Expte. n° 8463/11: "Milano, Juan Carlos s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Milano, Juan Carlos c/ GCBA y otros s/ amparo'"

Buenos Aires, 2 de mayo de 2012

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. El Sr. Juan Carlos Milano inició acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objeto que se *"...ponga fin a la conducta arbitraria de la administración pública local que, por acción y omisión, impide que ejerza en condiciones dignas una actividad de mera subsistencia consistente en la venta ambulante de baratijas y, por consiguiente, se ordene al Gobierno de la Ciudad abstenerse de realizar cualquier acto que altere, restrinja o impida el ejercicio de esa actividad laboral ..."* (fs. 1/21 de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se designe, excepto expresa indicación en contrario).

Manifiesta que posee 64 años de edad, vive solo, tiene dos hijos (uno de ellos menor de edad), y padece afecciones en la salud, toda vez que en el año 2007 debió estar internado por angina de pecho en el Hospital Ramos Mejía, y a partir de ese momento se encuentra medicado.

Dice que toda su vida fue artesano, y actualmente se dedica a trabajar el cuero, la madera y la platería, vendiendo los productos que elabora en las inmediaciones de la feria de artesanos de San Telmo, actividad que le provee sus únicos ingresos pecuniarios, que ascienden a la suma aproximada de $800 por mes.

Afirma que las autoridades públicas, particularmente el cuerpo policial, atormentan y persiguen a quienes trabajan en la vía pública, les decomisan las artesanías y les impiden desempeñar su actividad laboral, lo cual vulnera su derecho al trabajo y a un nivel de vida adecuado, consagrados en los arts. 14 y 14 bis CN, 43 CCABA y normas concordantes de los tratados internacionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico (art. 75 inc. 22 y 10 CCABA).

Sostiene que intentó sucesivas veces conseguir un permiso para trabajar como artesano, y es así que el 13/04/2009 (bajo el n° de registro 823-DGFYME-09) presentó ante la Dirección de Ferias y

Mercados una nota en la cual relataba su situación y solicitaba se le otorgue un permiso, pero que no obtuvo respuesta positiva por parte del GCBA.

2. El GCBA contestó la demanda, y solicitó su rechazo (fs. 49/57).

3. La Sra. Jueza de primera instancia dictó sentencia rechazando la acción de amparo interpuesta (fs. 69/71).

Consideró que la Administración no actuó con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, ya que la ley 1166 —modificatoria del Código de Habilitaciones y Verificaciones— prohibió con carácter general la venta ambulante en la vía pública sin autorización administrativa, de manera tal que a los fines de poder ejercer la venta ambulante de baratijas en la vía pública se requiere necesariamente haber obtenido un permiso expedido por la autoridad de aplicación, lo que no se constató en el caso.

4. Ante la apelación deducida por la actora (fs. 74/86) y contestada por el GCBA (fs. 88/92 vta.), la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad resolvió rechazar el recurso de apelación y confirmar la decisión impugnada (fs. 101/102).

Fundó su decisión en que *"... la ausencia de reglamentación en la actividad que desarrolla el actor, no podría interpretarse como una consagración del libre uso de los espacios públicos, que posee un régimen especial y estricto, en virtud de la función social que desarrollan respecto de necesidades vitales de la comunidad. // La omisión de contar con un permiso de uso especial respecto de los espacios públicos no puede ser subsanada por la actividad oficiosa de este tribunal, a quien no compete otorgar permisos, función que se encuentra asignada —conforme a la reglamentación— a órganos específicos del GCBA. (...) En suma, no se advierte la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, afecten los derechos del actor ..."*

Por otra parte, manifestó que *"... (T)ampoco escapa a la consideración de este Tribunal que la peculiar situación del actor —quien según sus dichos contaría con el producto de la venta de artesanías como único sostén económico—, importa, en paralelo, la obligación de proveer a su protección y desarrollo integral (art. 42 CCABA y cctes.) que, eventualmente, el amparista podría articular por la vía y formas que estime correspondientes. Pero ello no equivale a que los magistrados concedan un uso privilegiado del dominio público para desarrollar actividades comerciales sin una norma expresa que así lo autorice ..."*

5. El accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 108/116), en el que manifestó que la sentencia cuestionada aplica erróneamente la normativa vigente provocando una lesión irreparable en sus derechos al trabajo y a la tutela judicial efectiva.

Centró su impugnación esencialmente en que el Código de Habilitaciones y Verificaciones (apartados 11.1.1, 11.1.2 y 11.1.3, según ley 1166) solo contiene una prohibición vinculada a la venta de alimentos, pero no incluye ninguna prohibición referida a la venta de baratijas o artesanías, que es la actividad que desarrolla el actor. Por lo tanto se trataría de un uso común del dominio público que no posee restricciones o requisitos específicos en la normativa vigente, a pesar de lo cual solicitó por diversos medios a la Administración una habilitación para la venta de los productos que le permiten vivir, y en todos los casos recibió una respuesta negativa.

El aludido recurso extraordinario local no fue contestado por el GCBA (ver fs. 120), y fue declarado inadmisible por la Cámara por considerar ausente un genuino caso constitucional (fs. 121/122 vta.).

6. Contra dicha denegatoria, el actor interpuso la presente queja (fs. 1/17 de la queja).

7. El Sr. Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició que se rechace el recurso de hecho articulado (fs. 24/26 de la queja).

