



**Expte. n° 12042/15 “Asesoría Tutelar N° 1 (oficio ECIE 1848/13) c/ GCBA
s/amparo s/incidente de apelación
s/ recurso de inconstitucionalidad
concedido”**

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2017

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. El Asesor Tutelar ante la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 219/229 vuelta) contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que dispuso revocar la decisión de primera instancia, declarar la falta de legitimación activa del Ministerio Público Tutelar y rechazar la acción de amparo (fs. 200/202).

2. La Asesora Tutelar a cargo de la Asesoría Tutelar N° 1 promovió acción de amparo con el objeto de que se ordenase al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que “cese en su omisión de garantizar condiciones edilicias adecuadas y seguras en la Escuela Primaria de Jornada Completa N° 17 D.E. 10 ‘Dr. Juan Balestra’...” y que ejecute “las obras correspondientes a la refacción de los sanitarios de la planta baja, primer y tercer piso; el reacondicionamiento integral de la instalación eléctrica, la impermeabilización de la azotea y refacción de cielorrasos...” (fs. 1/17).

Para fundar su legitimación afirmó que se trataba de una acción colectiva cuyo bien colectivo era la educación pública, que el art. 14, 2do párrafo de la CCABA la legitimaba iniciar la presente acción, así como la ley 1903. Destacó que si bien contaban con representación legal existía un interés público que predominaba sobre los derechos de los representantes.

En síntesis sostuvo que las condiciones de seguridad, por el mal estado del sistema eléctrico sumado a la presencia de filtraciones y de humedad en todo el establecimiento, las filtraciones cloacales, mostraban el incumplimiento del GCBA de asegurar el derecho a la educación en condiciones edilicias dignas, seguras y adecuadas.

Solicitó una medida cautelar para que se atendieran los problemas más urgentes hasta tanto se dictase la sentencia definitiva.

3. El juez de grado rechazó el planteo de falta de legitimación activa e inexistencia de caso, causa o controversia formulado por el Ministerio Público Fiscal (fs. 155/157 vuelta)

4. El Fiscal de Primera Instancia a cargo del Equipo Fiscal n° 3 interpuso recurso de apelación (fs. 159/167) y la Sala II revocó la sentencia de grado en los términos reseñados en el punto 1.

Los camaristas —partiendo de la base de que la acción había sido planteada por la Asesora Tutelar en representación de un grupo determinable de menores, en defensa del derecho a la educación, que consideraron de incidencia colectiva y del tipo individual homogéneo, aplicando la doctrina de este Tribunal—, sostuvieron que la Asesora Tutelar podía iniciar una acción judicial en representación de las personas menores de edad y de los incapaces cuando demostrara que aquellos no tenían representación legal o que carecían de asistencia o bien que se tratara de una cuestión de orden público predominante sobre el derecho de los representantes.

Aclararon que no se trataba de un bien colectivo ya que no se encontraba discutida la educación pública, sino el derecho de un grupo de menores, y que como se debatían derechos pluri-individuales, quienes tenían legitimación para iniciar la acción era el Defensor del Pueblo o las asociaciones cuyo objeto era la protección de esos derechos.

Explicaron que la Asesora Tutelar no podía asimilarse a una persona o a un habitante en los términos de lo dispuesto en el art. 14 de la CCABA, porque se trataba de un organismo específico de los que integran el Ministerio Público de la CABA.

Sobre esas bases, sostuvieron que la Asesora Tutelar solamente estaría habilitada para promover una acción como la aquí planteada cuando se viera afectada alguna de las atribuciones legalmente conferidas, es decir, cuando los representantes legales de los eventuales menores o incapaces cuyos derechos se encontrasen presuntamente afectados omitieran actuar cuando ello resultase necesario, o cuando mediasen razones de orden público que excedieran el derecho que pudieran tener los representantes legales y la promoción tendiente a su defensa estuviese atribuida la Asesora Tutelar.

Concluyeron en que no aparecía acreditado en el expediente que los representantes legales del grupo de menores que asistirían al instituto educativo en cuestión hubiesen adoptado una postura reticente respecto de la defensa de éstos o que mediase una clara omisión en el interés de evitar que se produjera algún daño a la integridad física de sus representados, que hubiese intereses contrapuestos entre la representación legal y la promiscua, como tampoco un interés público predominantes. Por tal motivo



Expte. nº 12042/15

consideraron que la Asesora Tutelar carecía de legitimación para promover la pretensión en cuestión.

