



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA ÚNICA
SANCHEZ MARIA ISABEL Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)

Número: EXP 43301/2012-0

CUIJ: EXP J-01-00027957-5/2012-0

Actuación Nro: 14316282/2020

Ciudad de Buenos Aires.

VISTOS:

Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante GCBA– (a fs. 1074/1088), contra la sentencia que hizo lugar a la presente acción amparo (v. fs. 1052/1068), cuyo traslado fue contestado por la parte actora (v. fs. 1091/1098).

CONSIDERANDO:

I. El 15 de febrero de 2012, María Isabel Sánchez, Mirta Beatriz Espinosa, María Cristina Romero y Marta Beatriz Purama, por derecho propio y como integrantes del colectivo de artesanos que despliegan su actividad en el área de la calle Perú, con el patrocinio del Defensor ante los Juzgados de Primera Instancia, promovieron la presente acción de amparo contra el GCBA a fin de resguardar sus derechos al trabajo, a la vida, a la salud, a la vivienda, a la autonomía personal, a un nivel de vida adecuado, y a la dignidad. Más puntualmente, solicitaron que se ordene a la autoridad administrativa que garantice, respete y asegure de forma efectiva la labor que ejercen como productores de artesanías y manualidades en el ámbito local (cfr. fs. 1/15 vta.).

Relataron que a través de la sanción de la ley n° 4121 (BOCBA n° 3852, del 10/02/12), la Legislatura creó un espacio de negociación para encontrar una solución sobre la ocupación del espacio público en la calle Perú. En efecto, en la cláusula transitoria tercera se instituyó una Comisión Legislativa para encaminar y resolver tal conflicto en el plazo de ciento veinte (120) días.

Sin embargo, explicaron que, pese a la manda legislativa y habiendo transcurrido un (1) mes desde la fecha indicada para el inicio de las negociaciones, no recibieron citación alguna.

Consideraron que, de tal modo, la demandada reveló una actitud omisiva que calificaron como arbitraria e ilegítima, ya que no ejecutó acciones ni implementó medidas idóneas para generar un ámbito que permitiera a los artesanos desempeñar su actividad laboral y cultural, conforme al marco jurídico aplicable.

Argumentaron que a través de tal disposición (Ley 4121) se otorgó reconocimiento legislativo al colectivo que conforman y, por tanto, éste adquirió entidad jurídica propia, pues de la norma surge que corresponde considerarlos y escucharlos a los efectos de resolver su situación.

Por eso, entendieron indispensable la intervención judicial a los efectos de que se intime a la demandada a llevar adelante el espacio de debate ya que consideran que sólo de ese modo se puede asegurar la transparencia y legitimidad del procedimiento legalmente previsto.

Asimismo, se opusieron a la reubicación inconsulta, por la fuerza, en espacios antojadizos que carecen de significado sociocultural a diferencia del paseo peatonal de la calle Perú.

Hicieron referencia a las especiales características del mundo artesanal, su tutela, el interés que representa –que en su criterio justifica su distinción y promoción atento a la calidad de expresión cultural que reviste–, y el patrimonio cultural de la Ciudad.

Agregaron que a pesar del paso dado por el legislador local a través de la sanción de la ley n° 4121, su derecho a participar de la vida cultural de la Ciudad consagrado en la Constitución local (CCABA) y en normas concordantes de instrumentos internacionales, y la obligación del Estado local de garantizar la preservación y la difusión cultural, estos valores no fueron protegidos.

Recordaron que, con carácter previo, el GCBA había incurrido en comportamientos que califican como ilegítimos, pues implicaron el despliegue de operativos para desocupar las calles Florida y Perú del conjunto de personas que desarrollaban allí su actividad laboral. Señalaron que dichas conductas motivaron la promoción de los autos caratulados “*Sánchez María Isabel y otros c/ GCBA s/ medida*

cautelar” (expte. n° 43301/0), en cuyo marco, el 29 de diciembre de 2010, se dictó una medida cautelar en la que se ordenó al GCBA que, durante la tramitación del proceso principal, se asignara a cada uno de los actores un puesto en alguna de las ferias artesanales, en los términos de la ordenanza n° 46065. A su vez, destacaron que allí se ordenó que hasta tanto la demandada cumpliera con lo anterior, debía abstenerse de innovar en la situación en la que se encontraban los actores.

Explicaron que a través de dicha orden judicial lograron contrarrestar las situaciones de violencia moral y física a las que se encontraban expuestos. Aun así, mencionaron que con posterioridad a su dictado debieron soportar el asedio policial y el de los agentes del GCBA, por lo que consideran que son sujetos pasibles de un desalojo forzoso en caso de no encontrarse judicialmente tutelados sus derechos a través de la presente acción.

Argumentaron que el accionar de la autoridad pública supone una infundada protección del dominio público, carente de apoyo normativo, y que lesiona los derechos de rango constitucional y convencional de su titularidad.

Finalmente, destacaron que, si bien el presente amparo fue iniciado por algunos de los trabajadores que se desempeñan en el área de la calle Perú y Florida, cierto es que de los datos obtenidos a través de los relevamientos efectuados por el Ministerio Público de la Defensa surge que el colectivo comprende doscientas sesenta (260) personas.

Detallaron que la venta de artesanías constituye su única fuente de trabajo y sustento, y que carecen de otros ingresos para afrontar sus necesidades básicas.

Fundaron su pretensión en derecho, citaron doctrina y jurisprudencia y ofrecieron prueba en respaldo de sus pretensiones.

II. Posteriormente, el GCBA contestó el traslado de la demanda (v. fs. 26/34 vta.).

Recordó que la venta en la vía pública se encuentra, en principio, prohibida y que para ejercer dicha actividad es necesaria la concesión de un permiso precario otorgado por la Administración, circunstancia que configura una excepción a la regla general (mandato de prohibición). Particularmente, afirmó que el permiso de uso es la

figura que justamente incluye el uso del espacio público para desarrollar actividades de escasa significación económica –v.gr. la venta al por menor de baratijas o artesanías–.

Luego, indicó que los actores no acreditaron la titularidad de permiso alguno, sino que se limitaron a alegar su condición de vendedores de artesanías en la vía pública y que su actividad podría considerarse de mera subsistencia.

Manifestó que, tanto el derecho a trabajar como el uso y goce de bienes del dominio público por parte de los particulares, debe realizarse en las condiciones previstas por las leyes.

Explicó que de conformidad con lo estipulado en los artículos 102 y 104 de la CCABA, la Administración de la Ciudad y el ejercicio del poder de policía para otorgar permisos y habilitaciones para utilizar el espacio público, competen al Jefe de Gobierno. Por ello, entendió que se trata de una potestad que integra la zona de reserva de la Administración. Asimismo, agregó que tales normas deben complementarse con otras disposiciones constitucionales, como el artículo 27, inciso 3º, sobre la tutela del dominio público.

En razón de lo precedentemente expuesto, indicó que no puede sostenerse la existencia de un vacío legal que permita el uso particular, diferenciado, y sin permiso del espacio público.

Concluyó que, si la actividad laboral que pretenden ejercer los actores supone la explotación comercial del espacio público sin un permiso, éstos no pueden gozar de amparo constitucional por encontrarse en contravención con lo previsto en los referidos artículos de la CCABA y que, como consecuencia de ello, se encuentran expuestos a medidas tales como aquella que prevé el artículo 12 del decreto n° 1510/97.

Cuestionó que los amparistas hayan alegado haber sido turbados por el personal policial sin aportar prueba alguna sobre la supuesta arbitrariedad e ilegalidad.

Argumentó que, en las condiciones expuestas, resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual deviene arbitrario el pronunciamiento que prescinde de la consideración de una norma aplicable que resulte decisiva en el caso.

Por último, con respecto a la actividad artesanal, manifestó que el GCBA fomenta el trabajo de los artesanos a través de las ferias que se encuentran en el espacio

público, pero no en cualquier calle de la Ciudad, según el criterio arbitrario de los artesanos particulares.

Dicha actividad según comentó se encuentra reglamentada por la ordenanza n° 46075 y los decretos n° 435/03 y 662/03.

Fundó su pretensión en derecho, citó doctrina y jurisprudencia.

III. Luego, la causa se abrió a prueba (v. fs. 37) y se produjeron los medios ofrecidos por la parte actora (cfr. fs. 44 y 51/51 vta.).

En particular, el actor acompañó constancias sobre la constitución de la Comisión Legislativa creada por la ley n° 4121, y del intercambio producido en dicho ámbito en torno a la propuesta de traslado y, por último, su finalización (v. fs. 58/64 vta.).