Fundamentos:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja interpuesta cumple los requisitos formales previstos por el art. 33 de la ley 402, pero debe ser rechazada ya que no logra rebatir los fundamentos en que se basó el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, relativos a la falta de configuración de un genuino caso constitucional.

2. La lectura del recurso de inconstitucionalidad y de la queja que lo sostiene ante este Estrado permite advertir que las manifestaciones esgrimidas por la recurrente trasuntan únicamente su disconformidad con el decisorio atacado pero no poseen entidad para poner en crisis, concreta y razonadamente, los distintos fundamentos brindados por el *a quo* para desestimar los planteos del accionante —en particular, aquellos que sostuvieron que la omisión de la actora de contar con un permiso de uso *especial* respecto de los espacios

públicos no podía ser subsanada por el poder judicial, en tanto aquel necesariamente debía ser otorgado mediante un acto expreso por aquellos órganos del GCBA con competencia específica en la materia; que tampoco se había demostrado que la actuación del GCBA para con la actora hubiese sido irrazonable o arbitraria—.

En efecto, el actor sostuvo que la actividad que desempeña (venta de artesanías en la vía pública) involucraría un uso común del dominio público que no posee restricciones o requisitos específicos en la normativa vigente, por lo que sería innecesaria la tramitación de un permiso. Como podemos apreciar, este argumento contiene una interpretación alternativa de la normativa aplicable (Código de Habilitaciones y Verificaciones), contraria a la realizada por los jueces de mérito, pero no refuta el razonamiento desplegado por la Cámara, de manera tal que el planteo recursivo constituye una mera discrepancia con la valoración y aplicación de normas infraconstitucionales —cuestión propia de los jueces de la causa y ajena al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva extraordinaria— y no demuestra la directa relación que debe existir entre las cláusulas constitucionales presuntamente vulneradas y la solución del caso.

Es oportuno recordar que para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante (v. para el recurso extraordinario federal doctrina de *Fallos*: 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local), lo que —como vimos— no ocurre en el caso. Así entonces, forzoso es concluir que en autos no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley n° 402.

3. A mayor abundamiento, corresponde señalar que la cuestión de fondo debatida en las presentes actuaciones ya ha sido abordada por este Tribunal *in re: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)'"*, expte. nº 6162/08, sentencia del 5/03/2009, arribándose allí —por mayoría— a una solución adversa a las pretensiones del amparista.

Deben quedarle absolutamente claras a la parte actora dos cuestiones básicas. La primera es que hoy en la Ciudad la ley vigente (Código de Habilitaciones y Verificaciones) permite la venta en el espacio público pero el interesado en desplegar dicha actividad, para poder hacerlo, debe gestionar y obtener un permiso de la autoridad administrativa; la segunda es que, más allá de la respetable finalidad

que subyace en su pretensión —según sus dichos, ella sólo pretende poder trabajar vendiendo artesanías en el espacio público para ganarse la vida—, la acción de amparo judicial prevista en el art. 14 de la CCABA, según el diseño de la división de poderes previsto en la Constitución local y el rol que en definitiva le toca ejercer al Poder Judicial en el sistema republicano de gobierno, no es un ámbito donde los jueces podamos evaluar —teóricamente y en abstracto— la oportunidad, mérito o conveniencia de las políticas legislativas que regulan el espacio público en esta jurisdicción. Esa tarea, en todo caso, le corresponde al poder legislativo como representante del pueblo de la Ciudad.

4. Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto en los puntos precedentes, cabe aclarar que la decisión que aquí se adopta en modo alguno obsta a que la actora incite por la vía y forma correspondiente la intervención de las autoridades administrativas competentes para otorgar el permiso pretendido, y eventualmente active el control judicial del acto administrativo que se dicte, en el supuesto que sea contrario a sus intereses.

5. Por los motivos expuestos, corresponde rechazar la queja presentada por la parte actora.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja.

1. El recurso directo que interpusiera, oportunamente, el señor Juan Carlos Milano (fs. 1/17) satisface la carga de fundamentación que prescribe el artículo 33 de la ley n° 402, por lo que resulta admisible.

Recurso de inconstitucionalidad.

2. La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, expediente nº 6162, decisión del 05 de marzo de 2009, con la diferencia de que, en éste ultimo caso, fue el GCBA quien recurrió ante el Tribunal.

3. Sin perjuicio de lo indicado en el apartado 2 de este voto, considero pertinente detenerme en las particularidades del caso y agregar argumentos a los que ya expusiera en el precedente mencionado y en otros expedientes análogos.

El señor Juan Carlos Milano tiene como único sustento para sí y su familia la venta ambulante de las artesanías que él mismo produce.

Explicó que recorre las inmediaciones de la feria artesanal de San Telmo “con una bandeja donde carga [sus] (…) artesanías a fin de ofertarlas a los caminantes” (fs. 2).

Señaló que “[d]esde hace unos años atrás (…) [ha] (…) empezado a padecer persecuciones por la actividad que realiz[a] [y que sufrió] (…) sucesivas amenazas y hostigamientos…” (fs. 2) que lo condenan a un estado de indigencia que cancela cualquier proyecto de vida hacia el futuro.

