



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Expte. N° 12083/15 “Fernández, Claudio Alberto s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Fernández, Claudio Alberto c/ GCBA y otros s/ incidente de apelación”

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.- OBJETO

Llegan las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a efectos de dictaminar respecto del recurso de queja y, en su caso, en relación con el recurso de inconstitucionalidad denegado, planteados por la parte actora (cfr. fs. 17, punto 2 del expte. de la queja).

II.- ANTECEDENTES

Entre los antecedentes de interés surge que el Sr. Claudio Alberto Fernández, por derecho propio, interpuso una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), requiriendo que *“...se ordene a la demandada [le] provea solución habitacional definitiva que garantice condiciones dignas, seguras y adecuadas de habitabilidad... Para el caso que se [le] otorgara una vivienda en propiedad bajo la modalidad crediticia, solicit[ó] que en la sentencia se provea que el crédito a otorgarse sea suficiente para adquirir una vivienda [con las mismas condiciones] o, en su defecto, que cubra el costo total de un terreno, el material y la mano de obra para la construcción de una vivienda nueva. Asimismo solicit[ó] el establecimiento de cuotas especiales que se adecuen en cuanto a los montos a la situación de vulnerabilidad en la que [se]*

encuentre" (cfr. fs. 2/vta. del incidente N° A1688-2014/1, al que se referirán las citas que siguen, salvo disposición en contrario).

Requirió cautelarmente que se le proveyera de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, de conformidad con los parámetros brindados por la Observación N° 4 o, en su caso, su inmediata incorporación a alguno de los programas habitacionales vigentes, que brindara una solución habitacional adecuada a sus requerimientos y, de consistir en un subsidio, fuera otorgado en forma inmediata y le permitiera abonar de manera íntegra el valor de un lugar en condiciones dignas (cfr. fs. 2 vta.). Por último, planteó la inconstitucionalidad del art. 5 del Dec. N° 690/06, art. 3 del Dec. N° 960/08, art. del Dec. 167/11 y art. 1 del Dec. N° 239/13 (cfr. fs. 27 vta.).

En su presentación, el actor relató que era un hombre solo, de 53 años, toxicómano y en situación de calle. Señaló que se encontraba internado en la Fundación Araucaria, bajo tratamiento médico por consumo de sustancias psicoactivas.

Respecto a su situación personal, indicó que nació en esta Ciudad de Buenos Aires y vivió con sus abuelos, siempre de manera precaria pero suficiente para cubrir las necesidades de alojamiento. Mencionó que a sus 15 años debió hacerse cargo de su grupo familiar, toda vez que su abuelo sufrió un paro cardiorrespiratorio y tuvo que dejar de trabajar; ello, lo obligó a abandonar sus estudios y continuar la práctica del oficio de su abuelo, prestando tareas como plomero.

Aclaró que en el año 1982 comenzó a trabajar en una fábrica de mosaicos como empleado administrativo, en donde conoció a Viviana Judith



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

Cabanchik, con quien formó pareja y, luego de unos meses, se fueron a vivir a Mar del Plata. Allí tuvieron una hija -Tatiana Oriel Fernández Cabanchik-. Después de un tiempo, debido a necesidades laborales volvieron a esta ciudad y el actor comenzó a prestar tareas en el rubro gastronómico, como cocinero, en el Edificio Nacional de Migraciones, durante 7 años, hasta que lo desvincularon. Con motivo de ello, obtuvo una la indemnización con la que compró mercadería y comenzó a trabajar en la venta ambulante de comidas, pero ello resultó insuficiente para mantener el estilo de vida, lo cual generó varias discusiones con su esposa. En consecuencia, ella decidió finalizar la relación y regresar a Mar del Plata llevándose a su hija, por lo que desde entonces perdió todo tipo de contacto con ambas.