Acto seguido, la magistrada de grado invitó a las partes a que acercaran propuestas superadoras para arribar a una solución consensuada (cfr. fs. 65). En dicho contexto, la parte actora realizó ofrecimientos (v. fs. 76/78 vta. y 150/155 vta.) que fueron rechazados por la contraria (v. fs. 121/123 vta. y 159/159 vta.).

Ulteriormente, la *a quo* convocó a las partes a una audiencia (cfr. fs. 161, 168 y 177), en la que se debatió sobre el diseño de una prueba piloto para la creación de una feria (v. fs. 187/188).

Como consecuencia de lo anterior, la jueza de grado estableció la conformación de un espacio de diálogo a fin de que las partes pudiesen arribar a un acuerdo conciliatorio y, por ello, suspendió los plazos procesales (v. fs. 189/190). El 8 de abril de 2014 se llevó a cabo una mesa de diálogo (v. acta de fs. 239/240).

Luego se realizó una constatación en la calle Perú (cfr. fs. 276 y 283).

Posteriormente, la parte actora denunció la instalación de un toldo en el frente de la confitería London City (v. fs. 290/291) y se llevó a cabo otra constatación judicial (v. fs. 325). Frente a ello, el magistrado de primera instancia ordenó la suspensión de tales actividades (v. fs. 326/328 vta.). Asimismo, dicha cuestión suscitó la celebración de distintas audiencias (cfr. fs. 334/334 vta., 337/337 vta. y 341/341 vta.).

Más adelante, se reanudaron los plazos procesales y se dispusieron nuevas medidas probatorias (cfr. fs. 375/375 vta., 381, 459, 493/493 vta., 522, 538, 563, 627, 646, 880/881), que fueron agregadas a la causa (379, 385/480 vta., 460/474, 476/486,

494/503, 539/554, 570/623 vta., 653/654 vta., 663/857 vta. y 860/863 vta., 897/1033 vta., 1035/1043 vta.), y se celebró una nueva audiencia (fs. 864/864 vta.).

IV. El 3 de abril de 2019, el juez de grado hizo lugar a la acción de amparo (v. fs. 1052/1068).

En primer término, se pronunció acerca de su admisibilidad formal. Al respecto, observó que los actores invocaron la afectación de derechos de nivel constitucional –a trabajar y a ejercer industria lícita, arts. 14 y 14 *bis* de la CN– como consecuencia de una conducta de la demandada que calificaron como ilegítima. Por ello y tomando en consideración que la cuestión propuesta no requería de un debate mayor ni de prueba distinta a la agregada y sustanciada en la causa, entendió que el análisis no excedía el marco propio del proceso de amparo.

Con respecto al conflicto que motivó el inicio de las presentes actuaciones, afirmó que la parte actora se compone de un grupo de artesanos y manualistas que desarrollan sus actividades en la calle Perú, entre Rivadavia y Alsina, y que recurrieron a la jurisdicción judicial en el año 2011 a fin de evitar que se les impidiera realizar sus tareas, luego de un desalojo de la zona propiciado por el personal del GCBA.

Asimismo, señaló que los actores requirieron que se dispusiera lo pertinente para asegurar la continuidad de la actividad laboral y cultural, en el ámbito y con las condiciones que lo venían haciendo.

Sostuvo que las ferias artesanales en espacios públicos de la Ciudad se establecieron de manera espontánea hace más de dos (2) décadas y que la legislación tendiente a ordenar y otorgar un marco regulatorio adecuado a su funcionamiento fue sancionada con posterioridad. En esa línea argumentativa, dijo que tales normas reconocieron el derecho de los feriantes a ejercer su labor.

Por ello entendió que la pretensión de los amparistas, esto es que se les reconozca el derecho ya adquirido de continuar desarrollando su actividad artesanal en la calle Perú, se condice con el espíritu de las leyes que regulan el funcionamiento de las ferias. Y añadió que ello también se corrobora a partir del texto de la cláusula transitoria tercera de la ley n° 4121 que afirmó la existencia del emplazamiento respectivo y estableció un mecanismo para la resolución del conflicto.

Concluyó que, si la feria era preexistente a la sanción de la ley n° 4121 y los artesanos de la calle Perú ya se encontraban censados, una interpretación integral de la norma tiene que haber llevado a la autoridad de aplicación a regularizar la situación de aquéllos. Por ello, señaló que, ante el fracaso de la Comisión Legislativa establecida en la ley, las autoridades debieron haber otorgado los permisos de uso a los feriantes que se encontraban censados.

Luego, se explayó en torno a la protección del derecho a trabajar e indicó que la labor de los artesanos puede considerarse como trabajo informal, razón por la cual destacó que, en caso de no permitirse su continuidad, se los expondría al desempleo y al consiguiente deterioro de su manera de vivir, teniendo en cuenta la crisis económica.

Estimó que las facultades de la demandada vinculadas a la utilización del espacio público no pueden introducir restricciones que alteren el contenido de los derechos comprometidos en estos autos.

Destacó la responsabilidad que –según explicó– cabe a la parte demandada por haber permitido el funcionamiento de la feria artesanal de la calle Perú durante varios años y la decisión súbita de impedir que continuara desarrollándose dicha actividad. Por ello, argumentó que al momento de adoptar la decisión de modificar las condiciones que generó por sí, la demandada tendría que haber propuesto e instrumentado alternativas idóneas para brindar soluciones al problema social. Ello así, por cuanto es responsable por mandato constitucional y, asimismo, tal aspecto no puede recaer sobre quienes utilizan el espacio público como un medio de subsistencia. A su vez, estimó aplicable al caso el principio general de la buena fe y el de confianza legítima, como un modo de protección de los artesanos frente al cambio repentino implementado por la Administración.

Por otra parte, dijo que la actuación del GCBA debe regirse por el principio de igualdad de trato frente a situaciones similares y que de las constancias de la causa se desprende que su actitud frente a otros grupos de artesanos fue diferente, en especial en referencia a la autorización otorgada para el emplazamiento de la feria Paseo de la Recova. A ello añadió que la existencia de lo que calificó como un doble estándar de tratamiento también surge en torno a la autorización otorgada a la confitería London City por la instalación de un toldo en la vía pública.

En razón de lo precedentemente expuesto concluyó que la actitud asumida por el GCBA –esto es, impedir la continuidad de la labor que desarrollan los artesanos que participan de la feria de la calle Perú y, a su vez, negarles los permisos necesarios para la regularización de su actividad– resulta ilegítima y arbitraria, por cuanto atenta contra su derecho a trabajar y a recibir un trato igualitario.

En consecuencia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al GCBA que: 1) regularice el funcionamiento de la feria artesanal de la calle Perú, autorizando la continuidad de su funcionamiento; 2) otorgue los permisos pertinentes a aquellos artesanos que hayan sido censados por el Ministerio Público de la Defensa o acrediten que desarrollan tareas en el lugar y no hayan sido incluidos en tal relevamiento por razones de fuerza mayor; 3) provea los puestos necesarios para el desarrollo de la actividad, a cuyo fin los artesanos deberán presentar ante las autoridades los formularios correspondientes; y 4) hasta tanto se encuentre firme la decisión adoptada, se mantenga la vigencia de la medida cautelar dispuesta en el marco del incidente n° 43301/2.

V. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de apelación (v. fs. 1074/1088).

Se agravió, en síntesis, por cuanto entiende que el juez en el marco de la sentencia aquí impugnada: 1) invadió la zona de reserva de la Administración; 2) no contempló que, tratándose de bienes del dominio público, su uso y goce por los particulares debe tener lugar en las condiciones previstas por las leyes; y 3) prescindió de las constancias de la causa y efectuó una interpretación errónea de la normativa que rige la materia.

En efecto, expuso que las cuestiones propuestas por los amparistas resultan ajenas a las atribuciones del poder judicial y que, por lo tanto, la decisión adoptada invade la zona de reserva de la Administración. Sostuvo que la CCABA reservó el otorgamiento de permisos y habilitaciones para el ejercicio de actividades comerciales en la vía pública al Jefe de Gobierno de la Ciudad. A su vez, señaló que la Legislatura de la Ciudad dictó la ley n° 4121 que reguló el funcionamiento de las actividades feriales.

Por ello, entendió que la circunstancia de que la situación de los actores no haya sido contemplada en la normativa mencionada, no permite la creación de un privilegio en su favor por parte del poder judicial.

Dijo que el fracaso del mecanismo previsto en la normativa señalada para la solución del conflicto no le resulta imputable al GCBA, pues ofreció soluciones que fueron rechazadas por los actores.

Argumentó que no puede considerarse que los actores tengan un derecho adquirido por estar ocupando indebidamente el espacio público, con fundamento en su derecho a trabajar. En esa línea argumentativa, recordó que, según su criterio, los actores iniciaron la presente causa en el marco de la ilegalidad, y que durante el transcurso del proceso se mantuvieron en tal tesitura al amparo de una medida cautelar, y que, finalmente, a través de la sentencia de grado, se pretende convalidar una situación de hecho no prevista por las normas.

