



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

Expte. N° 12511/15 “Nievas, Diana María s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Nievas, Diana María c/ GCBA 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, ambos interpuestos por la parte actora (cfr. fs. 17, punto 2.).

II.- ANTECEDENTES

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que la Sra. Diana María Nievas, por derecho propio, interpuso una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), en resguardo de los derechos constitucionales a la vida, a la salud, a la vivienda, a un nivel de vida adecuado y, en definitiva, a la dignidad inherente a todo ser humano, frente a la ilegal y arbitraria conducta de la parte demandada, que le negaría una asistencia habitacional adecuada pese a encontrarse en un estado de máxima vulnerabilidad (cfr. fs. 1/31 del Expte. N° A31285-2014/1, al que se referirán las próximas citas, salvo aclaración en contrario).

Asimismo, solicitó como medida cautelar que se ordene al GCBA su incorporación a los programas creados para conjurar su condición, los que deberían proveer “una prestación que comporte un auxilio cierto, concreto y suficiente para el acceso a un alojamiento que reúna las condiciones dignas de habitabilidad” (cfr. fs. 2 y 28).

En cuanto a su situación personal, señaló que se encontraba en inminente situación de calle y sin recursos económicos para afrontar el pago de un sitio donde vivir.

Indicó que nació en el año 1973 en la Pcia. de Mendoza y que a muy temprana edad decidió venir sola a esta Ciudad de Buenos Aires, sin poder finalizar sus estudios primarios ya que tuvo que abandonar su hogar debido a los abusos sufridos y la violencia que existía en su seno familiar. Además, refirió que era transexual y que debió luchar contra la discriminación desde muy pequeña.

Aclaró que no logró obtener ningún empleo y atravesó un extenso período de efectiva situación de calle, pernoctando en diversos lugares. Un tiempo después, logró tener un empleo como empleada doméstica en casas de familia, pero como el dinero no le alcanzaba no pudo alquilar ninguna habitación. Recién en el año 1994 logró alquilar una vivienda en el barrio de Balvanera durante varios años.

En el año 2013 fue asistida por el Ministerio de Desarrollo Social y percibió el subsidio del Programa de Atención para Familias en situación de calle. Ese dinero le permitió continuar con el alquiler de la habitación donde vivía, pero al finalizar el beneficio contrajo una deuda de \$ 4.000, por lo que



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

fue intimada de pago con riesgo de ser desalojada.

Mencionó que era titular del Programa Ciudadanía Porteña Con Todo Derecho, por la suma de \$ 200, y en ciertas oportunidades recibía yerba y azúcar por parte de personal de los supermercados "Día %". Asimismo, comentó que se encontraba cursando el primer ciclo de la escuela primaria, turno noche, en la Escuela 1, D. E. 6.

Finalmente, en cuanto a su salud mencionó que padecía hernia de hiato, gastritis cónica, una vórice y un quiste maligno, lo cual le impedía que pudiera realizar movimientos que requirieran fuerza, ya que los dolores que sufría eran de gran intensidad, conjunto con inflamación y malestar generalizado. Por todo ello, era asistida en el Hospital General de Agudos "Dr. Juan A. Fernández", en donde le brindaban medicamentos y le realizaban estudios diversos.

Con fecha 14 de noviembre de 2014, el Sr. Juez de Primera Instancia resolvió conceder la medida cautelar solicitada y en consecuencia ordenó al GCBA *"arbitrar los medios necesarios a fin de abonar a DIANA MARIA NIEVAS ... el subsidio habitacional previsto en el decreto 690-GCBA-2006 (modificado por los decretos 960-GCBA-2008, 167-GCBA-11 y 239-GCBA-2013) otorgando una suma que cubra dichas necesidades de acuerdo al actual estado del mercado, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa, haciéndole saber que deberá informar a [ese] Juzgado el cumplimiento de la medida adoptada, dentro del plazo de tres (3) días ..."* (cfr. fs. 59/61).

Contra esta decisión, el GCBA interpuso recurso de apelación (cfr.

fs. 69/76) y la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió, con fecha 17 de marzo de 2015, admitir el recurso deducido y, en consecuencia, revocó la medida cautelar apelada (cfr. fs. 97/vta.).

En consecuencia, la actora dedujo recurso de inconstitucionalidad, alegando que se violaban sus derechos constitucionales a una tutela judicial efectiva, al principio de congruencia, al principio de legalidad, debido proceso, razonabilidad y supremacía constitucional. Asimismo, planteó los siguientes agravios: a) violación al principio de congruencia, por haber suplido la Sala la actividad del GCBA, ya que sólo podría pronunciarse respecto de los agravios propuestos; b) inversión del onus probandi; c) la Alzada exigió el cumplimiento de requisitos no contemplados por la ley; d) arbitraria omisión de considerar la prueba existente en autos; e) violación al debido proceso; f) la sentencia en crisis desconoció y cercenó su derecho a la vivienda; g) la sentencia es arbitraria por apoyarse en presunciones e inducciones sin base legal ni real (cfr. fs.112/ 140).

Con fecha 16 de julio de 2015, la Sala declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, debido a que la sentencia contra la que se dirigía no reunía el carácter de definitiva y la parte tampoco logró acreditar que la misma le traiga aparejado un perjuicio de imposible, insuficiente o tardía reparación posterior. Asimismo, desechó el planteo de arbitrariedad planteado (cfr. fs. 154/155).

Contra esa resolución, la parte actora interpuso recurso de queja (cfr. fs. 1/12 del Expte. TSJ N° 12511/15). En tales condiciones, se dispuso correr vista a esta Fiscalía General (cfr. fs. 17, punto 2, de la



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

queja).

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, no puede prosperar, puesto que el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a defender no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 27 de la Ley N° 402).

Al respecto, el V.E. 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 ulterior¹.

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 esta instancia del proceso².

En autos, 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 imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior.

¹ 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.

Específicamente, sostuvo que *“...si bien la sentencia recurrida no se pronuncia sobre la cuestión de fondo debatida en autos, es evidente que resulta equiparable a una sentencia definitiva y, en consecuencia, es susceptible de ser cuestionada por la vía del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que al rechazar la medida cautelar solicitada cercena [sus] derechos...”* (cfr. fs. 116).

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. 154 vta.).

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 cuenta la situación de hecho que rodeaba a la actora y la prueba adjuntada

² 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**

respecto de ella, ponderando que, de su análisis, no se habrían allegado elementos de juicio sobre cuya base se compruebe que la peticionaria se encontraría, en principio, dentro de una situación de vulnerabilidad (cfr. considerando 5 de la sentencia de fs. 97/vta.).

En efecto, la 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 de la 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"*³. 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*

³ TSJ, Expte. N° 1923/02 del 19/2/2003.

excepcional del art. 14 de la ley 48, 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 invocada”⁴.

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, 4 de diciembre de 2015.

DICTAMEN FG N° 649 -CAyT/15


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

⁴ 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 denegado en: Valdazo, Carlos Alberto c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", de fecha 9/5/2014.



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

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.


M. de las Nieves Macchiavelli
Secretaria General
Secretaria Judicial
Fiscalía General - C.A.B.A.