En palabras del amparista: “Cada día que transcurre en estas condiciones me enfrenta al mismo dilema: concurrir a la calle para obtener ingresos mínimos de subsistencia bajo la amenaza de ver secuestrados por las autoridades los productos que vendo o bien permanecer expectante viendo como mi precaria economía se derrumba con el riesgo seguro de perder el lugar donde vivo, de dejar de darle a mis hijos un nivel de vida adecuada y el deterioro de nuestra salud, pues en definitiva, todo esto se trata de malograr la dignidad inherente a todo ser humano (fs. 16).

Del relato efectuado por el señor Milano en la demanda de fs. 1/20 vuelta surge la lesión a su derecho a trabajar (protegido en todas sus formas por el artículo 43 de la CCBA) y al mandato constitucional de promover la remoción de obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona (y, agrego, de quienes se encuentren a su cargo) en la vida económica y social de la comunidad (conf. artículo 11 de la CCBA).

La pretensión del actor reside, pues, en que “…se ponga fin a la conducta arbitraria de la [A]dministración (…) que, por acción y omisión, impide que ejerza en condiciones dignas una actividad de mera subsistencia consistente en la venta ambulante de baratijas y, por consiguiente, se ordene al [demandado] (…) abstenerse de realizar cualquier acto que altere, restrinja o impida el ejercicio de esa actividad…” (fs. 1 vuelta).

Como surge de los puntos 3 y 4 de los resultas del fallo, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó el amparo.

Contra la decisión de la Cámara, el señor Milano dedujo el recurso de inconstitucionalidad de fs. 108/116 vuelta, que fuera declarado inadmisible (fs. 121/122 vuelta).

El auto denegatorio fue impugnado a fs. 1/17 del expediente n° 8463.

4. La situación de vulnerabilidad y la afectación de derechos constitucionales del señor Milano se repiten, con ligeros matices y circunstancias propias de cada historia de vida en todos los casos que

fueron resueltos por el Tribunal Superior de Justicia a partir de "Esquivel Pizarro" (expediente n° 6162/08), como se verá en la reseña que sigue:

Caso 1°.- "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: '**Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz** c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)'" expediente nº 6162/08, sentencia del 05 de marzo de 2009.

El señor Lademir de la Cruz Esquivel Pizarro inició acción de amparo contra el GCBA con el objeto que se le ordenara abstenerse de decretar clausuras o tomar otras medidas que afectaran su labor comercial por inexistencia de habilitación para la venta ambulante de baratijas, actividad desarrollada por el actor, la cual se había visto entorpecida en los meses previos a la interposición de la acción por diversos operativos efectuados por la Policía Federal Argentina a través de la Comisaría 7ma., perteneciente a la jurisdicción de Once.

El actor refirió su temor de que se le labraran actas de comprobación y se le secuestrara mercadería.

Destacó que no hay reglamentación de la venta ambulante de baratijas, como existe para la venta ambulante de alimentos, que requiere la tramitación de un permiso ante la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria dependiente del GCBA. Explicó que la mora de la Administración afecta su derecho de trabajar y ejercer industria lícita y que su trabajo —único medio de subsistencia del que dispone para mantener a su familia— no constituye una contravención de conformidad con el artículo 83, tercer párrafo del Código Contravencional de la Ciudad.

El amparo fue rechazado en primera instancia pero la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario revocó la sentencia e hizo lugar a la acción de amparo.

El recurso de inconstitucionalidad de la Procuración General de la Ciudad fue declarado procedente por la mayoría del Tribunal (con mi disidencia), y consecuentemente se revocó la decisión de la Cámara y el amparo fue rechazado.

Caso 2°.- "**Quispe Arteala, Esther Evangelia** c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido'", expediente nº 6815/09, sentencia del 13 de julio de 2010**.**

La señora Esther Evangelia Quispe Arteala inició acción de amparo contra el GCBA a fin de que se abstuviera de decretar clausuras o tomar otras medidas que afectaran su labor comercial, en atención a la ausencia de habilitación para la venta ambulante de baratijas que realiza sobre la Avenida Corrientes de esta Ciudad.

Narró que vendía diversos artículos (medias, camisetas, gorros y guantes, durante la época invernal, así como ojotas y demás artículos

de esa índole en verano), que su actividad se vio entorpecida en los meses previos a la interposición del amparo, con motivo de diversos operativos efectuados por la Policía Federal Argentina a través de la Comisaría 7ma., perteneciente a la jurisdicción de Once y que temía que se le labraran actas de comprobación y se le secuestrara mercadería.

Destacó que no existe una reglamentación de la venta ambulante de baratijas sino que sólo la hay para la venta ambulante de alimentos, que requiere la tramitación de un permiso ante la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria dependiente del GCBA.

Explicó que la mora de la Administración al no reglamentar ese tipo de venta, afecta su derecho de trabajar y de ejercer industria lícita.

También expresó que su trabajo, único medio de subsistencia del que dispone para mantener a su familia (tiene cuatro hijos menores a su cargo exclusivo), no constituye una contravención de conformidad con el artículo 83, tercer párrafo del Código Contravencional de la Ciudad.

La acción fue rechazada por la jueza de primera instancia.

Apelada la decisión por la actora, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por medio de los votos de los jueces Horacio Corti y Carlos Balbín, resolvió hacer lugar al recurso de apelación deducido y, en consecuencia, revocó la sentencia recurrida en los términos de dicha decisión. Es así que dispuso: *"1) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la amparista, revocar el pronunciamiento apelado y, en consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo incoada, ordenando al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que con sustento en la inexistencia de habilitación pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en tanto ésta consista en la venta de los productos no alimenticios que por su escaso valor pecuniario puedan ser calificados como 'baratijas', ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso; 2) imponer las costas en ambas instancias por su orden, en atención a que, como se puso de resalto, la cuestión debatida es de difícil interpretación (art. 14 CCABA)."*.