5. Contra dicha sentencia, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 219/229 vuelta).

Expresó que se encontraban afectados los derechos a la tutela judicial efectiva, a la salud, a la prioridad de los niños, niñas y adolescentes en políticas públicas porque de quedar firme la resolución de la Cámara los menores que concurrían a la escuela en cuestión "... se verían obligados a seguir permaneciendo en un ambiente donde no se garantizan las adecuadas condiciones de seguridad" (fs. 221, sin el resaltado original). Puntualizó que la decisión limitaba la intervención del asesor tutelar que le correspondía a través de la representación promiscua afectando el mandato establecido en el art. 125 y cc de la CCABA. Agregó que restringía su actuación en acciones de incidencia colectiva, insistió en que se trataba de un bien colectivo y que si se admitía que la asociaciones protectoras de derechos de los menores podían iniciar acciones colectivas, debía aceptarse la legitimación del Asesor Tutelar que era quien estaba encargado legalmente de su protección en el marco de la referida representación promiscua. Aclaró que se habían identificado los perjuicios concretos que atentaban la seguridad de los menores de la escuela en cuestión.

6. La Cámara concedió el recurso (fs. 237 y vuelta) sobre la base de que en la sentencia se había interpretado el alcance del art. 14 de la CCABA y del derecho a la educación.

7. A fs. 690 la Asesora General Tutelar presentó un escrito en el que acompañó una nota suscripta por padres de alumnos/as que concurrían a la escuela "Dr. Juan Balestra" y manifestó que aquéllos habían expresado "su decisión y voluntad de que sea este Ministerio Público Tutelar quien contin[uase] representando al colectivo de alumnos que asist[ían] a dicho establecimiento escolar".

8. Requeridos sus dictámenes, la Asesora General Tutelar se pronunció por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad.

Por su parte, el Fiscal General, consideró que correspondía rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Tutelar (fs. 243/246 vuelta y fs. 692/702, respectivamente).

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. De los términos de los “Resulta” se desprende que el Ministerio Público Tutelar ha planteado en el *sub lite* una cuestión constitucional acerca de la cual corresponde a este Tribunal expedirse (cf. el art. 113, inc. 3 de la CCBA y la doctrina de Fallos: 311:2478). Ello así en la medida en que está en juego el examen respecto de las posibilidades de representación a un conjunto de niños, niñas y adolescentes por parte del Asesor Tutelar, y en consecuencia, la existencia de una acción posible interpuesta por él.

2. La intervención judicial sólo puede sobrevenir en presencia de un caso promovido por parte legitimada. Ello supone la exigencia de una pretensión por quien se dice titular del derecho a requerirla al obligado que lo controvierte.

En el *sub lite*, se presenta la AT, con invocación del derecho “a la educación adecuada y a la integridad física” de los niños/niñas y adolescentes que concurren a la institución educativa en cuestión solicitando que se ordene al GCBA a ejecutar en forma urgente las obras relacionadas con los déficits de infraestructura y seguridad que están fundadas en derechos que, sostiene la AT, le asisten a los menores que concurren a la escuela en cuestión. Algunas encuentran sustento en normas que establecen obligaciones a cargo del gobierno (por ejemplo, condiciones de seguridad eléctrica empeoradas por la presencia de humedad y filtraciones); y otras pretensiones consisten en reclamos para mejorar las condiciones edilicias con fundamento en que pueden producir posibles afecciones a la salud (por ejemplo, por las filtraciones de desechos cloacales que descienden del sanitario del primer piso, fs. 8 vta.). El modo en que fueron presentadas las pretensiones, esto es, vinculadas a la seguridad y a la prestación del servicio, permiten descartar, como ocurrió en precedentes similares, la inexistencia de “caso” o “controversia” fundada en la especie del derecho reclamado (conf. doctrina en mi voto *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA), Expte. n° 9264/12, del 19/12/13; “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT n° 2 c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA), Expte. n° 9089/12, del 4/12/13, entre otros).

