de permanente riesgo a la ocurrencia de daños.

Tiénesse presente que, una vez dado el alta a un paciente y dispuesta la internación domiciliaria, cada día que pasa internado en el nosocomio de que se trate conlleva un riesgo a la salud, siendo ese uno de los objetivos a cumplir con el SID (es decir, evitar los riesgos que esa situación traería aparejados).

b) Casos ocurridos

En los tres casos “testigo” incluidos en la demanda por la parte actora, conforme surge del relato de los hechos allí efectuado, la solución habría llegado luego del año de tramitación de los juicios, siendo que se trataban de acciones de amparo y que se encontraba en juego la salud de los menores allí representados.

Esta circunstancia, que no ha sido motivo de contradicción, pone en evidencia que la acción individual no sería efectiva para solucionar en un lapso razonable –en función de las necesidades concretas de cada caso– la problemática que aquí se discute.

En síntesis, el resultado buscado a través de esta acción se traduciría en que, al tiempo en que se produjera una situación que ameritase la internación domiciliaria de un menor del grupo aquí sindicado como afectado, el punto de partida fuera la ejecución de un plan o protocolo de actuación frente a la situación concreta y no el comienzo de una discusión extrajudicial y/o judicial para determinar de qué modo habría de operarse, más aun tomando en cuenta los trastornos que, a la luz de la experiencia vivida, eso acarrearía.

La diferencia sustancial entre una cosa y otra, ni más ni menos, es que todos o algunos de los avatares que pudieran acaecer durante el proceso de solución del conflicto estarían previstos (así como la consecuente respuesta), siendo la previsión el elemento sustancial para evitar los daños que pudieran ocurrir ante situaciones del tipo indicadas. Y lo cierto es que, en supuestos como los aquí analizados, el transcurso del tiempo es fundamental. Si no se actúa a tiempo, existen ciertas posibilidades de que el perjuicio pudiera producirse cuando pareciera factible actuar en pos de generar las condiciones para evitarlo, o al menos reducir su margen a la mínima expresión.

En definitiva, el riesgo puede ser grande y, por tanto, la situación traída a conocimiento del Poder Judicial, desde este lugar y siempre que se encontrasen reunidos el resto de los requisitos para la viabilidad del tratamiento de la cuestión (como parece ser el caso), merecería su atención.

(iv) Ello no obstante, es adecuado señalar que en el precedente “Halabi” también se contempló que “...la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta” (cons. 13).

Sobre esa base, cabe considerar que en el caso de autos existiría o debiera existir un fuerte interés estatal en la protección del derecho a la salud de los menores, sobre todo de aquellos que conforman el grupo de los que se encuentran en situación de vulnerabilidad social por carencia de recursos, lo cual les impide acceder a



“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0

las necesidades básicas –entre ellas la protección de su integridad físico-psíquica– para desarrollar sus capacidades en igualdad de condiciones que aquellos que tienen acceso a ellas.

Asimismo, no puede perderse de vista que fue el propio Estado local –a través del cuerpo legislativo habilitado al efecto– el que dispuso que, entre los objetivos del subsector estatal de salud (léase: Ministerio de Salud), estaba el de “*Establecer (...) la internación domiciliaria...*” (art. 14, inc. i, ley N°153). Pues esto es evidencia de que el interés del Estado estuvo presente al momento de disponer la previsión normativa aludida.

Así, esta otra condición habilitante para lograr la tramitación de procesos en los que se encuentran en juego intereses individuales homogéneos, también estaría presente.

8.3. Por último, hay otros dos aspectos a considerar:

(i) Conforme se prevé en las Constituciones nacional y local, una de las funciones del Ministerio Público es la de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad (arts. 120 y 125, respectivamente). A su vez, en la Constitución local también se dispone como otra de las funciones del GCBA la de “[v]elar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social” (v. inc. 2° del mismo art.).

En el contexto dado, y tomando en cuenta lo expuesto en el apartado 8.1. acerca del interés público comprometido, el Ministerio Público Tutelar estaría actuando en defensa de la legalidad de los intereses de un grupo de la sociedad para obtener la satisfacción de esos intereses que no podrían ser entendidos sino como sociales.

(ii) Si se tomara la nueva regulación normativa incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, podría concluirse en que se presentaría el supuesto contemplado en el artículo 103, inciso b (i); esto es: “...cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes”.