La Procuración General de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad, que el Fiscal General Adjunto consideró procedente.

El Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, (con mi disidencia) hizo lugar al recurso, revocó la sentencia y rechazó el amparo.

Caso 3°.- "**Medina, Raúl Dionisio** c/ GCBA s/ amparo (Art 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expediente n° 6495/09, sentencia del 29 de julio de 2010.

El señor Raúl Dionisio Medina promovió acción de amparo a fin de que se ordenara al GCBA "...abstenerse de decretar clausuras o tomar otras medidas que afecten (...) [su] labor comercial y tengan base en la inexistencia de habilitación para venta ambulante de baratijas...", actividad que constituye su única fuente de subsistencia.

Fundó su pretensión en los derechos que acuerdan los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 28 y 43 de la CN y concordantes de la CCBA. Invocó, asimismo, el sistema de protección integral para personas con discapacidad contemplado en la ley nº 22.431, artículos 1, 2, 3, 4, 9, 11 y concordantes.

Refirió que es diabético, que tras haber sufrido un accidente vial le fue amputada su pierna izquierda, que se vale de una prótesis que debe ser renovada cada dos años, que padece una deficitaria situación económica y que vive en un ambiente que alquila.

También relató que en 1988 la Municipalidad le extendió un permiso precario para la venta de baratijas, donde constaba su incapacidad, que ya no se encuentra vigente.

Destacó especialmente que se vio afectado por operativos de la Policía Federal, y que posee fundados temores de perder su fuente laboral ya que carece de habilitación para trabajar en la vía pública, circunstancia que atribuyó a la ausencia de normas que regulen la materia y agregó que la actividad que desarrolla no constituye una contravención en los términos del artículo 83 tercer párrafo del Código Contravencional.

El amparo fue rechazado en primera instancia. La jueza interviniente compartió el criterio del Ministerio Público Fiscal y se remitió al dictamen de ese órgano para fundar su voto.

El actor apeló la decisión y la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo de primera instancia. El tribunal dijo que la actividad que el actor pretende llevar a cabo implica un uso privado, especial y diferenciado del dominio público que "...exige (...) indispensablemente un acto expreso del Estado..." (fs. 75 vuelta) y que "...la —eventual— ausencia de reglamentación (...) no podría interpretarse como una consagración del libre uso, para fines individuales del espacio público..." (fs. 75 vuelta). Añadió que la función de conferir permisos corresponde a órganos específicos del GCBA y no puede ser suplida por la actividad oficiosa de la Cámara. Concluyó que "...la peculiar situación del actor (discapacitado) importa —en paralelo— la obligación de proveer a su protección y desarrollo integral (artículo 42 de la CCBA y cctes.) que —eventualmente— el amparista podría articular por la vía que estime correspondiente" (fs. 76).

Contra esa decisión, el señor Medina dedujo recurso de inconstitucionalidad que fundó en la afectación de la defensa en juicio,

la vulneración del derecho a trabajar y a ejercer industria lícita, el derecho de igualdad y la arbitrariedad de la sentencia.

El tribunal superior de la causa concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad. Dijo que: "encontrándose en debate la interpretación y el alcance de normas constitucionales (arts. 14, 19 y 28 CN; y 10 y 42 CCABA) (...) que (...) tuvieron una relación directa e inmediata con la solución adoptada, corresponde admitir el remedio intentado..." (fs. 97 vuelta), y desestimó el agravio por arbitrariedad.

El Fiscal General Adjunto propició en su dictamen que el recurso fuera declarado mal concedido. El Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, (con mi disidencia) compartió la opinión del Ministerio Público Fiscal y desestimó el recurso de la actora.

Caso 4°.- "**Esquivel Pizarro, Héctor Hernán** c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido'", expediente nº 7145/10, sentencia del 01 de septiembre de 2010.

El señor Héctor Hernán Esquivel Pizarro inició acción de amparo contra el GCBA por entender violentadas las garantías contenidas en los artículos 14, 14 bis, 17, 28 y 43 de la Constitución Nacional y solicitó que se ordenase al demandado que se abstuviese de concretar medidas que afectasen su labor de venta de baratijas (artículos varios, no productos alimentarios) en su puesto de venta ambulante sobre la Av. Pueyrredón al 390, Barrio de Once, de esta Ciudad; a fin de "…poder atender tranquilamente [su] (…) puesto de baratijas sin ser molestado por Policía Federal ni inspectores de la zona, hasta tanto el demandado regule dicha actividad…".

El actor explicó que vendía diversos artículos (guantes, gorros, ojotas, medias, camisetas, plantillas, pañuelos, cordones, alpargatas y cuellos polares); destacó que no hay reglamentación de la venta ambulante de baratijas, como existe para la venta ambulante de alimentos, que requiere la tramitación de un permiso ante la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria dependiente del GCBA.