Aun cuando existiera un derecho posible de reclamar por parte legitimada, toda vez que en la sentencia recurrida los jueces entendieron que el AT no había mostrado encontrarse entre los supuestos que lo facultaban para iniciar la acción sin la concurrencia de los representantes legales (conf. punto 4 de los “resulta”), corresponde tratar aquí dicha cuestión.



Expte. nº 12042/15

Así, en este voto desarrollo las razones que justifican afirmar que el Ministerio Público Tutelar se encuentra facultado para iniciar la presente acción en representación del grupo de menores que concurren a la escuela en cuestión por las características de los derechos reclamados. Es que aquí se aplica la idea general de que la legitimación necesaria para tener derecho a que la acción sea tramitada no supone mostrar que se lo tiene a que la acción prospere, razón por la cual lo decidido no significa decisión alguna respecto a si le asiste o no el derecho que invoca.

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

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

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

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

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

paradójico, puesto que, por hipótesis, no existe el derecho y mal puede haber ejercicio de un derecho que no existe; pero, aun así, podemos distinguir entre el órgano que podría ejercerlo en el supuesto de existir y el que no es competente ni aun cuando el derecho exista.

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

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

La *legitimación*, por el contrario, puede provenir de normas externas, y ello ocurre frecuentemente. Por ejemplo, la legitimación para pedir la herencia vacante surge del art. 2441 del CCyC y antes del 3588 del CC. A su turno, la legitimación puede ser propia del Estado o bien, excepcionalmente, el Estado puede ejercer acciones de otro. Es el caso de las de la persona menor o incapaz, supuesto en el cual el estado puede representar a los intereses de la o las personas a las que el ordenamiento jurídico le acuerda derecho para accionar. La *competencia* del Asesor Tutelar en la CABA está establecida en la Ley Orgánica del Ministerio Público —la ley n° 1903²—, reglamentaria de los arts. 124 y 125 de la CCBA,

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

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



Expte. nº 12042/15

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

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

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

a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con

y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios (el resaltado me pertenece).

5. Asesorar a personas menores de edad e incapaces, inhabilitados/as y penados/as bajo el régimen del artículo 12 del Código Penal, así como también a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que pudieren resultar responsables por los actos de los/las incapaces, para la adopción de todas aquellas medidas vinculadas a la protección de estos/as.
6. Concurrir con la autoridad judicial en el ejercicio de las funciones y deberes que les incumben de acuerdo con la Ley Nacional Nº 26.657 y la Ley local 448 (Salud Mental) sobre internación y externación de personas.
7. Emitir dictamen en los asuntos en que sean consultados por los/las tutores/as o curadores/as públicos/as.
8. Citar y hacer comparecer a personas a sus despachos cuando, a su juicio, fuere necesario para pedir explicaciones o contestar los cargos que se les formulare, cuando se encontraren afectados los derechos de personas menores de edad o incapaces.
9. Inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y reeducación, sean públicos o privados, debiendo mantener informadas a las autoridades judiciales y, por la vía jerárquica correspondiente al Asesor o Asesora General Tutelar, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y médico propuestas para cada internado/a, así como respecto del cuidado y atención que se les otorgue.
10. Dictaminar en las causas sometidas a fallo plenario cuando la cuestión se refiera al derecho de las personas menores de edad o de los/las incapaces.

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”.

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

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

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

a) Cuando la representación del tutor o curador es inexistente por inacción o ausencia; o inapropiada porque conlleva a un conflicto de intereses con el representado. Aquí el AT no obra sólo respecto de lo irrenunciable sino de todos los derechos del asistido (art. 103, inc. b).

b) Cuando están en juego derechos que son irrenunciables por el menor por ser de orden público. Aquí la representación del AT no exige acreditar inacción de los representantes legales, pues puede actuar complementariamente. En otras palabras, cuando el orden público no quede satisfecho con la representación específica del tutor o curador por estimarla



Expte. nº 12042/15

insuficiente o viciada por intereses propios en conflicto con los del representado (art. 103, inc. a).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En síntesis, la ley nacional complementada por la local persigue dotar a la persona menor, o incapaz de un representante que vele por sus intereses, asegurando su participación en la medida que sus condiciones lo permitan y reservando la actuación del Estado, por medio de un órgano especializado, para aquellos supuestos en que la acción del representante es insuficiente o está teñida por sus propios intereses o cuando obra para asegurar derechos de orden público irrenunciables para los menores e incapaces (*conf. la doctrina en mi voto in re “GCBA s/ queja por recurso de*

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



Expte. n° 12042/15

inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA), Expte. n° 9264/12, del 19/12/13; "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT n° 2 c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA), Expte. n° 9089/12, del 4/12/13, entre otros, cit.).