Tiempo después, conoció a Claudia Berelejes con quien formó pareja, pero debido a un accidente automovilístico ella perdió la vida. Frente a esa situación, se encontró inmerso en un estado depresivo que lo llevó a abusar de sustancias psicotrópicas, cuya ingesta se prolongó los siguientes 4 años. Debido a ello, deambulaba en la vía pública y subsistía a través de lo percibido como "trapito".

Luego de ello, se internó en la Comunidad Terapéutica "El Reparó" de San Miguel, donde recibió contención durante 6 meses. Después le ofrecieron trabajo y hospedaje en un kiosco; sin embargo, recayó en sus problemas de consumo y lo despidieron. En consecuencia, volvió a deambular por varios hogares y paradores.

En el año 2007, conoció a María Oller Drago, con quien comenzó a convivir en un departamento de su propiedad ubicado en Pasteur y Tucumán, pero ella fue detenida por comercialización de estupefacientes y

los años siguientes el actor debió hacerse cargo de los hijos de su novia, trabajando en changas de venta ambulante y albañilería. Luego de recobrar la libertad, María no quiso seguir la relación y lo echó de su casa.

Por ello, recurrió al GCBA y fue incorporado al Programa Familias en Situación de Calle. Gracias a ello, sumado a las changas que realizaba, logró cubrir los gastos de alquiler y finalizar sus estudios secundarios. También, se inscribió en la UBA en la carrera de Trabajo Social. Al finalizar dicho beneficio, volvió a encontrarse en situación de calle y no tuvo más remedio que alojarse en paradores.

Respecto a su adicción, mencionó que su situación se agravó y comenzó a experimentar con sustancias, generando la pérdida de su conocimiento durante varios días y deambulaba por la calle. Esta situación conllevó a solicitar su internación ante el SEDRONAR a través de la Fundación Araucaria, donde actualmente se encuentra bajo tratamiento, pero nuevamente encontrándose en inminente situación de calle.

En cuanto a sus ingresos, refirió que los mismos se conformaban únicamente de \$ 340 por el beneficio "Ciudadanía Porteña", el cual resultaba insuficiente para su alimentación y alojamiento. Finalmente, aclaró que se inscribió en los cursos de capacitación que brindaba el Programa de Formación e Inclusión al Trabajo del GCBA.

Con fecha 20 de marzo de 2014, el Sr. Juez de primera instancia resolvió conceder la medida cautelar solicitada *"...ordena[ndo] al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Ministerio de Desarrollo Social) que en FORMA INMEDIATA o en su defecto en un plazo no mayor a dos (2) días de notificada la presente, garantice al actor una vivienda digna para su*



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

hospedaje, incluyéndolo dentro de alguno de los planes existentes, debiendo, en caso de otorgarse un subsidio, las cuotas que se abonen cubrir en todos los casos en forma íntegra el valor de la vivienda. Todo ello, con especial atención al estado de su salud, debiendo arbitrarse los medios necesarios para que pueda acceder a una vivienda acorde que permita el debido tratamiento de sus adicciones, y hasta tanto se resuelva en forma definitiva y firme en estas actuaciones...” (cfr. fs. 75/77).

Contra esta decisión, el GCBA interpuso recurso de apelación (cfr. 81/88) y, por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, con fecha 16 de octubre de 2014, resolvió -por mayoría- admitir el recurso interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto la medida cautelar concedida en la instancia de grado, con costas por su orden (cfr. fs. 111/112 vta.).

Para así decidir, los magistrados entendieron que de las constancias de autos no surgía acreditada la situación de vulnerabilidad social del peticionario, en tanto se trataba de un hombre que al momento de iniciar la demanda indicó tener 53 años de edad y que, según surgía de los términos de su presentación, su estado de salud, en principio, no le impediría procurarse su propia subsistencia. Por otro lado indicaron, en cuanto a su educación, que el actor había culminado los estudios secundarios, obteniendo el título de Perito Auxiliar en Acción Social, en el Centro Educativo de Nivel Secundario (CENS N° 16 nocturno) dependiente del Ministerio de Educación de la CABA y que a su finalización, se había inscripto en el CBC de la UBA en la carrera de Trabajo Social, con el fin de mejorar su formación profesional y sus opciones laborales (cfr. fs. 111 vta.).