Agregó que el otorgamiento de permisos configura una excepción a una prohibición general impuesta por una norma de policía sobre una actividad que resulta meramente tolerada.

Por otra parte, destacó que el derecho constitucional a trabajar y ejercer industria lícita invocado por los actores debe ejercerse de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio y que tampoco puede soslayarse que el uso y goce de bienes del dominio público debe hacerse en las condiciones previstas por las leyes. De tal modo concluyó que, si el aludido derecho a trabajar se vinculase con la utilización del espacio público, debe estar sujeto al otorgamiento previo de un permiso de carácter temporal.

Finalmente, se agravió por cuanto entiende que el magistrado prescindió de las constancias de la causa y realizó una interpretación errónea de las normas.

A su vez, cuestionó que el sentenciante contemplara los derechos constitucionales invocados por los actores y omitiese referirse a las atribuciones que corresponden al poder legislativo, según el mismo texto legal. Asimismo, señaló que tampoco hubo mención alguna a la ordenanza n° 25764/MCBA/71, en cuanto regula los usos, tránsito, publicidad y actividades de la calle Florida entre Rivadavia y Marcelo T. de Alvear, y de la calle Perú entre Av. de Mayo y Rivadavia y transversales, de donde se desprende que se encuentra prohibida la comercialización en la vía pública.

Por último, discutió el alcance otorgado por el magistrado a la sentencia, el carácter de artesano atribuido a los actores, la carga de proveer los puestos, y la mención de lo acontecido respecto de la feria de la calle Defensa al 700 y de la confitería London City.

En síntesis y por todo lo expuesto, consideró que la sentencia dictada en la causa resulta arbitraria y, por tanto, debe ser revocada.

VI. La parte actora contestó el traslado de tales fundamentos (cfr. fs. 1091/1098).

Indicó que el GCBA realizó un análisis erróneo y simple de la problemática involucrada en la causa.

Recordó que uno de los núcleos principales del pleito radica en que la sanción de la ley n° 4121 implicó un reconocimiento legislativo, específico y concreto, del colectivo de los artesanos. Y añadió que la circunstancia de que en el marco de la comisión legislativa no se haya arribado a una propuesta superadora y consensuada para solucionar el conflicto bajo análisis, no desvanece el mandato ni el reconocimiento conferido en aquella norma a su favor.

Sobre dicho aspecto, dijo que el proceso de composición previsto en la ley citada quedó suspendido en la medida en que la única propuesta ofrecida por la autoridad administrativa fue el traslado de los artesanos a la plaza Roberto Arlt, en donde no existe público capaz de sostener el nivel de las ventas.

Destacó que no se encuentran discutidas las potestades de la administración respecto de la regulación de los bienes comunes, ni se pone en tela de juicio el principio constitucional que sostiene la inexistencia de derechos absolutos, sino que en verdad el objeto de este juicio se orienta a que la autoridad administrativa adecúe sus potestades reglamentarias al mandato legislativo que surge de la cláusula transitoria tercera de la ley n° 4121.

Finalmente, manifestó que el colectivo actor se compone de artesanos, cuya actividad se encuentra reconocida por el artículo 32 de la CCABA, y que ejercen sus actividades de manera ordenada y sin generar perjuicio a los peatones ni comerciantes.

Por último, cuestionó los dichos de la recurrente sobre el hecho de que no se encuentra probado el carácter de artesanos de los actores y que la sentencia alcance a un número indeterminado de personas.

Concluyó que la interpretación del magistrado de grado no evidencia extralimitaciones, sino que confronta el funcionamiento de la burocracia estatal con los valores constitucionales y la normativa que rige el presente caso.

VII. Recibidas las actuaciones en esta instancia tomó intervención la representante del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara (v. fs. 1110/1118 vta.).

La señora fiscal advirtió que el *a quo* no individualizó un acto u omisión que, en forma actual o inminente, hubiese lesionado, restringido, alterado o amenazado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (CN), los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la CCABA, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte. En tal sentido, observó que la decisión adoptada en la instancia de grado establece la obligación del demandado de colocarse al margen de las normas.

A su vez, destacó que aquella decisión no constituye una manifestación de las atribuciones conferidas al poder judicial, sino que importa la sustitución de competencias propias del poder político, vinculadas al uso del espacio público.

Concluyó que no resulta atendible lo expresado en torno a los supuestos derechos adquiridos de los actores y que la invocada violación al principio de igualdad se relaciona con casos que difieren del planteado en estos autos.

VIII. En tales condiciones, se elevaron los autos al acuerdo de esta Sala (v. fs. 1123).

IX. En el contexto detallado, corresponde abocarse al tratamiento de la cuestión de fondo.

Los actores reclaman que se garantice, respete y asegure de forma efectiva la labor que ejercen como productores de artesanías y manualidades en el espacio sobre la calle Perú, entre Rivadavia y Alsina, pues entienden que existe una omisión arbitraria por parte de la demandada que les impide el ejercicio de tal derecho.

En contraposición, el GCBA invoca la existencia de un interés público en el uso del espacio público y la consecuente necesidad de contar con un permiso para el ejercicio de dicha actividad; y alude a las potestades de la Administración para regular esta cuestión.

Voto del juez Carlos F. Balbín

X. Con el objeto de tratar el recurso del GCBA, y por razones de método y mejor argumentación, me expediré en primer término sobre los derechos del grupo actor.

En segundo término, habré de considerar el marco regulatorio de los bienes del dominio público (es decir, las calles; y, en particular, las normas aplicables a la calle Perú en donde los accionantes desarrollan su actividad y ejercen así sus derechos) y el uso especial de tales bienes.

En tercer término, analizaré el reconocimiento y permiso estatal sobre el bien público a través del desarrollo legislativo y las conductas del propio Poder Ejecutivo (es decir, el ejercicio de las competencias estatales y su correlato en el reconocimiento del derecho de los actores sobre el uso especial del bien). Y, luego, la eventual revocación de ese uso especial y el respectivo derecho.

En cuarto término, evaluaré si el ejercicio de los derechos de los accionantes en los términos aquí expuestos es compatible con los derechos de los terceros sobre el bien público.

Y, por último, argumentaré por qué la solución a adoptar es compatible con el principio constitucional sobre división del poder.

XI. Los derechos de los demandantes

XI.1. La condición de artesanos y manualistas del grupo actor

En este apartado corresponde, ante todo, analizar el agravio de la demandada dirigido a cuestionar **el carácter de artesanos** de los actores.

En primer lugar, cabe señalar que las normas locales han incluido definiciones conceptuales que permiten identificar jurídicamente a los grupos de artesanos y sus respectivas actividades.

Así, la ordenanza n° 46075 que declaró de interés municipal a la actividad artesanal en la Ciudad, considera “artesano” a todo trabajador que, de acuerdo a su oficio, sentimiento e ingenio, se dedique personalmente a la elaboración de un objeto utilizando la habilidad de sus manos o técnicas materiales y herramientas que el medio le provee (art. 3°); y, asimismo, define como “artesanía” a todo objeto utilitario o decorativo para la vida cotidiana del hombre, producido en forma independiente, utilizando materiales en su estado natural o procesados industrialmente, utilizando instrumentos y máquinas en las que la destreza manual del hombre sea imprescindible y fundamental para imprimir al objeto una característica artística que refleje la personalidad del artesano (art. 4°).

Por su parte, la ley n° 4121 –que regula el funcionamiento de las actividades feriales– entiende como “manualidad” a todo proceso mediante el cual se incorpora valor a los productos creados o transformados por el permisionario, siendo el valor la aplicación de un esfuerzo personal al bien que se comercializará; a su vez, prohíbe expresamente la actividad de reventa y la venta de artículos industrializados o a gran escala en las ferias de manualistas reguladas por dicha ley, con las excepciones allí previstas (art. 4°).

En sentido concordante, el Simposio UNESCO/CCI sobre “La artesanía y el mercado internacional: comercio y codificación aduanera” (celebrado en Manila, Filipinas, entre el 6 y el 8 de octubre de 1997), establece que los productos artesanales son aquellos *“producidos por artesanos, ya sea totalmente a mano, o con la ayuda de herramientas manuales o incluso de medios mecánicos, siempre que la contribución manual directa del artesano siga siendo el componente más importante del producto acabado. Se producen sin limitación por lo que se refiere a la cantidad y utilizando materias primas procedentes de recursos sostenibles. La naturaleza especial de los productos artesanales se basa en sus características distintivas, que pueden ser utilitarias, estéticas, artísticas, creativas, vinculadas a la cultura, decorativas, funcionales, tradicionales, simbólicas y significativas religiosa y socialmente”* (Disponible en el siguiente enlace: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000111488_spa).