La consideración de que medió inacción de los representantes legales es corolario del hecho de que no ha sido promovida una acción de las características de ésta por los representantes legales (no superando el campo de una mera conjetura el hecho de que esa circunstancia pudiera acaecer, siendo, a su vez, remota la posibilidad de que eso ocurra), resultando de ello la habilitación para el Ministerio Público de Menores de actuar de modo *principal*.

Ello sin perjuicio, claro es, de que, siguiendo otra vez las pautas fijadas por la CSJN en “Halabi”, habría sido atinado que –oportunamente– el juez de trámite convocara a todo aquel que estuviera interesado en intervenir en estos actuados.

De todos modos, esa sola circunstancia, cuanto menos en el caso de autos y dado el contexto aquí descripto, no sería un obstáculo para expedirse acerca del fondo del asunto.

9. Que, por todo lo expuesto, este tribunal considera que se encuentran reunidos los presupuestos para tener por legitimado al Ministerio Público Tutelar para

actuar de forma autónoma en estos actuados, lo mismo que para entender que existe un caso judicial, lo cual quedará de manifiesto en el desarrollo del tratamiento de los temas que restan examinar.

10. Que, ello asentado, cabe recordar –una vez más– que en estos actuados se le atribuye al GCBA una omisión en la regulación e implementación del sistema de internación domiciliaria para menores que no cuenten con obra social o asistencia de medicina prepaga, constituyéndose esa circunstancia en un perjuicio inminente para cualquiera de aquéllos que necesite la prestación de ese servicio.

El accionar antijurídico imputado se basa en el incumplimiento de la obligación que, a criterio de la actora, se encuentra en cabeza de la Administración local, consistente en “*Establecer (...) la internación domiciliaria...*” (conf. art. 14, inc. i, ley N°153).

A partir de eso, de que dicha manda normativa no ha sido reglamentada (v. decreto reglamentario N°208/GCABA/01) y de que no aparece cuestionado en modo alguno por parte del GCBA el hecho de que, efectivamente, nada se ha regulado al respecto, es dable considerar que estaríamos frente a un supuesto de mandato expreso a partir del cual podría exigirse una conducta por parte del GCBA; ella es: regular –conforme a sus facultades de legislación y jurisdicción (art. 129 CN)– el SID, y brindarlo adecuadamente.

10.1. Ahora, si bien estaríamos frente a un supuesto de mandato expreso, la conducta que debiera adoptar la Administración al respecto, en principio, podría entenderse como indeterminada. Eso así en virtud de que, aun en esa tesitura, habría que determinar el alcance de la obligación establecida en la preceptiva citada.

Sobre el punto, corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible (CSJN, *in re* “Parisi de Frezzini c/ Laboratorios Huilén y otros s/ ds. y ps.”, del 20/10/09).

Ello es así por cuanto, a partir del encuadramiento –en función de dicha distinción– que el juzgador haga en el caso, la respuesta podría ser en un sentido u otro.

Es menester “...señalar que en estos casos —de conducta antijurídica por omisión— sólo le puede caber responsabilidad al Estado... si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, máxime cuando una conclusión contraria llevaría al extremo —por cierto absurdo— de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera” (del dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, Dra. Laura M. Monti, que la Corte hace suyo, *in re*: “Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 20/10/09, registro del Alto Tribunal P.681. XLIII)” (TSJCABA, *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Bertilotti, Marta Rosa c/ GCBA s/ daños y perjuicios [excepto resp. médica]’”, del 16/07/10 –del voto del juez Casás–).

Si bien la doctrina de la CSJN citada corresponde a casos en lo que se peticiona la reparación de los perjuicios ocasionados en supuestos de responsabilidad del Estado por omisión, los estándares allí fijados sirven para razonar acerca de cuáles son las pautas que han de tomarse en cuenta para determinar si, finalmente, existe una obligación a cargo del Estado y, luego, si ésta fue incumplida.

En definitiva, el punto de partida es el mismo; lo que varía es si estamos ante supuestos en los que se pretende una tutela preventiva o resarcitoria. La diferencia, en consecuencia, se afina en el hecho de actuar antes de la posibilidad de



**“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0**

que se produzca el daño –con fines de evitarlo– o después, ya sólo con el objeto de reparar el ocasionado y, tal vez, depende el caso (vgr. daño ambiental continuado), de impedir que se siga produciendo.