Explicó que la mora de la Administración afecta su derecho de trabajar y de ejercer industria lícita; que su trabajo –único medio de subsistencia del que dispone para mantener a su familia–, no constituye una contravención de conformidad con el artículo 83, tercer párrafo del Código Contravencional de la Ciudad, pese a lo cual las autoridades locales le impedían trabajar. Citó, como ejemplo, que el día 25 de junio de 2007 se le labró un acta contravencional y se le secuestró su mercadería.

El juez de primera instancia hizo lugar al amparo.

Apelada la decisión por la Procuración General de la Ciudad, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó sentencia a favor del amparista señalando que *"(...) más allá de que existe una dificultad interpretativa entre, por un lado,*

las disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones y, por el otro, el Código Contravencional, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la venta de productos alimenticios en la vía pública se encuentra expresamente prohibida salvo que, a tal efecto, se obtenga un permiso de uso en los términos detallados en el Capítulo 1.11 del Código de Habilitaciones y Verificaciones". Agregaron que *"[s]in embargo, y también de acuerdo con el marco legal previamente detallado, tal prohibición no resulta extensible (...) a la venta de baratijas cuando, además, esa actividad constituye una venta de mera subsistencia"*. Y señalaron que *"(...) toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como 'de mera subsistencia', es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue -en el caso, el derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular"*.

El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad y el Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, (con mi disidencia) revocó las decisiones impugnadas y rechazó el amparo.

Caso 5°.- "**Delgado Gutiérrez, Ana María** s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Delgado Gutiérrez, Ana María c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)'", expediente n° 7330/10, sentencia del 22 de septiembre de 2010.

La señora Ana María Delgado Gutiérrez promovió acción de amparo contra el GCBA a fin que "…se declare ilegítimo (…) [el] accionar [de la Ciudad] en tanto impide el ejercicio de (…) [su] derecho a trabajar, a la salud, a la integridad y a la propiedad".

Relató que es refugiada, artesana, que exhibe sus obras en el paseo peatonal de la calle Florida y que esa actividad es la única fuente de subsistencia familiar.

Explicó que padece persecuciones y hostigamientos constantes por parte de los agentes del GCBA que amenazan seriamente su actividad laboral y la colocan en una situación económica angustiante y extrema.

Fundó su pretensión en los derechos que acuerdan los artículos 10 y 32 de la CABA, 14 *bis* y 28 de la CN y en instrumentos internacionales incorporados a ésta última en virtud del artículo 75 inciso 22.

Hizo referencia a las normas locales que tutelan su labor cultural como artesana y la distinguió de la de los comerciantes.

Agregó que la venta de artesanías en la vía pública no constituye una contravención. Finalmente, requirió el dictado de una medida cautelar de no innovar tendiente a que se le "…permita continuar en el ejercicio de (…) [sus] derechos sin constante persecución…" (fs. 7).

La jueza interviniente sostuvo que el artículo 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones establece una prohibición general para el ejercicio de la actividad comercial en el espacio público sin un permiso de la autoridad de aplicación.

Consideró que "la exigencia del permiso no se encuentra limitada a la elaboración y expendio de productos alimenticios, sino que también comprende a la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial en general, tanto de productos en general como de artesanías (art. 11.1.2)".

Sostuvo la magistrada que "la exclusión de la venta ambulante de baratijas, artesanías y, en general, de mera subsistencia del tipo contravencional, consagrada por el artículo 83 de la ley 1.472, no puede suplir la necesidad de autorización o permiso y, sólo proyecta sus efectos respecto de las facultades punitivas del Estado".

Señaló que la carencia de un permiso de uso especial respecto de los bienes de dominio público no puede ser salvada por la actividad jurisdiccional.

La señora Delgado Gutiérrez apeló la decisión.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (voto de los jueces Centanaro y Daniele) rechazó la apelación y confirmó el fallo de primera instancia, entendiendo que la ausencia de reglamentación de la actividad no podría interpretarse como una consagración del libre uso de los espacios públicos que poseen un régimen especial y estricto; que la función de conferir permisos corresponde a órganos específicos del GCBA y no puede ser suplida por los jueces; que la peculiar situación de la actora importa la obligación de proveer a su protección y desarrollo integral (art. 42 de la CCBA y concordantes) que "eventualmente, la amparista podría articular, por la vía que estime correspondiente".

La señora Delgado Gutiérrez interpuso recurso de inconstitucionalidad fundado en la afectación de los siguientes derechos de índole constitucional: "a trabajar, a ejercer industria lícita, a la propiedad, a la no discriminación, a la cultura [y en la vulneración de] los principios de reserva y legalidad".

La Sala II declaró inadmisible el recurso interpuesto en el entendimiento de que la impugnante no había logrado articular un caso constitucional, frente a lo cual la actora interpuso queja.

El Fiscal General Adjunto propició el rechazo del recurso directo, criterio que fue compartido por la decisión mayoritaria del Tribunal Superior de Justicia (con mi disidencia), que confirmó el rechazo del amparo.

Caso 6°.- "**Noguera Adriana** s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Noguera Adriana c/ GCBA s/ amparo

(art. 14 CCABA)'", expediente n° 7327/10, sentencia del 24 de noviembre de 2010.

La señora Adriana Noguera manifestó que la venta de artesanías en la vía pública constituye el único sustento para sí y su hija menor de edad.

Denunció que las frecuentes persecuciones que sufriera la condenan a un estado de indigencia que la priva de cualquier proyecto de vida hacia el futuro.