En segundo lugar, y más allá del marco regulatorio detallado, cabe destacar que, en términos aplicativos de dicho espacio regulatorio, el Gobierno de la Ciudad por

disposición n° 102/DGFYM/12 convocó a las personas que ejercían actividades artesanales y manualistas en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina), a un proceso de evaluación y fiscalización, con el objeto de realizar pruebas de taller, inspeccionar la calidad de sus productos y evaluar los procesos de creación y/o transformación de aquellos, a fin de determinar la aptitud de los postulantes para el otorgamiento de los futuros permisos (v. fs. 51/51 vta.).

Los resultados de la mencionada inspección fueron entregados por los representantes del poder ejecutivo a la Comisión Legislativa de Protección y Uso del Espacio Público (v. fs. 387/394). De tal documentación se desprende claramente que se trata de artesanos marroquinos, talabarteros, tejedores, bisuteristas, pintores y productores de objetos artesanales de alambre, hierro, piedras, madera y metales, entre otras disciplinas. Asimismo, y en sentido concordante, merece destacarse la presencia de artesanos dedicados al “filete porteño”, pues se trata de una técnica pictórica tradicional inscrita en el año 2015 en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad (v. “El filete porteño de Buenos Aires, una técnica pictórica tradicional”, disponible en <https://ich.unesco.org/es/RL/el-filete-porteno-de-buenos-aires-una-tecnica-pictorica-tradicional-01069#identification>).

Asimismo, de la disposición n° 275/DGFYM/12 (BOCBA n° 3942, del 29/06/12) surge la identidad de los artesanos y manualistas que aprobaron las pruebas de taller.

Es decir, el propio Gobierno reconoció el carácter de artesanos de los aquí actores por medio de actos aplicativos del marco regulatorio específico y, como es sabido, tales actos se presumen legítimos y no han sido revocados por el Gobierno. A su vez, más allá de las decisiones singulares del Gobierno, cierto es que el trabajo de los actores coincide con el concepto sobre artesanías y manualidades desarrollado en el espacio regulatorio respectivo.

En tercer lugar, conforme el marco normativo descripto, las guías detalladas, y las decisiones singulares del propio Gobierno (según las constancias del presente proceso), cabe concluir que el grupo actor reviste el carácter de artesanos.

En consecuencia, el agravio debe ser rechazado por no existir controversia al respecto.

Entonces, establecido que los actores son artesanos y manualistas, corresponde referirse a los derechos derivados de su condición.

XI.2. El carácter operativo de los derechos

Ante todo, corresponde recordar que la protección constitucional de los derechos resulta operativa. En efecto, en el artículo 10 de la CCABA se establece que en la Ciudad rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la CN, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Y agrega que “[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

A su vez, el Máximo Tribunal Federal se ha pronunciado acerca de la importancia de dar operatividad a las cláusulas constitucionales, en tanto ha dicho que “Es bien sabido que [la CN] asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano” (Fallos: 327:3677).

XI.3. El derecho a trabajar

En el desarrollo y argumentación del presente proceso no puede soslayarse que la venta de artesanías constituye la fuente de trabajo y medio de subsistencia de los actores (derecho a trabajar). En tal sentido, no resulta ocioso recordar que la Constitución Nacional consagra el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14) y, a su vez, determina que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otras, condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis).

Por su parte, la Constitución local determina que la Ciudad protege el trabajo en todas sus formas y provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores y procura la observancia de su derecho a la información y consulta (art. 20).

El trabajo cuenta con especial protección a nivel internacional. Así, por caso, el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos especifica que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones

equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo; y el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a trabajar, que comprende el interés de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

Por su lado, el Protocolo de San Salvador –adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos– determina que “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. En tal sentido, reza que “los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo” (art. 6) en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (art. 7).

Sobre esta temática, también corresponde tener presente que la Corte IDH destacó que respecto de “los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses” (v. Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, párrafo 143).

El lazo entre el trabajo y otros derechos fundamentales no se agota en que aquél permite la obtención de recursos para la satisfacción de necesidades materiales, sino que también se encuentra íntimamente vinculado a la dignidad personal. En este orden, se ha dicho que “[e]l derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad (...) El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales, afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica” (Observación General n° 18: El Derecho al Trabajo, del Comité DESC).

La cuestión se relaciona también con el principio de autonomía individual que nuestra Constitución consagra en el art. 19 y que consiste en la posibilidad de elegir y materializar su propio plan de vida. Se trata en consecuencia del reconocimiento a la autodeterminación y su fundamento radica en la dignidad de la persona y el respeto a la libertad personal.

Al respecto, se ha dicho que “el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos (...) la libertad de acceso a recursos materiales (...) la libertad de trabajo” (NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Bs. As., Ed. Astrea, 1992, pág. 167).

XI.4. El derecho a la preservación del patrimonio cultural

Cabe recordar el particular interés que reviste tal derecho, conforme el texto de la CN, en cuanto incorporó en el año 1994 el deber de las autoridades de proveer lo conducente a su preservación (art. 41).

También constituye prueba elocuente de ello el tratamiento que ha recibido en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ejemplo, el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “[e]s deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu” y, a su vez, prevé el derecho de toda persona de participar en la vida cultural de la comunidad (art. XIII); también dicho derecho ha sido contemplado

en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 27.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– (art. 15.1.a) que expresamente establece que, entre las medidas que los Estados partes deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio del derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura del mismo modo que el compromiso a respetar la indispensable libertad para la actividad creadora (v. arts. 15.2 y 3).

A su vez, reviste particular trascendencia la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, dictada el 17 de octubre de 2003 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO–, e incorporada a nuestra legislación nacional a través de la ley n° 26.118 (BO n° 30956, del 27/07/06). De su texto surge que, en aquella oportunidad, la UNESCO ponderó la importancia que reviste el patrimonio cultural inmaterial, como “...*crisol de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible...*” y como “...*factor de acercamiento, intercambio y entendimiento entre los seres humanos*”; al tiempo que reconoció “...*que los procesos de mundialización y de transformación social por un lado crean las condiciones propicias para un diálogo renovado entre las comunidades pero por el otro también traen consigo, al igual que los fenómenos de intolerancia, graves riesgos de deterioro, desaparición y destrucción del patrimonio cultural inmaterial, debido en particular a la falta de recursos para salvaguardarlo...*” (sic).

En ese entendimiento, en el instrumento antes mencionado se destacan, entre sus finalidades, la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial; el respeto de aquél y la sensibilización en el plano local, nacional e internacional respecto de su importancia y reconocimiento (art. 1). A su vez, se definió al “patrimonio cultural inmaterial” como “...*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y*

contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana” (art. 2.1).

Cabe destacar que en dicha Convención se establece que el “patrimonio cultural inmaterial” se manifiesta en particular en los siguientes ámbitos: “...*a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales” (art. 2.2, el subrayado no corresponde al original).*

Asimismo, entre las funciones que incumbe adoptar a cada Estado Parte a fin de salvaguardarlo en el plano local, se destacan la identificación y definición de los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes (art. 11.b); la adopción de una política general encaminada a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad e integrar su salvaguardia en programas de planificación (art 13.a); y acoger medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio (art 13.d.ii). A su vez, se dispone que, en el marco de sus actividades de salvaguardia, cada Estado Parte tratará de “... *lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, de los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo” (art. 15).*

Por medio de la Convención se creó el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, cuya función es, entre otras, preparar las directrices operativas para la aplicación de aquella (arts. 5 y 7).

Estas fueron aprobadas por primera vez en junio de 2008, y modificadas en los años 2010, 2012, 2014 y 2016, respectivamente. Entre otras cuestiones, se refieren a la relación entre la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y el desarrollo sostenible en el plan nacional (capítulo VI).

Al respecto, se establece que “*Los Estados Partes se esforzarán por sacar el máximo partido de la potente fuerza que representa el patrimonio cultural inmaterial en el fomento del desarrollo económico inclusivo y equitativo, ya que engloba una gran*

variedad de actividades productivas con valor monetario y no monetario y contribuye, en particular, al fortalecimiento de las economías locales. Para ello, se alienta a los Estados Partes a respetar la naturaleza de este patrimonio y las circunstancias específicas de las comunidades, grupos o individuos interesados, especialmente en lo referente a sus opciones por gestionarlo de modo colectivo o individual, proporcionándoles las condiciones necesarias para la práctica de sus expresiones creativas y promoviendo un comercio equitativo y relaciones económicas éticas” (VI.2, punto 184).