10.1.1. Al respecto, se ha dicho que “[l]a tutela inhibitoria, como su propio nombre lo indica, inhibe el perjuicio, tiene finalidad preventiva, actuando antes de que aquél se instale. El elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro, es la amenaza de violación. Este dato normativo le confiere algunas características especiales:

- En primer lugar, prescinde de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza.

- El acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuada, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir.

- La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo y controlando el ya producido. (...).

- La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura. La imputación es netamente objetiva.

(...).

Con las características señaladas es posible presentar una acción colectiva cuya pretensión será exclusivamente la tutela inhibitoria, que incluye la prevención...” (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pgs. 100/101).

10.1.1.2. A luz de las pautas descriptas, el caso de autos encuadraría en lo que se entiende como una acción (de amparo en el caso) por omisión, en la que se pretende una tutela preventiva, que a su vez es de carácter colectiva.

Ello es así por los siguientes motivos:

(i) El motivo por el cual el caso comprende una imputación de omisión antijurídica por parte del GCBA ha quedado de manifiesto en los aparatados que anteceden.

(ii) Luego, el hecho de que se encontrarían reunidos los requisitos para considerar que estamos frente a una acción en la que se pretende la tutela preventiva de intereses colectivos, responde a que:

a) la *amenaza* del daño surge a partir de la experiencia hasta aquí vivida en relación con la ausencia de un plan a seguir ante la configuración de casos en los que se hace necesario contar con el SID. En estos autos, al cabo, se ha puesto de manifiesto que existieron episodios que demoraron mucho tiempo en ser solucionados (lo cual no fue contradicho por el demandado), siendo que, durante el transcurso de ese lapso, existía el riesgo de que se produjeran afectaciones a la integridad físico-psíquica de los menores protagonistas de esos eventos. De modo que, siendo suficiente la amenaza y prescindiéndose de la verificación del daño, este primer presupuesto estaría cumplido;

b) existiría la posibilidad de que, tomando una decisión en estos actuados sobre el fondo del asunto, se previniera la comisión de actos ilícitos futuros, cuales serían las probables afectaciones a la integridad físico-psíquica del grupo de menores representado, como consecuencia de brindar un deficiente servicio de salud, más específicamente, de internación domiciliaria;

c) la conducta ilícita (omisión en la regulación del SID) sería susceptible de ser detenida en sus efectos futuros. Éstos, como se dijo, encontrarían lugar en los eventuales daños que podría provocarle aquélla a los menores que conforman el grupo vulnerable aquí en juego;

d) la imputación es netamente objetiva. Estamos frente a una conducta del Estado que se reputa objetiva; es decir, se trata de la omisión del cumplimiento de una obligación que actualmente se encontraría a su cargo (reglamentación del art. 14, inc. i, ley N°153) y no de la conducta antijurídica futura, que, claro es, en modo alguno podría aún imputársele. Ello sin perjuicio de que, estando en juego –aunque más no sea tangencialmente– el análisis vinculado con la regularidad en la que el Estado debiera brindar un servicio a su cargo, y tratándose de las dos caras de una misma moneda (dicotomía: prevención/reparación), también, por vía de principio, suele considerarse objetivo el factor de atribución de la responsabilidad de aquél.

10.2. En lo atinente a si el mandato es expreso y determinado o indeterminado, es menester subrayar lo siguiente.

El SID se encuentra regulado por la Nación (Ministerio de Salud) a través de la resolución N°704/2000.

De dicha preceptiva surge con toda claridad que dicho sistema fue pensado con alcance nacional. Téngase presente que se trata de una norma de organización y funcionamiento del SID que “...se inscribe dentro de las **políticas sustantivas del MSyAS (DEC. 1269/92) orientadas a mejorar la calidad de atención de Salud en todo el país**” (v. aparatado 1° del Anexo 1° de la res. aludida, el destacado no corresponde al original).

Tanto fue así que se estableció que las previsiones normativas que se aprobaran en dicha resolución marco “...podr[ían] ser objeto de observación por las Autoridades Sanitarias Jurisdiccionales (...) dentro del plazo de sesenta (60) días a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial y en caso de no ser observadas entrar[ían] en vigencia a los noventa (90) días de dicha publicación” (art. 4°, res. N°704/2000).

En la misma línea, se dispuso que “[e]n el caso que la autoridad jurisdiccional realizara alguna adecuación a la presente norma para su aplicación a nivel jurisdiccional deberá comunicar a la **COORDINACIÓN GENERAL DEL PROGRAMA dicha adecuación, la que recién entrará en vigencia a los sesenta (60) días de su registro a nivel nacional a través del acto administrativo correspondiente**” (art. 5° de la misma resolución).