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

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

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

4. Derechos en juego. Déficit de infraestructura y seguridad. Condiciones para que el Asesor Tutelar ejerza la acción como representante de los niños, niñas y adolescentes.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, presumiblemente, los alumnos de la Escuela Primaria de Jornada Completa N°17 DE. 10 "Dr. Juan Balestra", en cuya representación la AT actúa, serán en buena medida menores de edad y se encuentran cursando un ciclo de educación obligatoria, esto es, cumpliendo una obligación que pesa sobre sus representantes y también sobre el Estado local.

Reitero, que las pretensiones del AT en su demanda, algunas encuentran sustento en normas que establecen obligaciones a cargo del gobierno (por ejemplo, condiciones de seguridad eléctrica empeoradas por la presencia de humedad y filtraciones); y otras pretensiones consisten en reclamos para mejorar las condiciones edilicias con fundamento en que pueden producir posibles afecciones a la salud (por ejemplo, por las filtraciones de desechos cloacales que descienden del sanitario del primer piso, fs. 8 vta.).

4.1. Las pretensiones consistentes en obtener el cumplimiento forzado de normas de seguridad relativas, por ejemplo, a la instalación

eléctrica, a la presentación del plan de evacuación han venido presentadas como el objeto de un derecho a que quienes reciben educación pública y gratuita lo hagan sin quedar expuestos a riesgos que el orden jurídico busca conjurar, derecho cuyo objeto es indivisible y cuyos titulares son potencialmente representables por el AT. El Estado la ha organizado como un servicio público gratuito prestado en establecimientos del dominio del estado sujetos, a su vez, al deber de cumplir con normas de seguridad cuyo cumplimiento puede ser requerido por quienes asisten regularmente, pues no pueden ser sometidos a un riesgo que el orden jurídico no tolera. Ese derecho asiste al grupo de niños, niñas y adolescentes que concurren a las escuelas de la Ciudad, cuya concurrencia, además, es obligatoria.

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

A su turno, el derecho de los menores a la observancia de las condiciones de seguridad exigidas por la ley es de orden público, y por ende, irrenunciable, debiendo tanto los representantes legales “naturales” como la AT pedir lo que la ley manda —conf. punto 3.2.b) de este voto—.

4.2. Respecto de las pretensiones dirigidas a requerir mejoras de infraestructura en la escuela, en particular respecto de las filtraciones de desechos cloacales, fundadas en la afectación del derecho a la salud de los menores, en la medida en que vienen fundadas en que los derechos son de orden público —como lo hizo aquí el AT (ver fs. 4)—, aun cuando no se alegue la existencia de una norma específica que obligue al GCBA a realizar las respectivas reparaciones, corren la misma suerte que las referidas en el punto 4.1. (incumplimiento de normas de seguridad). No corresponde rechazarla *in limine*, porque durante el proceso el AT podría acudir a mostrar que vienen impuestas por la prestación del servicio público, por la seguridad o que efectivamente la omisión de realizar las reparaciones solicitadas impacta en la salud de los niños y niñas que obligatoriamente concurren al establecimiento. Es que aquí se aplica la idea general de que la legitimación necesaria para tener derecho a que la acción sea tramitada no supone mostrar que se lo tiene a que la acción prospere.

En ese contexto, coincido con el Dr. Casás (v. punto 4.3) y con la Dra. Conde (v. punto 2.3) en que corresponde admitir que el Asesor Tutelar demande autónomamente en representación de los menores cuando la pretensión está dirigida a reclamar al GCBA el cumplimiento de condiciones



Expte. nº 12042/15

de seguridad e infraestructura que el ordenamiento jurídico le impone o que vienen impuestas por las características del servicio.