Asimismo, se afirma que los Estados Partes velarán con el propósito de que se reconozca, promueva y valore la contribución del patrimonio cultural inmaterial a la generación de ingresos, al mantenimiento de los medios de subsistencia, al empleo productivo y el trabajo decente de las comunidades, grupos e individuos. Para ello, se alienta a los Estados Partes a adoptar medidas jurídicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para “...fomentar las oportunidades que tengan las comunidades, grupos e individuos para generar ingresos y mantener sus medios de subsistencia a fin de que se puedan garantizar la práctica, transmisión y salvaguardia sostenibles de su patrimonio cultural inmaterial...” (VI.2.1.b.i, punto 185); y “...promover el empleo productivo y el trabajo decente para las comunidades, grupos e individuos en la práctica y transmisión de su patrimonio cultural inmaterial, ofreciéndoles a la vez protección y ventajas en materia de seguridad social...” (VI.2.2.b.i, punto 186).

Posteriormente, en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en 2005 por la UNESCO y aprobada por el Congreso Nacional mediante la ley n° 26.305 (BO n° 31306, del 19/12/07), se ratificaron algunos conceptos. Por caso, se destacó “...la importancia de la cultura para la cohesión social en general...” (sic.). Asimismo, se señaló como objetivo la reafirmación del vínculo entre la cultura y el desarrollo (art. 1.f). Entre sus principios rectores se destaca el de la complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo, en tanto prevé que “[h]abida cuenta de que la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de éste son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute” (art. 2.5).

También resulta de aplicación relevante al caso bajo análisis lo previsto en el texto de la CCABA, donde se establece que la Ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras; asegura la libre expresión artística; impulsa la formación artística y artesanal; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones; y, por tanto, garantiza la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios (art. 32).

En línea con lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “...*el patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros*” (Fallos: 336:1390).

Aunado a lo anterior, al constituir la labor artesanal una disciplina que merece especial atención como manifestación del patrimonio cultural y que integra la política cultural de la Ciudad, cabe concluir que compete a la demandada la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para proveer al resguardo de la tarea de los artesanos.

En este sentido, tuve oportunidad de señalar que “el gobierno ha de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos, lo cual comprende medidas de acción positiva tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos” (“Aguilera Penayo, Angelina y otros c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, EXP 33885/0, sentencia del 19 de noviembre de 2009).

En efecto, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales exigen prestaciones estatales de contenido negativo (abstenciones) y positivo (obligaciones de hacer), de modo que no existen razones que justifiquen distinguir entre estas categorías, sin perjuicio de los recursos disponibles.

Más claro, el Estado siempre debe garantizar los derechos básicos –individuales y sociales– (Balbín, Carlos, “Tratado de Derecho Administrativo”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2015, t. I, pp. 166-167).

Cabe agregar que ya desde su primer caso contencioso (“Velásquez Rodríguez v. Honduras”, del 29/7/88), la Corte IDH sostuvo la existencia de obligaciones positivas del Estado a efectos de garantizar la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, no es posible soslayar que la actividad en cuestión se desarrolla en un bien del dominio público; circunstancia con implicancias jurídicas que también deben ser consideradas en el presente proceso judicial.

XII. Los bienes del dominio público y su uso

Corresponde tener presente que, de acuerdo con el inciso f del artículo 235 del Código Civil y Comercial de la Nación –sin perjuicio de otras leyes y decretos específicos– son bienes pertenecientes al dominio público “las *calles*, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común”.

A su vez, conforme el artículo 237 del citado Código estos bienes son inenajenables, inembargables e imprescriptibles; y las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales.

Sobre esta cuestión, he sostenido que es posible definir a los bienes del dominio público, en términos conceptuales y más allá del detalle legislativo, como el conjunto de bienes de propiedad del Estado que se encuentran destinados a la *utilidad o interés común*; trátase del uso común y directo de las personas, o cualquier otro de carácter colectivo.

De este modo, la regulación del uso de los bienes del dominio público debe asentarse en el reconocimiento y la satisfacción de derechos y, en particular, “sujetarse a los principios de *compatibilidad* (el uso de unas personas no puede impedir el de otras); *prioridad de los menos autónomos* (en caso de escasez o uso más restringido debe darse preferencia a los que menos posibilidades tienen de acceder por sus propios medios); y *protección de los bienes* (el deber de cuidarlos, de modo tal que el uso de unos no

perjudique al de los otros)” (cfr. Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, t. II, p. 926).

En síntesis, el uso es común (es decir, el uso es de todos en ejercicio de sus derechos, y conforme los principios de compatibilidad, prioridad y protección). Sin perjuicio de ello, es posible que el Estado establezca usos especiales (y, por tanto, restrictivos del uso común) a través de permisos otorgados por él y regulados por el Legislador.

En el presente caso, entonces, el aspecto controvertido radica en el uso de un bien del dominio público –las calles– por parte de un colectivo de personas, en ejercicio de sus derechos a trabajar y a participar de la vida cultural, sin permiso especial expresamente conferido por el Gobierno.

XIII. El desarrollo legislativo sobre los bienes y derechos comprometidos en el conflicto

Como es sabido la Legislatura local dictó la ley n° 1227 (BOCBA n° 1850, del 5/1/04) que constituye “...*el marco legal para la investigación, preservación, salvaguarda, protección, restauración, promoción, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (PCCABA)*” y determinó que las leyes específicas que se sancionen con posterioridad, referidas a esta materia, deberán ajustarse a tal norma (art. 1°).

La ley define el concepto de PCCABA como “...*el conjunto de bienes muebles e inmuebles, ubicados en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, que en sus aspectos tangibles e intangibles, materiales y simbólicos, y que por su significación intrínseca y/o convencionalmente atribuida, definen la identidad y la memoria colectiva de sus habitantes*” (art. 2°). En cuanto a sus caracteres, establece que “[l]os bienes que integran el PCCABA, son de carácter histórico, antropológico, etnográfico, arqueológico, artístico, arquitectónico, urbanístico, paisajístico, científico, así como el denominado patrimonio cultural viviente, sin perjuicio de otros criterios que se adopten en el futuro” (art. 3°).

Asimismo, detalla bienes, a título enumerativo, que constituyen el PCCABA, entre los cuales enuncia: “...j) *Expresiones y Manifestaciones Intangibles: de*

la cultura ciudadana, que estén conformadas por las tradiciones, las costumbres y los hábitos de la comunidad, así como espacios o formas de expresión de la cultura popular y tradicional de valor histórico, artístico, antropológico o lingüístico, vigentes y/o en riesgo de desaparición.” (art. 4º).

Luego fue sancionada la ley nº 2176 (BOCBA nº 2598, del 05/01/07), a fin de promover los derechos culturales previstos en el artículo 32 de la CCABA, ordenar el marco legal y principio rectores de las políticas culturales (art. 1º).

A tales efectos, estableció que “...*la cultura es el conjunto de manifestaciones, representaciones, procedimientos y modalidades de la creatividad humana, individual y colectiva, que incluye lo aprendido, acumulado y permanentemente enriquecido, que determina la singularidad de una sociedad y/o comunidad, las diversidades que la integran como totalidad histórica, situada en un espacio definido y abarca los modos de vida, las formas de vivir en sociedad y/o comunidad, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*”. De allí también surge que la política cultural de la Ciudad atenderá en especial y de forma no taxativa, entre muchas otras, a las disciplinas “costumbres y tradiciones populares” y “artesanías” (art. 2º).

La norma referida se erige como marco referencial de todas las leyes vigentes en la materia y de las que se dicten en el futuro (art. 3º), y establece que la cultura se asume como prioridad estratégica y como política de Estado (art. 5º).

Posteriormente, y en particular sobre el tema bajo análisis, se dictó la ley nº 4121 (BOCBA nº 3852, del 07/12/11), que reguló el funcionamiento de las actividades feriales de: a) manualidades; b) manualidades de pueblos originarios; c) compraventa y permuta de revistas y libros usados; d) compraventa y permuta de objetos de colección; e) compraventa y permuta de cassettes, películas, discos y todo otro material fonográfico y videográfico que deberán ser originales usados; f) compraventa y permuta de objetos de filatelia y numismática; g) compraventa y permuta de antigüedades; y h) reproducción de partituras musicales y material gráfico de colección (art. 1º).