Lo expuesto pone en evidencia que estamos frente a un sistema integrado, coordinado por la Nación, de aplicación en todas las jurisdicciones del país, las que, oportunamente, tuvieron la posibilidad de adecuar su aplicación a las necesidades que cada una tuviera.

En tal contexto, conjugando lo expresado en el acápite 10.1 y en el presente apartado, es dable concluir en que estaríamos en presencia de un mandato expreso y determinado emanado de la autoridad nacional con competencia para hacerlo (plasmado en la resolución N°704/2000), y recogido por el legislador local en la ley N°153.

Entiéndase bien: lo que aún permanecería indeterminado no sería el mandato aludido sino la conducta a seguir por parte del GCBA en lo estrictamente



**“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0**

atinente al margen discrecional con el que podría actuar en el caso de acuerdo con las pautas fijadas en la normativa nacional marco, lo cual será materia de examen a continuación.

10.2.1. Siguiendo esa línea de razonamiento, si se trata de un sistema elaborado por la Nación, que pudo haber sido adecuado por esta jurisdicción, cabe preguntarse cuál sería la omisión en la que habría incurrido el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La respuesta a ese interrogante se afina en la dilucidación de si, una vez entrado en vigencia, el SID se hizo operativo *per se* para cada una de la jurisdicciones que integran el país o si era necesario regular algún aspecto estrictamente vinculado con su modo de implementación para que los operadores del sistema de salud local pudieran hacer uso de él, sin más, cuando así lo considerasen pertinente.

Para obtener una respuesta plausible sobre el punto es necesario indagar acerca de cómo debe funcionar el sistema, es decir, determinar cuáles son los recursos necesarios para hacerlo operativo y, consecuentemente, estar en condiciones de brindar el servicio adecuadamente.

10.2.1.1. Antes de adentrarse en dicho análisis, es menester conocer en qué consiste el SID, siendo que no se trata de un concepto abierto sino que, por el contrario, su alcance y finalidad han sido definidos en la normativa marco.

“INTERNACIÓN DOMICILIARIA es una modalidad de atención de la salud, mediante la cual se brinda asistencia al paciente-familia en su domicilio, realizada por un equipo multiprofesional e interdisciplinario cuya misión es: promover, prevenir, recuperar, rehabilitar y/o acompañar a los pacientes de acuerdo a su diagnóstico y evolución en los aspectos físico, psíquico, social, espiritual, manteniendo la calidad, el respeto y la dignidad humana” (apartado 2° de la res. N°704/2000).

10.2.1.2. Dicho eso, y conocido el objeto de esta modalidad, cabe señalar que la respuesta buscada aparecería de lo establecido en los apartados 4° y 10 de la resolución N°704/2000.

(i) En el primero, se establece que, *“[d]e acuerdo a su dependencia administrativa y funcional, los servicios de Internación Domiciliaria pueden ser: 1 – SERVICIOS DEPENDIENTES DE UN HOSPITAL: Pueden ser propios o contratados. (...) Los servicios contratados pueden ser: 2 – SERVICIOS DEPENDIENTES DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD PRIVADOS. 3 – SERVICIOS DEPENDIENTES DE OBRAS SOCIALES O MUTUALES. 4 – SERVICIOS PRIVADOS”*.

De aquí surge una primera conclusión, cual es que las jurisdicciones pueden optar por brindar el servicio directamente o a través de terceros. Lo que no pareciera generar dudas es el hecho de que el servicio, de salud al cabo, como no podría ser de otra manera, está en cabeza de cada una de las provincias y de la CABA, más allá de la forma en que, finalmente, cada una decida que lo brindará.

(ii) En el segundo, se dispone que *“[e]l servicio de Internación Domiciliaria programará sus actividades de acuerdo con los objetivos del establecimiento en que se encuentre funcionando o que ha sido contratado, desarrollando su misión con la profundidad adecuada al Nivel de Riesgo.*

(...).

Aplicará las normas de procedimientos, de organización y funcionamiento y de diagnóstico y tratamiento que han sido aprobadas por las diferentes jurisdicciones en el que se desenvuelva, así como también las normas y procedimientos emanados del establecimiento al cual pertenece o le brinda el servicio.

Redactará sus propias normas que le permita un buen funcionamiento del servicio con una calidad asistencial adecuada” (el destacado no pertenece al original).