En su relato está implícita la lesión a sus derechos a trabajar (protegido en todas sus formas por el artículo 43 de la CCBA), a la libre expresión artística (interdicta de toda censura, según el artículo 32 de la CCBA), y al mandato constitucional de promover la remoción de obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona en la vida económica y social de la comunidad (artículo 11 de la CCBA).

El juez de primera instancia hizo lugar al amparo.

Dicha decisión fue apelada por el GCBA y revocada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

La accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue declarado inadmisible por la Cámara.

La actora recurrió en queja.

El Fiscal General Adjunto propicio el rechazo del recurso directo, criterio que fue compartido por la decisión mayoritaria del Tribunal (con mi disidencia).

Caso 7°.- "**Mendoza Escobar**, Alfonso c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expediente n° 6921/09, sentencia del 29 de noviembre de 2010.

El señor Alfonso Mendoza Escobar contaba como único sustento para sí, su esposa y sus cuatro hijos menores en edad escolar, la venta de artículos varios en la vía pública (guantes, gorros, ojotas, medias, camisetas, plantillas, pañuelos, cordones, alpargatas, cuellos polares, pilas, despertadores, llaveros, y monederos).

Asimismo, padecía una patología dermatológica, que, según afirmara, torna más difícil poder acceder a un trabajo distinto.

El actor también manifestó que sufría "situaciones de discriminación y marginalidad" por tener nacionalidad peruana (fs. 2).

Por lo demás, las frecuentes persecuciones por parte de la Policía Federal Argentina a través de la Comisaría 7ma (jurisdicción de Once) que denunció el demandante (fs. 1/3 vuelta y 80/83), lo condenan a un estado de indigencia que lo priva de cualquier proyecto de vida hacia el futuro.

De su relato surge la lesión a su derecho a trabajar (protegido en todas sus formas por el artículo 43 de la CCBA) y al mandato

constitucional de promover la remoción de obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona en la vida económica y social de la comunidad (conf. art. 11, CCBA).

La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto le ordenara al GCBA que se abstuviera "(…) de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en tanto ésta consista en la venta de los productos antes mencionados —o similares— con sustento en la inexistencia de habilitación, ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso" (fs. 151/155).

Contra esa decisión, el Gobierno dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 168/180) que fue concedido salvo en lo relativo a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad (fs. 210/211 vuelta).

El Fiscal General Adjunto propició la admisión del recurso del GCBA, la revocación de la sentencia de la Cámara y el rechazo del amparo.

La mayoría del Tribunal (con mi disidencia) hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA, revocó la sentencia impugnada y, finalmente, rechazó la acción de amparo.

5. Los casos referenciados son la expresión o el síntoma de una vulneración sistemática y más general de derechos de un conjunto de sujetos nacionales o extranjeros, refugiados, artesanos o discapacitados que venden baratijas en las calles de la Ciudad de Buenos Aires y que carecen de un trabajo regular y estable.

En la misma situación se encuentran integrantes de la comunidad senegalesa cuyo reclamo llegó al TSJ en el expediente "Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts. de la ley nº 23.098 (Habeas Corpus)", n° 6925/09, sentencia del 11 de agosto de 2010.

En dicha causa expresé que "[s]on fundados los agravios expuestos por los accionantes, y han quedado demostradas las violaciones a la defensa en juicio, al debido proceso, a la obligación de comunicación inmediata de los derechos que asisten a los denunciantes, como así también la arbitrariedad de la sentencia en la valoración de la prueba y la discriminación de la que son víctimas miembros de la comunidad afro —y muy especialmente la senegalesa— en el ámbito del barrio de Constitución".

También señalé, allí, que "[l]a institución policial, los organismos administrativos de prevención y de modo muy particular los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal deben asumir la responsabilidad de erradicar toda práctica que

suponga la afectación de derechos y garantías de grupos cuya vulnerabilidad extrema es la consecuencia de la confluencia de múltiples formas de discriminación, como ocurre con quienes denunciaron en esta causa la situación del colectivo de senegaleses residentes en la Ciudad de Buenos Aires".

6. Subyace en las decisiones judiciales referidas a personas que reclaman reconocimiento y protección para su único medio de subsistencia (la venta ambulante de baratijas) una concepción anacrónica del espacio público. Una concepción, que ni siquiera aparece en la obra de administrativistas destacados, ajenos por cierto al campo del neoconstitucionalismo.