Dicha norma amplió los puntos de emplazamiento de ferias que se encontraban previstos en el artículo 5º de la ordenanza nº 46075 –que declara de interés municipal la actividad artesanal en la Ciudad– (BM nº 19587 del 02/08/93), que quedaron ubicadas en: 1) Parque Rivadavia; 2) Parque Centenario; 3) Plazoleta Santa

Fe; 4) Plaza Primera Junta; 5) Parque Los Andes; 6) Plaza Lavalle; 7) Plazoleta Tango; 8) Plaza Houssay; 9) Parque Patricios; 10) Plaza Julio Cortázar; 11) Parque Lezama; 12) Parque Saavedra; 13) Plaza Palermo Viejo; 14) Parque Avellaneda; 15) Paseo El Retiro de Costanera Sur; 16) Humberto 1° –calle Humberto 1° entre Defensa y Balcarce–; 17) Recoleta –Plaza Intendente Alvear y Plaza Juan XXIII–; 18) Parque Alberdi; 19) Parque Chacabuco; 20) Paseo Defensa –calle Defensa entre Av. San Juan y Cochabamba–; 21) Plazoleta Joaquín Sánchez; 22) Plaza Roque Sáenz Peña; 23) Pasaje Giuffra –pasaje Giuffra entre Balcarce y Defensa–; 24) Feria Honduras –calle Honduras entre Thames y Serrano–; 25) Plaza Dorrego; 26) Paseo la Recova; 27) Plaza Riccheri; 28) Paseo Diagonal Sur –Av. Diagonal Sur entre Alsina y Av. Belgrano–; 29) Plaza Roberto Arlt; y 30) Calle Defensa –del 100 al 150 y del 200 al 600 inclusive–. Allí también se estableció que todo nuevo emplazamiento o modificación de los enumerados precedentemente corresponde al Poder Legislativo (art. 2°).

La ley reguló diversos aspectos vinculados a la venta en la vía pública. Así, estableció que “[n]o podrá ejercerse el comercio en la vía pública sin permiso” y que quien pretenda desempeñar la actividad “...deberá inscribirse a tales fines en el registro” (art. 11, texto consolidado por la ley n° 6017). Dispuso que la autoridad de aplicación de la ley es la Dirección General de Ferias y Mercados, encargada del control y fiscalización de las ferias, quien ejerce el poder de policía (art. 5°). De tal modo, incumbe a dicho organismo el otorgamiento de los permisos pertinentes –de carácter gratuito, precario, personal e intransferible–; conformarán el Registro de Permisarios; y tendrán una duración anual y se renovarán expresamente si se encontraren cumplidos los requisitos para mantener su vigencia; a su vez, concierne a la autoridad de aplicación llevar un Registro de Postulantes a obtener permisos, que quedarán sujetos a la existencia de vacantes (art. 6°).

Con respecto a las vacantes, la norma previó respetar la cantidad de permisionarios existentes por feria a la fecha de su sanción “...teniendo en consideración a los registros de permisionarios y o participantes y censos efectuados en aquellos que no existan registros”. A su vez, dispuso que la determinación del número y modelo de puestos a habilitar por emplazamiento, para no dañar ni saturar los espacios públicos, corresponde a la autoridad de aplicación y que, en casos excepcionales, por motivos de obra, remodelaciones o reordenamiento del espacio

público, los feriantes podrán ser trasladados por aquella dentro de un radio de quinientos (500) metros (art. 7º). A su vez, determinó la imposibilidad de instalar, autorizar, ampliar o extender nuevas ferias, en el espacio público de las Áreas de Protección Histórica (APHs) de la Ciudad (art. 12).

Por otra parte, la norma creó la figura del armador, entendido como “... aquella persona física o jurídica cuya actividad es el acarreo, armado, desarmado y conservación de las estructuras removibles que conformarán el armado de la feria, proveyendo o no las mismas” y el Registro Público de Armadores a cargo de la autoridad de aplicación (art. 3º).

Finalmente, mediante la cláusula transitoria tercera, se creó una comisión legislativa “...integrada por tres (3) representantes de la Comisión de Protección y Uso del Espacio Público de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tres (3) representantes de los artesanos que actualmente venden sus productos en la **calle Perú (entre Rivadavia y Alsina)** y tres (3) representantes de la Autoridad de Aplicación del Poder Ejecutivo, a los fines de efectuar una propuesta de resolución sobre la ocupación del espacio público en el área descripta. La duración de esta comisión será de ciento veinte (120) días de promulgada la presente Ley”.

En dicho marco cabe considerar que, a fin de cumplir con los propósitos de orden constitucional, convencional y legal enunciados precedentemente, el Legislador local sancionó la ley n° 4121 y que allí reconoció los derechos culturales y al trabajo, particularmente, de los artesanos.

Asimismo, la norma no solo se ocupó de regular el funcionamiento de las actividades feriales, sino que también estableció objetivos y explicitó derechos vinculados a la cuestión aquí planteada. En tal sentido, reconoció la existencia de “... los artesanos que actualmente venden sus productos en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina)...” y encomendó a una Comisión Legislativa especial, compuesta por representantes de los distintos sectores involucrados, abordar tal situación mediante el acercamiento y debate de propuestas.

XIV. El reconocimiento y permiso estatal en favor de los artesanos: la confianza legítima

XIV.1. El concepto de confianza legítima

Como quedó dicho, en estos autos se encuentra comprometido el derecho constitucional y convencional de trabajar que ampara al grupo actor.

A fin de determinar cuál es el alcance de este derecho en el caso (y si la posición del GCBA comporta una limitación razonable o no del mismo), cobra especial relevancia el principio de la confianza legítima.

Se trata de un principio que se apoya “..en la exigencia de la más elemental seguridad jurídica, que deriva, a su vez, de la existencia del Estado de Derecho (...) Que el Derecho garantice un mínimo de estabilidad sobre la cual construir un proyecto personal o profesional, sin que los cambios del ordenamiento supongan trastornos en las relaciones jurídicas ya entabladas y añadiría, cambios en las expectativas jurídicas creadas (...) también constituye una exigencia del *rule of law* del Derecho anglosajón o un elemento del *Etat de droit* francés y del *Rechtsstaat* alemán” (Lorenzo de Membiela, Juan B., “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública”, Revista de Administración Pública n° 171, Madrid, 2006, p. 252).

Por su parte, y en sentido concordante, el Tribunal de la Comunidad Europea considera que cuando la Administración comunitaria le hace concebir al particular esperanzas futuras concretas y probadas, éste puede invocar el principio de confianza legítima. Así, es plausible acudir a este principio como *ultima ratio*, cuando los otros instrumentos de control no sean eficaces para llegar a una solución justa (Sesín, “Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica”, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 2004, pp. 369-371).

Asimismo, “...la confianza legítima podía verse como una forma de exigir el comportamiento *ético* de la Administración frente a los compromisos asumidos, cuando las modificaciones perjudican a los administrados, algo así como el comportamiento correcto que los tribunales ingleses exigen a la Administración (...), y que nuestra Corte Suprema, desde antiguo, en una escueta y profunda fórmula expresada en el siglo XIX, había dicho, en Fallos, 10:203 (1876), que la Administración ‘*debe ser franca, leal y pública en sus actuaciones*’, y un siglo después, en Fallos 304:721 (1982), repitió, sobre las mismas pautas, que la actuación administrativa ‘*debe ser racional, justa, igual y proporcional*’” (Coviello, Pedro, “La protección de la

confianza del administrado: Derecho argentino y derecho comparado”, Bs. As., LexisNexis, 2004).

En el precedente de esta Sala “GCBA c/ Valentín Gómez SA s/ cobro de pesos”, EXP N° 13813/0, sent. del 4 de julio de 2008, sostuve que la doctrina de los actos propios junto con los principios de buena fe y confianza legítima constituyen un bloque de protección de los derechos de las personas.

En efecto, por el principio de confianza legítima, cuando el Estado realiza determinadas conductas (acciones u omisiones) en un sentido que crean cierto marco de seguridad respecto de los intereses de las personas, no puede luego, de modo intempestivo, realizar otras contrarias y desconocer ese estado de certezas. El fundamento básico es la certidumbre; sin perjuicio de observar que es necesario alcanzar un equilibrio entre, por un lado, el cambio, la adaptación y la renovación; y, por el otro, la seguridad, las certezas y la estabilidad del Derecho.

Por su parte, el principio de buena fe también es oponible frente al Estado porque éste debe obrar de ese modo, es decir, con transparencia y sin contradicciones. Si bien este principio nace en el Derecho Civil, es reconocido también como un principio propio del Derecho Administrativo. En este sentido, la Corte ha expresado que “es preciso subrayar la importancia cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura. Una de sus derivaciones es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento legal y coherente de los otros, sean éstos particulares o el propio Estado” (CSJN, “Cía. Azucarera Tucumana SA c/ Estado Nacional s/ expropiación indirecta”, 21/09/1989, Fallos 312:1725).

Finalmente, de conformidad con la doctrina de los actos propios nadie puede “hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbre o la buena fe” (cfr. Mairal, Héctor A. –con cita de Enneccerus– en “La doctrina de los actos propios y la Administración Pública”, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 4).