5. La presentación de la AGT a fs. 690 mediante la cual adjunta una nota de los padres que dice “*expresan su decisión y voluntad de que sea este Ministerio Público Tutelar quien continúe representando al colectivo de alumnos que asisten a dicho establecimiento escolar*”, no asigna al AT las funciones de patrocinante de los representantes legales, en tanto no es una atribución de esta rama del MP sino corresponde a la Defensoría Pública —si se dan las condiciones específicas para que pueda actuar—. Sin embargo, cabe aclarar que la acción de aquellos, en el supuesto de que vinieran debidamente patrocinados, no desplaza la que ejerce el AT cuando actúa en defensa de derechos indivisibles e irrenunciables.

6. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la AGT, revocar la sentencia de la Cámara y en consecuencia, disponer que continúe el trámite del presente proceso.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido presentado en legal tiempo y forma y correctamente concedido por la Cámara, toda vez que el recurrente plantea un genuino caso constitucional, fundado en la garantía de acceso a la justicia, y en las facultades del Ministerio Público tutelar para iniciar acciones colectivas en nombre de sus representados (art. 43 CN y arts. 14 y 125 CCABA).

2. La cuestión a resolver versa sobre la **legitimación del Ministerio Público Tutelar** para iniciar acciones colectivas como la de autos, en forma autónoma y sin intervención —en carácter de parte— de los representantes legales de las personas menores de edad y de las personas con capacidad restringida y con incapacidad.

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

a) La legitimación activa en las **acciones individuales** en defensa de los derechos de las personas menores de edad y de las personas con capacidad restringida y con incapacidad, está regulada por el nuevo Código

Civil y Comercial, según el cual —recogiendo los postulados de la doctrina procesal clásica— el ejercicio de la acción compete al titular del derecho afectado, por sí o a través de sus representantes legales o necesarios (art. 100 CCivCom). En esos casos, la intervención del Ministerio Público es (por regla) complementaria de la que ejercen los representantes legales, pero ante la ausencia, carencia, inacción o defectuosa actuación de los representantes legales [supuestos que deben ser acreditados, conforme el apartado 3º de mi voto en “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte.nro. 9089/12, sentencia del 04/12/2013], el Ministerio Público puede actuar judicialmente en forma principal o autónoma (art. 103 CCivCom).

b) Distinto es el caso de las **acciones colectivas**, que no están reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación, y respecto de las cuales existen diversos principios y normas en otros plexos normativos (como los arts. 43 CN y 14 CCABA) que postulan una legitimación amplia y/o anómala, con el objeto de facilitar el acceso y la protección judicial de los derechos colectivos, y a la vez lograr que sean representados en forma adecuada.

En el ámbito local, una interpretación sistemática y armonizadora de las **normas contenidas en la Constitución porteña y la ley n° 1903**, nos permiten sostener que el Ministerio Público Tutelar está legitimado para iniciar, en forma autónoma, acciones judiciales en protección de derechos colectivos de sus representados. Y en tal sentido, cabe destacar lo siguiente:

a) si el art. 14 CCABA le reconoce legitimación activa a “*cualquier habitante*” para iniciar un amparo colectivo, más aún al organismo público al que el plexo normativo (constitucional y legal) le confirió la obligación de defender los derechos de las personas menores de edad y de las personas con capacidad restringida y con incapacidad. En tal sentido, cabe mencionar que el art. 125 CCABA establece que son funciones del Ministerio Público, entre otras, “*promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad*” y “*procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social*”, lo que resultaría compatible con la tesis que le reconoce legitimación para iniciar acciones judiciales en defensa de derechos que, como en el caso, exceden lo individual y afectan el interés general [en sentido concordante, ver Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Justicia colectiva*”, pág. 160/162, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010].

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

b) El reconocimiento de legitimación y competencia al Asesor Tutelar para accionar judicialmente en forma autónoma y en defensa de los



Expte. nº 12042/15

derechos colectivos de sus representados, considero que es la solución más acorde a la obligación estatal (consagrada expresamente en el art. 12 inc. 6 CCABA) de asegurar el pleno **acceso a la justicia** de las personas menores de edad y de las personas con capacidad restringida y con incapacidad de los sectores más vulnerables, que suelen ser los principales afectados por las falencias en los sistemas de salud y educación públicos, pues sus condicionamientos económicos les impide reemplazar esas prestaciones con similares ofrecidas en el sector privado.