Contra esa resolución, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, desarrollando los siguientes agravios: **a)** arbitrariedad de sentencia; **b)** el fallo cuestionado afectó los derechos esenciales a una vivienda digna y a la salud como así también al principio constitucional de no regresividad de los derechos; **c)** la resolución desconoció la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentra el actor; **d)** violaba el principio de legalidad y al principio de congruencia; **e)** la sentencia era arbitraria pues se apoya en presunciones e inducciones sin base legal; y **f)** violaba de la tutela judicial efectiva (cfr. fs. 116/143).

Con fecha 17 de marzo de 2015, el Tribunal de Alzada declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, considerando que *“el recurso se dirige contra una decisión cautelar dictada en el curso del proceso [el que] no constituye sentencia definitiva”*. Por otro lado, señalaron que *“no surge acreditado que la sentencia de esta sala le produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva”*. Asimismo, rechazó el planteo de arbitrariedad articulado (cfr. fs. 161/162).

Contra esa resolución, la parte actora interpuso recurso directo ante el TSJ (cfr. fs. 1/10 vta. del expte. de la queja). En tales condiciones, se dispuso correr vista a esta Fiscalía General (cfr. fs. 17, punto 2).

III.- ADMISIBILIDAD DE LA QUEJA

En cuanto a la admisibilidad de la queja, cabe señalar que la misma fue presentada en plazo, por escrito y ante el TSJ (cfr. art. 33 de la Ley N° 402 y 23 de la Ley N° 2145). Sin embargo, el recurso no puede prosperar, por no cumplir con el requisito de dirigirse contra una sentencia definitiva o



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

equiparable a tal (art. 27 de la Ley N° 402).

En ese sentido, si bien la parte actora expuso que lo resuelto “*implica necesariamente retrotraer la situación al momento del inicio de la presente acción, colocándolos nuevamente en efectiva situación de calle, con los consecuentes agravios a la salud, integridad física, dignidad y vida*” (cfr. fs. 5 de la queja), no han demostrado por qué podría constituir un supuesto que por sus alcances resulte equiparable a sentencia definitiva, en tanto “*causan un agravio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior*” (Fallos 295:646; 308:90; 314:1202; 319:1492, entre muchos otros). Máxime, si se tiene en cuenta que el actor, según sus propias manifestaciones al momento de iniciar la presente acción, se encontraba internado en una fundación, lo cual demuestra que no estaba en efectiva situación de calle.

El Tribunal Superior ha dicho en numerosas oportunidades que los pronunciamientos que acuerdan o deniegan medidas cautelares, incluso los dictados en procesos de amparo, no constituyen la sentencia definitiva prevista en el art. 27 de la ley 402, aunque pueden eventualmente ser equiparados a ella cuando esté en juego un gravamen de imposible reparación ulterior (cfr. TSJ en “Pérez Molet, Julio Cesar c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA)”, Expte. N° 5872/08, sentencia del 27 de agosto de 2008, y su progenie).

Por este motivo, corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva (como en el caso) la carga de *invocar y probar* las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del

Tribunal Superior en este sentido del proceso¹.

En el presente caso, la parte recurrente ha argumentado que la decisión debe equipararse a una definitiva pues la sentencia de la Cámara, al revocar la decisión de grado que había otorgado la medida cautelar solicitada, le causa un manifiesto gravamen actual que, por sus características, resulta ser de tardía, insuficiente, difícil o imposible reparación ulterior.

Sin embargo, puede advertirse que se limita a esa mención, que no sólo es conjetural sino que, además, no viene acompañada de prueba alguna que la acredite, lo que impone la confirmación del rechazo de la cautelar solicitada.