En particular, los requisitos de la confianza legítima son: a) las conductas anteriores, relevantes y eficaces del Estado y el consecuente ejercicio de derechos de los particulares por razón de éstas; y b) el carácter legítimo o razonablemente controvertido de tales conductas. En el presente caso, cabe destacar que el derecho ya está reconocido por el ordenamiento jurídico (el derecho a trabajar); así, por tanto, el aspecto controversial es cómo se ejerce ese derecho y su alcance según las conductas del propio Estado (acciones u omisiones) y por oposición con las facultades formales de éste, sus conductas posteriores, y los derechos de terceros.

Como se verá, en este caso se encuentran satisfechos los requisitos para concluir que la situación del grupo actor se encuentra amparada por el principio de la confianza legítima.

XIV.2. La conducta estatal anterior, relevante y eficaz y el ejercicio de derechos de los particulares por razón de aquella

Corresponde tomar nota de distintas circunstancias jurídicamente relevantes en lo que respecta a la conducta estatal previa al conflicto.

a) El tiempo transcurrido en el ejercicio del derecho controvertido

Como ya fue señalado, la Ciudad tenía conocimiento de la existencia de la feria artesanal de la calle Perú y permitió su funcionamiento durante años, sin oponerse a tales actividades. Los actores manifestaron que ejercían su labor artística y de venta de artesanías en la calle Perú “...desde hace ya casi diez años...” al momento de la interposición de la demanda (el 15 de febrero de 2012) (cfr. fs. 2) y, por su parte, el GCBA al responder el traslado, no controvertió tal cuestión. A su vez, en el marco de una reunión –llevada a cabo en junio de 2012– de la Comisión Legislativa instituida en el marco de la Ley N° 4121 (BOCBA n° 3852, del 10/02/12), la representante del colectivo artesano manifestó que se había artesanos desarrollando actividad en el lugar en cuestión desde hacía seis años.

En igual sentido, obran constancias de las que se desprende que ya al 22 de febrero de 2008 la Dirección General de Ferias y Mercados del GCBA realizó un censo de “...vendedores que desarrollan actividades sin autorización en la calle Florida y en

la calle Perú entre Rivadavia e Hipólito Yrigoyen...” (v. fs. 54/60 del Expte. N° 43301/2).

Luego, el Gobierno adoptó una serie de medidas tendientes a lograr una solución consensuada, que a la fecha no se logró. En ese sentido, cabe referirse especialmente al trabajo de la Comisión creada mediante la cláusula transitoria tercera de la ley 4121.

b) La ley 4121 y el trabajo de la Comisión

Cabe recordar que la ley identificó a los “*artesanos que actualmente venden sus productos en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina)*” –cfr. cl. transitoria tercera de la ley n° 4121–.

A su vez, la decisión estatal de encontrar una solución que no resulte frustratoria de los derechos del grupo actor puede inferirse sin dudas del trámite que tuvo la ley a través del expediente n° 2406-D-2011, pues allí se señaló la necesidad de “*buscar una salida pacífica y consensuada al conflicto*” y generar “*políticas públicas consensuadas entre el Estado y los afectados*” (v. despacho de minoría del legislador Sánchez y observación de las legisladoras Bisutti y Cerruti). A su vez, la relevancia de abrir una instancia de diálogo también fue destacada durante el debate que precedió al dictado de la ley (v. intervenciones de los legisladores Basteiro, Cerruti, Camps, Raffo, García Tuñón, Nenna, Sánchez Andía y Parrilli).

Cabe destacar que el trabajo de la Comisión no fue concluido. En efecto, luego de celebrar cuatro (4) reuniones (cfr. actas n° 1 a 4, obrantes a fs. 58/61), el 18 de junio de 2012 los representantes del Poder Ejecutivo propusieron “*...el traslado de los feriantes de la calle Perú a la Plaza Roberto Arlt...*”, y ofrecieron alternativas; asimismo, acompañaron los listados con los resultados de la tarea de fiscalización y, por ello, aclararon que la propuesta se dirigía “*...a todos los feriantes que [la] hubiesen aprobado...*” (sic fs. 62).

Sin embargo, los representantes de los feriantes rechazaron el ofrecimiento y manifestaron que continuarían trabajando en el lugar “*...a la espera de una norma que contemple la calle Perú como feria*” (fs. 62). Así, y dejando constancia de la ausencia de consenso, se dio “*...por finalizada y cumplida en tiempo y forma el trabajo de la presente comisión*”, aun frente a la firma en disconformidad por parte de los

representantes de los artesanos, quienes pidieron “...la prórroga de la Comisión especial hasta cumplir con el mandato de la cláusula transitoria...” (v. fs. 63).

Tales diferencias también se desprenden de la versión taquigráfica del debate entre los integrantes de la Comisión Legislativa celebrado aquel día (v. fs. 401/418). Nótese que, en ese ámbito, los representantes de los feriantes explicaron que “[I]a solución al problema de la calle Perú son tres ferias inexistentes [en referencia a los emplazamientos Roberto Arlt, Diagonal Sur y Paseo de la Recova]. Y [que] esa no es una solución”. Asimismo, se refirieron a la situación fáctica del área pues dijeron que “...hay personas que están trabajando desde hace más de seis años en esta calle...” e invocaron “...el Artículo 32 de la Constitución [que] respalda a los artesanos...”; por ello expresaron su voluntad de permanecer en el lugar y “...mantener el espacio de Perú como feria” (v. fs. 404 vta., 405, 406 y 408). Por otra parte, el Director de la Comisión expresó que para modificar la situación existente se necesitaría “...modificar la norma para que contemple la calle Perú. Mientras tanto la situación actual determina que la feria de la calle Perú es inexistente” (cfr. fs. 405).

En consecuencia, a la fecha, pese a la decisión legislativa expresada en la cláusula transitoria tercera de la ley n° 4121, orientada a otorgar participación a los artesanos en la búsqueda de una solución apropiada, en términos de salvaguarda del patrimonio cultural y de sus derechos allí reconocidos (en tanto individuos que crean, mantienen y transmiten ese bien jurídicamente protegido, y el tiempo de permanencia de estos en el área en cuestión –17 años, aproximadamente–), no se han logrado resultados por consenso.

A su vez, no es posible interpretar que el solo hecho del vencimiento del plazo de 120 días contemplado en la cláusula transitoria de la ley, sin que se haya llegado a un acuerdo, autoriza a la demandada, sin más, a desplazar a los artesanos sin brindarles ninguna solución adecuada.

Así, la Legislatura, al regular el funcionamiento de las actividades feriales mediante la ley 4121 y el trabajo de la Comisión, consideró especialmente la situación de este grupo, al disponer en la cláusula transitoria tercera la creación de una comisión legislativa “...a los fines de efectuar una propuesta de resolución sobre la ocupación del espacio público en el área descripta...”.

La posición del GCBA en el presente proceso, cuando postula que la actividad en cuestión se encuentra prohibida en ese lugar, parece difícil de conciliar con lo dispuesto por la Legislatura, que convocó a los artesanos para elaborar una “propuesta de resolución” sobre la ocupación de este espacio público.

Cierto es que, mediante la cláusula citada, la Ciudad no llegó a reconocer expresamente el derecho que invoca la parte actora, pero resulta claro que –cuando menos– tomó nota de que se trata de una situación que debe ser regulada mediante un tratamiento distinto del que cabe a quienes, sin justificación alguna, ocupan los espacios públicos y desarrollan allí una actividad en contravención al ordenamiento jurídico.

Es evidente que la interpretación de la cláusula transitoria de la ley 4121 debe atender a su letra, pero no circunscribirse a dicho texto. Como la Corte Suprema dijo en reiteradas oportunidades, debe indagarse, también, lo que la norma dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y analizando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 334:13 y 336:760, entre otros).

En efecto, en este caso la tarea hermenéutica exige valerse también de los métodos de interpretación sistemático y finalista. En cuanto a la interpretación sistemática, “...el criterio básico no es el de las palabras o el contexto histórico ni lógico, sino el derecho como sistema; de modo que el significado de las normas debe ser aquel que guarde mayor coherencia con el resto del ordenamiento jurídico” (Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2015, t. I, p. 851). En el antes citado precedente “Rizzo”, por caso, la Corte señaló que para establecer el sentido de una disposición es necesario tener en cuenta el “...contexto constitucional en el que está inserto” (consid. 16). A su vez, el criterio finalista ha sido seguido por la Corte Suprema en distintos precedentes. Por ejemplo, en el caso “Rizzo”, el tribunal destacó que la interpretación allí realizada “...se encuentra avalada por los objetivos que persigue la Carta Fundamental” (Fallos 336:760, consid. 20).