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

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

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

Es decir, para que se le dé trámite a una acción colectiva, el Asesor Tutelar deberá argumentar (i) que la pretensión planteada involucra en forma concreta derechos de incidencia colectiva de sus representados, y no situaciones de carácter netamente individual; (ii) que no existen medidas y/o acciones adoptadas por los representantes legales de las personas menores

de edad y de las personas con capacidad restringida y con incapacidad, y que resulten contrarias a la finalidad perseguida por el Asesor mediante la acción judicial pertinente; (iii) que el demandado haya incumplido una obligación jurídica concreta y exigible a cargo de la parte demandada; y (iv) que la acción judicial no constituye una intromisión en cuestiones reservadas al ámbito de la Administración, sujetas a su poder discrecional y a sus facultades para definir políticas públicas de acuerdo a los recursos existentes y la escala de prioridades.

2.3. En su demanda, la Asesoría Tutelar expresó: *“conforme la naturaleza colectiva del derecho afectado y en orden a lo dispuesto por el artículo art. 49 inc. 2 de la Ley 1.903 (Ley de Ministerio Público) me encuentro legitimada a promover la presente acción para la protección de los derechos de los alumnos/as de la Escuela Balestra, constituyendo todos/as ellos/as el "grupo" o "clase" afectado por la riesgosa instalación eléctrica y numerosas filtraciones”* (fs. 2vuelta/3).

En el marco de una acción colectiva como la presente, no es necesario que se individualicen casos concretos de menores o incapaces —como lo pretende la Ciudad—, pues el proceso colectivo no está orientado a tutelar determinadas situaciones individuales, sino a resguardar los derechos o intereses del grupo de personas afectadas por una conducta (activa u omisiva). Por lo tanto, lo que resulta exigible al Ministerio Público Tutelar es que demuestre que los derechos de las personas que representa podrían ser afectados por la conducta estatal denunciada en autos, y a tal efecto nada aporta la identificación concreta de los alumnos de la escuela, ya que, por tratarse de un establecimiento educativo de educación media, es evidente que allí asiste, al menos, un colectivo de personas menores de edad.

En conclusión: por éste y los motivos desarrollados en los apartados anteriores, y habida cuenta que el accionante interviene en defensa de los derechos a la salud e integridad física de las personas menores de edad y de las personas con capacidad restringida y con incapacidad que sean alumnos de la Escuela Primaria de Jornada Completa N° 17 D.E. 10 sita en la calle Arcos 2440, que se verían afectados por una situación de hecho que incide en forma homogénea, debe desestimarse el planteo del GCBA orientado a desconocer la legitimación del Ministerio Público Tutelar para impulsar la presente acción colectiva.

3. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por: hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de la Cámara y, en consecuencia, disponer que continúe el trámite del presente proceso.



Expte. n° 12042/15

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Comparto la solución que propician en su voto los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, consistente en hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Ministerio Público Tutelar, revocar la sentencia de Cámara y, en consecuencia, disponer que continúe el trámite del presente proceso.

2. Tal como surge de los “resultas” precedentes, el Ministerio Público Tutelar interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 03 de octubre de 2014 que revocó la decisión de grado, declaró la falta de legitimación activa del Ministerio Público Tutelar para promover la acción y, en consecuencia, rechazó el amparo promovido (fs. 200/202).

En su apelación extraordinaria, la actora sostiene que la Cámara restringió indebidamente su legitimación para interponer acciones colectivas. Al respecto, aduce que la deficiente infraestructura del establecimiento afecta sin excepción a todos los alumnos que concurren a la escuela en cuestión y que su legitimación para accionar en esta causa surge puntualmente del derecho de fondo.

El recurso ha sido correctamente concedido pues en autos quedó configurada una cuestión constitucional vinculada con la invocada afectación del derecho de defensa del grupo en nombre del cual el Ministerio Público Tutelar interpuso la demanda (arts. 13.3, CCABA y 18, CN) y de las previsiones contenidas en el art. 14 de la CCABA.

3. En primer lugar, corresponde analizar si se verifica una controversia judicial que habilite la potestad de juzgar la cuestión que se trae a conocimiento del Tribunal.