Así dice Marienhoff: "Estudiado ya lo atinente al sujeto del *dominio* de los bienes públicos, corresponde examinar ahora lo relacionado con el sujeto del *uso* de los mismos.// El principio fundamental que domina esta cuestión es el siguiente: el 'uso' de los bienes públicos le pertenece al *pueblo*, que, como lo sostuve en el parágrafo anterior, es el titular de su *dominio*. Pero al respecto deben hacerse dos fundamentales advertencias: // a) Al sostener que el *'pueblo'* es el titular de los bienes públicos cuyo uso les pertenece a todos los habitantes, me refiero a los usos 'comunes', que son los que *todos* los ciudadanos pueden realizar por igual y por sí mismos, sin necesidad de autorización especial del Estado. Sólo lo usos 'comunes' *integran* el contenido del derecho perteneciente al '*pueblo'* sobre el dominio público. En cambio, la facultad de ejercitar usos 'especiales' excede del contenido del derecho de propiedad sobre el dominio público: el *pueblo*, como titular de este conjunto de bienes, no está habilitado para ejercitar, por sí, usos 'especiales', 'privativos' o 'diferenciales'. El contenido del derecho de propiedad que al pueblo le corresponde sobre el dominio público, en su ejercicio se limita a los usos 'comunes'; los usos 'especiales', 'privativos' o 'diferenciables' no integran ese derecho. Es que el régimen jurídico del dominio público es distinto del dominio privado. Como acertadamente advirtió Otto Mayer, si bien en el dominio público existen diversas instituciones que se vinculan a la propiedad privada, *hay que guardarse bien de confundirlas*.//¿Por qué razón sólo los usos 'comunes' integran el contenido del derecho de propiedad perteneciente al *pueblo* sobre el dominio público? Porque sólo esos usos son los que realiza y realizó '*ab-initio'* el *pueblo*, como tal; el uso 'privativo', 'especial' o 'diferencial', no lo realiza ni lo puede realizar el *pueblo*, sino el 'individuo' en particular, a titulo individual, como tercero, lo cual requiere una autorización especial del Estado, representante del pueblo titular del dominio público". (Mariehoff, Miguel S.; Tratado de Derecho Administrativo, t. V, Abeledo – Perrot, Bs. As., pág. 81 y ss.).

¿Cómo pensar desde la reflexión que propone Marienhoff la venta de artesanías al menudeo en la vía pública destinada exclusivamente a la mera subsistencia del artesano y de su familia? En mi opinión, como una práctica comprendida en los “usos comunes” y realizada en la calle, para la que el “pueblo” no necesita – en principio – autorización, y respecto a la cual el Estado sólo puede ejecutar actividades ordenatorias y de coordinación, pero no de supresión.

Sin embargo, no es este el punto de vista que surge de los votos de la mayoría del Tribunal, de los dictámenes del Ministerio Público y de las presentaciones del GCBA: el criterio hermenéutico dominante es restrictivo. Se agota en la consideración de que las conductas descriptas —venta en la vía pública de artesanías con los propósitos y en el contexto indicado— son en principio prohibidas y, por ello, sólo con un permiso el espacio público puede ser utilizado para tales fines: una autorización que bajo las circunstancias analizadas tiene la penosa dimensión de “un permiso para vivir”. Esta visión sesgada, propia de un determinado modelo del derecho administrativo, ignora el artículo 11 de la CCBA en función del cual la Ciudad debería remover todos los obstáculos (la exigencia de un permiso sería el caso) respecto de las personas que, en estado de extrema vulnerabilidad, intentan ganarse la vida vendiendo “baratijas” en la calle.

El GCBA, en cada expediente enumerado en el apartado 4, se ha limitado a denunciar la ilegalidad de la labor de los actores sin proponer ninguna política pública que asuma la cuestión social implicada, ni siquiera a considerar la posibilidad de suministrar permisos o habilitaciones para atender las necesidades más inmediatas de los afectados a través de un sistema fácil y rápido de obtención de permisos y determinación de lugares habilitados para la venta. No hay ningún plan de contención social ni de remoción de obstáculos, ningún programa de capacitación y puesta en valor del trabajo de esas personas.

En definitiva, el GCBA se limita a la utilización de conceptos que, en causas como las que me ocupan, están vaciados de todo significado, como “interés público”, “espacio público”, “mayor debate y prueba”, “zona de reserva”, etc., y constituyen una estrategia de denegación de derechos fundamentales que ni siquiera intenta justificar con algún tipo de retórica argumentativa. Se produce así, lo que en palabras de Hannah Arendt se llama “masacre administrativa”, en el que por rituales supuestamente comunes y cotidianos, a través de procedimientos ordinarios y por gente común se instaura una real política de desconocimiento en contra de preceptos formales que apuntan en sentido inverso.

La homogeneidad, reiteración y frecuencia de las situaciones descriptas más arriba definen una acción estatal contraria a la que el artículo 11 de la CCBA pone en cabeza del Estado local; una acción

estatal que, como he sostenido una y otra vez en mis votos, olvida que el Estado —este mismo Estado— es garante hasta el máximo de sus recursos de los derechos convencionales reconocidos en los distintos instrumentos mencionados en el artículo 75, inc. 22 de la CN. Y el derecho primordial que debe garantizar es el de la dignidad humana, que está directamente vulnerado por las prácticas denunciadas y de las que he intentado dar cuenta.

Desde la perspectiva que defiendo, es insostenible una noción pretendidamente aséptica del espacio público que niega lesiones concretas a los derechos fundamentales de individuos de carne y hueso, que pospone o se desentiende de la vida y de la subsistencia de no pocas personas. Y cuyas consecuencias son aún más graves, porque cuando los vulnerables son invisibilizados, “desterritorializados”, expulsados del espacio público, éste queda reservado como un territorio de privilegio, únicamente para aquellos que no están en los márgenes de la subsistencia.

Esta lógica de exclusión-inclusión vuelve inviable toda política que desde el poder judicial o desde otros órganos estatales intenta adecuarse a la regla constitucional que ordena la promoción de la remoción de obstáculos que limiten la igualdad y la libertad e impidan el pleno desarrollo de la persona y su efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad (artículo 11 de la CCBA).

Los preceptos de la CCBA, las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales en la materia, han quedado reafirmados en los compromisos asumidos en el “II Encuentro Análisis de las 100 Reglas de Brasilia por las Instituciones del Sistema de Justicia del Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile: Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, organizado por ILANUD, Naciones Unidas; Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Defensa de las Américas; el Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebrado los días 18, 19 y 20 de octubre de 2010 en la Ciudad de Buenos Aires.