De este apartado se desprenden algunas pautas que no pueden soslayarse, las que sirven para entender cuál sería la actividad que se encontraría en cabeza de cada jurisdicción y el orden que éstas debieran seguir para poner en funcionamiento la modalidad de internación domiciliaria.

a. Lo primero que hay que aclarar es que se habla del SID como de algo que tuviera entidad propia.

De modo que, llevando esa abstracción a la realidad, cabe subrayar que cuando se hace referencia a las actividades que tiene que programar el “SID” se estaría apuntando a las conductas que, desde una faz general, debiera seguir “...*el equipo multiprofesional o interdisciplinario...*” que interviene en estos casos (v. apartado 2º, Anexo 1) y, desde una faz específica, “...*el médico clínico, pediatra o especialista...*” (v. apartado 8.4, Anexo 1).

b. Luego, ya en lo atinente a la actividad propia que le correspondería a las jurisdicciones locales, éstas deben aprobar normas de: procedimientos, organización y funcionamiento, y de diagnóstico y tratamiento.

Sobre esos aspectos recaería la actividad regulatoria que debiera realizar, en el caso, el GCBA a través del órgano habilitado al efecto.

Así también, la Administración local debiera determinar cómo va a brindar el servicio, esto es, si directamente o mediante terceros.

Ahora bien, más allá de eso, sea un hospital público, servicios privados u obras sociales o mutuales, éstos también estarían habilitados a establecer normas de actuación.

c. Una vez determinados estos últimos, el “SID” no sólo estaría en condiciones de aplicar dichas normas sino también de “...*redactar [las] propias (...)* [lo cual] *le permit[iría] un buen funcionamiento del servicio con una calidad asistencial adecuada”*.

(iii) En síntesis, y en lo que aquí interesa, para que el SID previsto en el artículo 14, inciso i, de la ley N°153 pudiera funcionar, y adecuadamente, el GCBA, teniendo en miras los objetivos determinados por la normativa nacional (v. apartado 3 res. MSN N°704/2000), habría de cumplir lo previsto en los apartados 4 y 10 de ésta (v. punto ii b del presente acápite).

11. Que, por lo demás, es importante subrayar que la obligación del GCBA de actuar del modo indicado en el considerando precedente encuentra aval en el régimen jurídico internacional, nacional y local.

11.1. En primer lugar, el derecho a la salud en el derecho interno (nacional) es reconocido como un derecho humano explícito, aunque más no sea por reenvío.

Si bien “[e]n el texto constitucional ‘directo’, la palabra salud o sus derivados se incorporan –con la reforma de 1994– en los artículos 41 (en la referencia al medio ambiente ‘sano’) y 42 (en la alusión a la protección de la salud de usuarios y consumidores)” (Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 258), lo cierto es que, con la incorporación



**“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0**

efectuado a través del artículo 75, inciso 22, de aquél, el derecho a la salud queda integrado al ámbito interno con la categoría aludida.

En lo atinente al asunto en litis, entre otros, podemos mencionar lo establecido en los siguientes textos internacionales:

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

“*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud (...), la asistencia médica...*” (art. 25.1).

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

“*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*” (art. 5.1).

“*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...*” (art. 1.1, el destacado no corresponde al original).

“*Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya **garantizado** por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos derechos y libertades*” (art. 2°, el destacado no corresponde al original).

3. Convención sobre los Derechos del Niño

“*Los Estados Partes reconocen 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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios*” (art. 24.1).

“*Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:*

(...);

b) *Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;*

(...);

f) *Desarrollar la atención sanitaria preventiva...*” (art. 24.2).

“*Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación*” (art. 25).

11.2. En lo que atañe al ámbito local, “[s]e **garantiza** el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. **Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad,**

equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad” (art. 20 CCABA, el destacado no pertenece al original).

Lo establecido por el convencional constituyente para regir en la CABA pareciera estar en consonancia con los textos internacionales citados (de lo contrario no sería constitucionalmente tolerable), a punto tal que también emplea el término “garantiza”, habla de la necesidad de “prevención”, “atención y rehabilitación” e incluso avanza sobre ciertos criterios que, en sí mismos, dicen mucho. En lo que aquí importa, además, allí se asegura la actuación del área de salud mediante acciones colectivas con criterio, entre otros, de accesibilidad, solidaridad y oportunidad.