En este sentido, entiendo que asiste razón a los integrantes de la Sala II cuando, a la hora de rechazar el recurso de inconstitucionalidad, indicaron que el recurrente no había cumplido con la carga de probar e invocar la equiparación a definitiva de la decisión, en tanto *"...de los fundamentos expuestos por la parte recurrente... no surge acreditado que la sentencia de esta sala le produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva"* (cfr. fs. 162).

Sin perjuicio de ello, soy de la opinión de que hay razones adicionales que motivan el rechazo del recurso, y es que no verifica la concurrencia de un caso constitucional en los términos del art. 27 de la Ley N° 402.

En efecto, la Cámara, para resolver del modo en que lo hizo, tuvo en

¹ Cfr. sentencia del TSJ, Expte. N° 2570/03 y su acumulado Expte. N° 2461/03, 17/12/2003; entre tantos otros.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

cuenta la situación de hecho que rodeaba al actor y la prueba adjuntada respecto de él, ponderando que, de su análisis, no se habrían allegado elementos de juicio sobre cuya base se compruebe que el peticionario se encontraría, en principio, dentro de una situación de vulnerabilidad (cfr. considerando 5 de la sentencia de fs. 111/112 vta.).

En efecto, el recurrente sostiene que se han violado en el caso una serie de derechos y principios constitucionales que enumera, tales como el principio de legalidad, debido proceso, razonabilidad y supremacía constitucional pero, lo cierto es que, bajo esos ropajes, en realidad cuestiona el modo en que la Cámara valoró la situación fáctica y la prueba.

Esto pone en evidencia que la discusión, en el presente caso, gira en torno a si se halla probada o no la situación de vulnerabilidad del amparista, cuestión que, al menos del modo en que ha sido planteada, no suscita agravio constitucional alguno.

En estas condiciones, se impone la jurisprudencia del TSJ que, desde sus primeros precedentes ha remarcado que *“cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales”*². Por su parte, la Corte Suprema ha remarcado, con referencia al recurso extraordinario, pero en doctrina que resulta de aplicación al recurso de inconstitucionalidad *mutatis mutandi*, que *“[l]as cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal -materia propia*

de los jueces de la causa- no son susceptibles de revisión por la vía excepcional del art. 14 de la ley 46, máxime cuando la sentencia se sustenta en argumentos no federales que, más allá de su posible acierto o error, resultan suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad”³.

Por último, cabe recordar que la fundamentación del recurso de inconstitucionalidad que se apoya en la causal de arbitrariedad de la sentencia debe ser estricta, requiriéndose la demostración de una absoluta carencia de fundamentación, apartamiento indudable de la solución prevista para el caso o deficiencias lógicas del razonamiento. La CSJN enfatizó en este sentido que la doctrina de la arbitrariedad, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos 303:387*) y, en el presente, los recurrentes no han logrado demostrar la ausencia de logicidad en la sentencia y, por tanto, que sea arbitraria.

IV.- PETITORIO

Por lo expuesto precedentemente, opino que correspondería que el Tribunal Superior de Justicia rechace el recurso de queja intentado por la parte actora.

Fiscalía General, 23 de julio de 2015.
DICTAMEN FG N° 371 -CAYT/15



Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

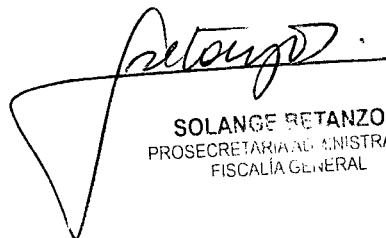
² TSJ, Expte. N° 1923/02 del 19/2/2003.

³ CSJN, *Fallos 330:4770*. Cfr., asimismo, el reciente Dictamen FG N° 91/14, recaído en el Expte. N° 10631/14 “Valdazo, Carlos Alberto s/ queja por recurso de inconstitucionalidad



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.


SOLANGE RETANZOS
PROSECRETARIA ADMINISTRATIVA
FISCALÍA GENERAL

denegado en: Valdazo, Carlos Alberto c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", de fecha 9/5/2014.