Al respecto cabe destacar que el objeto de la acción incoada consiste en que el GCBA cese en su omisión de garantizar condiciones edilicias adecuadas y seguras en la Escuela Primaria de Jornada Completa N° 17 D.E. 10 “Dr. Juan Balestra”. En particular, detalló las obras que, a su entender, resultan necesarias para resguardar la integridad física de los menores que concurren a dicho establecimiento: refacción de los sanitarios de la planta baja, primer y tercer piso, reacondicionamiento integral de la instalación eléctrica, impermeabilización de la azotea y refacción de cielorrasos y, por último, presentación del plan de obra (cf. acápites I “objeto” y V “El incumplimiento antijurídico del GCBA: la conducta ilegal impugnada”, de la demanda).

En sustento de su pretensión adujo que existe un peligro concreto y actual de posibilidad de incendio por el deficiente estado de la instalación eléctrica (sumado a la grave presencia de humedad y filtraciones en todo el establecimiento) así como posibles afecciones a la salud por las filtraciones de desechos cloacales que descienden del sanitario del primer piso (fs. 8 vuelta).

Así las cosas, en la medida en que no se alude al mandato genérico del Estado de brindar seguridad pública consagrado a nivel constitucional como simple obligación de medios mínimos sino que se invocan deficiencias de infraestructura que comprometen la seguridad dentro de una escuela de gestión estatal local, la pretensión objeto de autos configura una controversia judicial susceptible de ser resuelta por el poder judicial —a diferencia de lo decidido en los autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT n° 2 c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. n° 9264/12, sentencia del 19/12/2013—. Ello así, sin perjuicio de lo que se decida en su hora sobre el progreso o no de la demanda, tal como también advierte el Dr. Lozano en el punto 2 de su voto.

4. Dada la conclusión a la que se arribó en el punto precedente, corresponde tratar el agravio del MPT dirigido a cuestionar la decisión de la Sala II del fuero CAyT que le negó legitimación para solicitar judicialmente la realización de las obras necesarias para resguardar la seguridad de las personas menores de edad que concurren al establecimiento en cuestión.

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

El Sr. Asesor Tutelar interpuso acción de amparo contra el GCBA con sustento en el art. 14, segundo párrafo, de la Constitución local y en los arts. 53, incisos 2 y 4 de la ley n° 1903 en resguardo del derecho de los alumnos que concurren a la escuela referida de asistir a la misma en condiciones seguras, derecho que calificó como colectivo (fs. 1 vta.).

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



Expte. n° 12042/15

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

En este orden de ideas, el art. 103 CCCN establece que la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

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

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

4.3 En este sentido, el objeto de este juicio es tutelar la integridad física de los menores que asisten a la escuela “Juan Balestra” y, a tal fin, se requiere que se subsanen presuntas deficiencias en materia de seguridad advertidas a raíz de la actuación extrajudicial del Ministerio Público Tutelar.

Es decir, la Asesoría Tutelar actuando extrajudicialmente —en virtud de las facultades que le asigna la ley n° 1903— pudo detectar diversas irregularidades que presentaría el nosocomio en materia de seguridad (cf. fs. 19, 100 y 121) y, a partir de ello, inició la presente demanda a fin de obtener la subsanación de ellas en resguardo de la seguridad de quienes asisten a la escuela mencionada.

Ello demuestra que habría resultado sumamente difícil para los representantes legales necesarios de los menores acceder a la información que da sustento al objeto de la demanda.

A la par, condicionamientos socio culturales pueden constituir un impedimento para acceder a la justicia en resguardo de un colectivo de personas, tal como ponen de manifiesto algunos de los padres de los menores en la nota obrante a fs. 678/679.

Es que la *inacción* de ellos puede verificarse no solo ante cualquier omisión negligente sino cuando, como en este caso, la información necesaria para detectar una afectación de los derechos de sus

representados, y así poder obrar en consecuencia, resulta de difícil obtención e interpretación técnica, aun para quien actúa de modo diligente según parámetros medios de lo que es habitual exigir. Del mismo modo, llevar adelante un proceso colectivo podría importar para ellos una carga excesivamente gravosa. Sin perjuicio, claro está, de que —si así lo decidieran— podrían presentarse con el correspondiente patrocinio letrado propio.