Pues bien, en estos actuados se pretende, justamente, *acceso* al SID para aquellos menores que no cuenten con seguridad social (*solidaridad*), lo cual implicaría, al mismo tiempo, poner en marcha los criterios de *accesibilidad y oportunidad*. Ello así en tanto se busca, a través de un proceso colectivo, poner fin a una situación que, hacia atrás, habría generado serios inconvenientes a quienes padecieron el hecho de que no estuviera implementado aquel servicio y, para adelante (tutela preventiva), resolvería el estado de incertidumbre (claro que en todo aquello que pudiera preverse) que genera continuar en el estado en que las cosas permanecen.

11.3. La CSJN también ha asumido postura acerca del alcance de los textos internacionales en lo que concierne al tema, más específicamente respecto del término “garantizar”.

Así, ha dicho que “...*la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 –‘Excepciones al agotamiento de los recursos internos’– párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, ‘el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’ (id., párrafo 23)” (in re “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, del 07/04/95).*

11.4. Pues bien, en el contexto dado pareciera que el GCBA no habría cumplido con las pautas referenciadas. Ello es así porque, en las condiciones actuales, no se encontraría garantizado el acceso de los menores al servicio de internación domiciliaria en un tiempo razonable y bajo las condiciones previstas en la resolución N°704/2000, aquí aludida y citada en su parte pertinente.

En suma, la relación que se presenta entre la Nación y la CABA, y, consecuentemente, entre la norma nacional (res. N°704/2000) y la local (ley N°153), podría encuadrarse en lo que ha sido denominado por la doctrina como: *pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva*. Ello es así “...*pues cada escala de decisión (Estado central o Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido (el sustancial o el procesal, respectivamente), con la particularidad de que si uno de los niveles no actúa, el otro tampoco puede actuar (vgr. un código de fondo sin normas de procedimiento*



“ASESORIA TUTELAR CAYT N°4 (OFICIO ACCAYT N°1 N°448/13) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO”
Expte N°: A70963-2013/0

carece de operatividad y un código de procedimientos sin norma de fondo carece de encarnadura jurídica” (Rosatti, *ob. cit.*, p. 130).

12. Que, por último, y en tanto el campo de acción correspondiente a estos actuados alcanza al grupo de menores identificado en este resolutorio, es conveniente exhortar al GCBA a que la implementación y puesta en funcionamiento del protocolo o plan de acción que, conforme a las pautas fijadas en la resolución N°704/2000, deberá regular sobre el SID para satisfacción del derecho a la salud de dicha clase comprenda la situación tanto de menores cuanto de adultos que precisen de ese servicio.

Respecto del alcance de una manifestación de ese tenor por parte del Poder Judicial, se ha dicho que “[l]a *sentencia exhortativa contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes, y una ‘exhortación’ para que lo haga efectivo. No se consagra una obligación jurídica determinada, sino indeterminada y de valor político. No hay un derecho a exigir el cumplimiento, y su finalidad es llamar la atención fortaleciendo el debate sobre un tema. Este fortalecimiento es usualmente accesorio de una condena relativa a la controversia*”. Es por eso que si bien “[l]a *sentencia que se dicta tiene efecto entre las partes (...) podría ser una solución general para una serie de supuestos similares, lo que justifica una exhortación al Congreso para que legisle o al [Ejecutivo] para que instrumente una política pública*” (Lorenzetti, *ob. cit.*, p. 179).

Por todo lo expuesto, y oído el Ministerio Público Fiscal, el tribunal **RESUELVE:** **1)** Rechazar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por el GCBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado con los alcances determinados en el considerando 10. **2)** Exhortar al GCBA a que evalúe la posibilidad de que la regulación del servicio de internación domiciliar sea brindado a toda persona que, conforme a sus recursos socio-económicos y a las pautas constitucionales e infraconstitucionales que el Estado debe seguir para brindar un servicio de salud adecuado, necesite acceder a él. **3)** Imponer las costas en el orden causado en atención a la complejidad de la temática puesta en discusión en la litis y a la persona de la parte actora (arts. 28 ley N°2.145 y 62 CCAyT).

La Sra. jueza Daniele no suscribe por hallarse en uso de licencia.

Regístrese, notifíquese por secretaría al GCBA y a los Sres. asesor tutelar y fiscal ante la Cámara en sus respectivos despachos. Oportunamente, devuélvase.

Dr. Esteban Centanaro
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fernando E. Juan Lima
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