7. Por lo expuesto, voto por: **a)** admitir la queja que interpusiera el señor Juan Carlos Milano (fs. 1/17 del expediente n° 8463), **b)** hacer lugar a su recurso de inconstitucionalidad (fs. 108/116 vuelta), **c)** revocar las sentencias de primera (fs. 69/71 vuelta) y de segunda instancia (fs. 101/102) que desestimaron la pretensión del actor, **d)** hacer lugar a la acción de amparo (fs. 1/21), **e)** ordenar al GCBA que se abstenga de llevar adelante medidas que, con fundamento en la ausencia de habilitación o permiso, afecten la venta en la vía pública de artesanías que efectúa el señor Juan Carlos Milano, **f)** agregar, a este expediente, una copia de la sentencia que emitiera el Tribunal en los

autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, nº 6162, sentencia del 05 de marzo de 2009, **g)** ordenar que una copia de dicha resolución se adjunte a cada una de las notificaciones de este fallo y **h)** disponer que se libre oficio con copia de la presente al INADI y a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a sus efectos.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. La Cámara describió la pretensión de la parte actora en los siguientes términos: “…el actor promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que ‘…*se ponga fin a la conducta arbitraria de la administración pública local que, por acción y omisión, impide que ejerza en condiciones dignas una actividad de mera subsistencia consistente en la venta ambulante de baratijas y, por consiguiente, se ordene al Gobierno de la Ciudad abstenerse de realizar cualquier acto que altere, restrinja o impida el ejercicio de esa actividad laboral’”* (cf. las fs. 101, la cursiva corresponde al original); interpretación que no viene controvertida. En esas condiciones, coincido con mis colegas en que la cuestión de fondo aquí planteada resulta análoga a la resuelta por este Tribunal in re “Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. nº 6162/08, sentencia del 5 de marzo de 2009. Así las cosas, por las razones que dí al votar en esas actuaciones, a las que me remito, voto por rechazar la queja de fs. 1/17.

Ello no importa emitir decisión alguna acerca de los derechos que le puedan asistir al aquí recurrente frente a la decisión que, afirma, dictó la Administración denegándole un permiso “’…para la comercialización de productos en la vía pública’” (fs. 14vuelta).

2. En cuanto a las conclusiones que en el voto de mi colega Alicia E. C. Ruiz se pretenden derivar de la cita de Marienhoff, me remito a lo dicho en el punto 3 de mi voto *in re* “Noguera Adriana s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ’Noguera Adriana c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, expte. nº 7327/10, sentencia de este Tribunal del 24 de noviembre de 2010.

Por ello, oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 1/17.

<u>El juez José Osvaldo Casás dijo:</u>

1. Adhiero al voto de la Sra. jueza de trámite, Dra. Ana María Conde y a los argumentos concordantes que desarrolla en su voto mi colega el Dr. Luis F. Lozano.

2. Tal como surge del relato efectuado en el punto 1 del "resulta", la pretensión del actor en esta acción de amparo, descripta con exactitud por la jueza de grado y luego por los jueces de la Cámara al dictar sentencia, está orientada a lograr que se *"ponga fin a la conducta arbitraria de la administración pública local que, por acción y omisión, impide que ejerza en condiciones dignas una actividad de mera subsistencia consistente en la venta ambulante de baratijas y, por consiguiente, se ordene al Gobierno de la Ciudad abstenerse de realizar cualquier acto que altere, restrinja o impida el ejercicio de esa actividad laboral"* (fs. 1 vta., 69 y 101, autos principales).

3. En lo que aquí interesa, la Cámara expresó que la pretensión del actor no podía tener acogida favorable en tanto ésta, en definitiva, implicaba un uso particular, especial y diferenciado del dominio público y que aquel derecho de *uso especial* necesariamente debía ser otorgado por aquellos órganos específicos del GCBA mediante un acto expreso. En este sentido, el *a quo* manifestó que en autos no se había demostrado que la actuación del GCBA para con el actor hubiese sido irrazonable o arbitraria y recalcó que no correspondía a los magistrados conceder un uso privilegiado del dominio público para desarrollar actividades sin una norma expresa que así lo autorizase, en tanto tal cuestión responde a la observancia de criterios de oportunidad (fs. 101 vta./102, autos principales).

Desde esta perspectiva, coincido con mis colegas en cuanto a que la cuestión de fondo aquí planteada resulta similar a la tenida en cuenta por el Tribunal en el precedente *"Esquivel Pizarro"*, circunstancia que conduce al rechazo de la queja deducida. Cabe precisar además que, en el caso, el recurrente no muestra que el objeto del presente amparo haya abarcado la impugnación del acto por intermedio del cual, según alega, le habría sido denegado en sede administrativa el permiso requerido, así como tampoco acredita que tal cuestión —acerca de la cual no versó la sentencia que ahora impugna— haya formado parte del debate ventilado en autos.

Por las consideraciones expuestas, corresponde disponer el rechazo de la queja deducida a fs. 1/17.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:

1. Rechazar el recurso de queja planteado por Juan Carlos Milano.

2. Agregar a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 5 de marzo de 2009 en los autos "*GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)'*" (expte. nº 6162/09), como parte integrante del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

3. Mandar que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.