A ello se agrega, tal como destacan la Dra. Conde y el Dr. Lozano (ver en lo pertinente los puntos 2.3 y 4, respectivamente, de sus votos), que los derechos que invoca el MPT nacen de deberes específicos exigibles que obligan al GCBA a garantizar la seguridad dentro de la escuela en cuestión (ver punto 3 de este voto), circunstancia que permite descartar la existencia de intereses encontrados con los restantes representantes legales primarios de los menores y me exime de realizar indagaciones en tal sentido.

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

4.4 En este contexto, no encuentro óbices en esta causa para reconocer la legitimación del MPT para actuar de modo principal en nombre de las personas menores de edad que concurren a la escuela referida, con sustento en lo previsto en las normas de fondo, actualmente, el art. 103, apartado b, párrafo i) del Código Civil y Comercial de la Nación, y en sentido similar en el artículo 53, incs. 2 y 4, ley n° 1903.

5. Por las razones expuestas, voto por: hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Ministerio Público Tutelar, revocar la sentencia de Cámara y, en consecuencia, disponer que continúe el trámite del presente proceso.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El art. 20 de la ley n° 2145 enumera cuáles son las resoluciones apelables en el marco del proceso de amparo. Esto implica establecer la competencia de la Cámara en relación con la revisión de decisiones de la instancia inferior, al tiempo que fija cuándo las partes disconformes con una decisión que los afecta pueden acudir a ella por la vía del recurso de apelación, y cuándo tienen vedado ese acceso.



Expte. n° 12042/15

Conviene entonces transcribir la norma citada, que dispone: “Todas las resoluciones son inapelables, excepto la sentencia definitiva, el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares.

De la transcripción efectuada se extrae que la disposición, tras establecer como regla general que las decisiones recaídas en los procesos de esta clase son inapelables, prevé taxativamente (“excepto”) que sólo podrá articularse la apelación en alguno de los seis supuestos que enumera, sin establecer otras excepciones.

La solución —que puede merecer defensas o reparos— es la decisión que el Poder Legislativo adoptó al regular el procedimiento del amparo. No puede soslayarse, además, que el carácter inapelable de las resoluciones como la que adoptara el juez de primera instancia a fs. 155/157 vuelta no implica que sean irrecurribles. Esto es, si lo resuelto pudiera ser encuadrado en un caso constitucional, la parte afectada que entiende lesionadas garantías, derechos o principios consagrados en tratados internacionales, en la Constitución Nacional y/o en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires puede plantear recurso de inconstitucionalidad, a fin de habilitar la intervención del Tribunal Superior.

2. La decisión de primera instancia —que rechazó el planteo de falta de legitimación activa— no estaba entre las excepciones enumeradas en el art. 20 de la ley n° 2145. Sin embargo, los jueces *a quo* trataron el recurso de apelación que la fiscalía interpuso contra aquella decisión, y la revocaron.

La Cámara no efectuó análisis alguno del precepto legal involucrado y omitió aplicarlo sin declarar su inconstitucionalidad.

3. La introducción de la Sala II al tratamiento de la apelación articulada se aparta arbitrariamente de la pauta legal que regula el acceso a su sede cuando se trata de este tipo de acciones y configura, entonces, un exceso de jurisdicción que resulta lesivo del derecho de defensa de la accionante (art. 18 CN) y da sustento suficiente a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad por ella articulado.

4. De acuerdo a las consideraciones precedentes, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del Ministerio Público Tutelar (fs. 219/229 vuelta), revocar la sentencia de Cámara de fs. 200/202 y declarar mal concedido el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia de fs. 155/157 vuelta. Con costas en el orden causado porque todas las partes

letradas intervinientes son funcionarios/as y agentes del Estado local. **Así lo voto.**

La juez Inés M. Weinberg dijo:

La cuestión en cuanto a la falta de legitimación de la Asesoría Tutelar en el presente caso resulta sustancialmente análoga a la decidida en mi voto de la causa “Asesoría Tutelar n° 2 ATCAYT 212/12 s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” expte. 12412/15 a cuyos términos me remito en honor a la brevedad, motivo por el cual y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 219/229 y la demanda.

Así lo voto.

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

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

- 1. Hacer** lugar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Tutelar.
- 2. Revocar** la sentencia de fs. 200/202 y **disponer** que continúe el trámite del presente proceso.
- 3. Mandar** que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.



Expte. n° 12042/15