En síntesis, el criterio *gramatical* es aquel que sigue las palabras; es decir, remite al significado literal de las palabras como primer criterio interpretativo y es el pilar de los otros métodos. Por su parte, los criterios *lógico* e *histórico* se asientan en la intención del legislador y los antecedentes de hecho que motivaron la sanción de la ley.

Y, por último, el criterio *sistemático* considera el derecho como sistema; de forma tal que “[...] el significado de las normas debe ser aquel que guarde mayor coherencia con el resto del ordenamiento jurídico”. Este sistema prevalece sobre los otros pues, por un lado, interpreta las normas conforme el resto del ordenamiento (y sobre todo las afines temáticamente hablando); por el otro, las interpreta según su ubicación material. Este sistema se cierra por el principio de clausura y permite recurrir a la analogía y a los principios generales del derecho para integrar el modelo (v. mi voto en autos “Serres Luis Alberto y otros c/ GCBA s/amparo, Expte. N° 1899/2018-0, sentencia del 12/12/2019).

En suma, a fin de establecer los alcances de la cláusula transitoria referida debe considerarse el marco constitucional y legal en el que se inserta la norma sancionada por la Legislatura. Dicho ordenamiento incluye, naturalmente, las normas supralegales que reconocen los derechos sociales –entre ellos, los invocados por el grupo actor–; y los principios *pro homine* y de no regresividad (al que me referiré más adelante). También interesa recordar que, conforme el art. 43 de la Constitución local, la Ciudad protege el trabajo “en todas sus formas”.

En este particular contexto, el hecho de que el grupo actor no cuente formalmente a la fecha con un permiso para ocupar ese espacio no impide reconocer el derecho que invoca en el marco de sus pretensiones.

De hecho, el principio de confianza legítima nace precisamente para resguardar situaciones que deben ser protegidas y garantizadas aun cuando no se encuentran reunidas las formas legales que, de ordinario, se exigen para tener por configurado el derecho o su alcance en las relaciones jurídicas particulares. En efecto, habitualmente el principio entra en juego cuando el derecho invocado resulta controvertido, pero la conducta estatal ha generado una expectativa legítima que, según las circunstancias del caso, impone su reconocimiento.

Así, por caso, en un precedente de este tribunal se ha sostenido que “...más allá de que la obligación tributaria es establecida exclusivamente por el Poder Legislativo, existen diversos supuestos en los que la conducta de la Administración puede generar expectativas o derechos, tutelados por el ordenamiento jurídico (ver, sobre el punto, Coviello, Pedro J., ‘La confianza legítima’, ED, 177-894, especialmente, pág. 013 y ss.; y el seminal ensayo de Grecco, Carlos M., ‘Apuntes para una teoría de

las autolimitaciones de la Administración Pública' en su obra, en co-autoría con Guillermo A. Muñoz, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 175)" ("Volkswagen SA de Ahorro para Fines Determinados c/ Dirección General de Rentas (res. 3700-DGR-2000)", RDC 19, 5/8/05).

A su vez, esta Sala tiene dicho que, si el principio de seguridad jurídica es relevante en el marco de relaciones jurídicas de naturaleza tributaria o contractual, su observancia resulta particularmente imperiosa cuando se encuentran en discusión derechos de jerarquía constitucional como el de trabajar ("Chianalino, Alicia del Carmen c/ GCBA", EXP 11690/0, 14/9/09).

En efecto, en el marco del Estado Social de Derecho, los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica deben aplicarse a todas las relaciones de derecho, y no solo a aquellas de carácter patrimonial. |

Finalmente, y a mayor abundamiento, corresponde aclarar que la ordenanza n° 25764 (BM n° 14086, del 12/07/71) si bien prohíbe la "venta ambulante de cualquier tipo de mercadería" en la calle Perú, entre avenida de Mayo y Rivadavia y transversales (cfr. arts. 1° y 16), no comprende a la actividad artesanal y de manualidades.

De lo anterior se desprende que la Legislatura reconoció que la ocupación del área de la calle Perú por parte de los actores resultaba preexistente a la sanción de la ley y que tal situación representaba un conflicto entre derechos.

En síntesis, si bien la demandada no ha otorgado de manera expresa y en términos formales un permiso de uso a los actores para que desarrollen su actividad en ese lugar, su proceder –a la luz de los hechos y del ordenamiento jurídico antes descripto– permite concluir que asumió una posición que implica el reconocimiento de tales derechos.

En efecto, la Ciudad desarrolló una conducta permisiva de tales actividades durante varios años y, luego, reconoció los derechos de los artesanos por medio de la ley 4121 conformándose así el presupuesto básico del principio de la confianza legítima (es decir, las conductas *anteriores, relevantes y eficaces*); y, *por parte de los artesanos, el ejercicio continuo e ininterrumpido de sus derechos*.

Así, pues, cabe interpretar razonablemente que el hecho denunciado por los actores sobre el tiempo de permanencia en el sector y el ejercicio de su labor artesanal y

de venta de artesanías –año 2002 (v. fs. 2)– fue avalado en un principio por el Ejecutivo y reconocido posteriormente por el legislador al regular tal situación.

XIV.3. El carácter legítimo, o al menos controvertido, de la legitimidad de las conductas estatales

Analizado el punto anterior, cabe referirnos al carácter legítimo o no de las conductas estatales que sirven de base al desarrollo del principio de la confianza legítima.

Por un lado, las conductas estatales sobre el uso del espacio público son legítimas; es decir, el Estado local puede darle un uso especial a los bienes del dominio público. En tal sentido, me remito a lo expuesto en el punto XII del presente decisorio.

Por el otro y en el caso particular, el uso del espacio en los términos detallados, por conductas estatales omisivas y regulaciones posteriores, es al menos controvertido jurídicamente, tal como surge del estudio del presente expediente judicial; pero, evidentemente, no es razonable tacharlo por aparentar de modo claro y patente ilegitimidad. A su vez, cabe señalar que no existe una norma prohibitiva expresa sobre la actividad objeto de debate (es decir, el trabajo de los artesanos). En efecto, tal como señalé en los párrafos anteriores, la ordenanza n° 25764 solo prohíbe en términos generales la venta de mercaderías en la calle Perú, entre avenida de Mayo y Rivadavia y transversales; y no así las actividades artesanales.

XIV.4. El ejercicio posterior de una facultad por el propio Estado y la contradicción entre ambas conductas creándose así una situación de conflicto

Es evidente que el Estado local luego desarrolló conductas en sentido contrario al ejercicio pacífico del derecho de los actores. Es decir, existe contradicción entre ambas conductas creándose así un estado de conflicto.

El 22 de febrero de 2008 la Dirección General de Ferias y Mercados del GCBA realizó un censo de “...vendedores que desarrollan actividades sin autorización en la calle Florida y en la calle Perú entre Rivadavia e Hipólito Yrigoyen...” e informó que se habían realizado procedimientos de labrado de actas de comprobación con secuestro de mercaderías “...los días 7 y 17 de abril y 30 de junio” (v. fs. 54/60 del expte. n° 43301/2).

Por su parte, los actores requirieron, en su momento (el 6 de diciembre del 2011), una medida cautelar como consecuencia de “...la implementación de los operativos que venía desplegando la autoridad pública en el ámbito de las calles Florida y Perú; que perseguían ... desocupar aquellas arterias públicas del conjunto de personas que ... desplegaban allí su actividad de ‘venta ambulante’ ” (v. fs. 3). Asimismo, manifestaron que “...desde hace varios años se permite el desarrollo de actividades artesanales, feriales y ambulantes en la calle Florida y sus sitios análogos de afluencia del público, hasta que súbitamente se decide atender la cuestión prescindiendo de las situaciones de hecho y de derecho existentes, actuando violentamente y criminalizando una situación hasta entonces de pacífica actividad, en épocas autorizada expresamente y en otras al menos tolerada” (fs. 10 vta. del expte. "Sanchez Maria Isabel y otros c/ GCBA s/ medida cautelar", n° 43301/2)

Y, al presentar la demanda, sostuvieron que aquella decisión (la medida cautelar) constituyó el único obstáculo que impidió al GCBA llevar a cabo el desalojo del lugar, y que en caso de no encontrar tutela judicial a sus derechos a través de la presente acción, existe la “...cierta posibilidad de ser sujetos pasivos de un desalojo forzoso...” (v. fs. 4).

En tal contexto, el magistrado de grado decidió “I. HACER LUGAR LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA y ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que asigne a cada uno de los actores un puesto en alguna de las ferias artesanales establecidas existentes o a establecerse, en los términos y condiciones de la ordenanza 46.065. II. HACER SABER que, hasta tanto cumpla con lo dispuesto precedentemente, el Gobierno de la Ciudad deberá abstenerse de innovar en la situación de hecho en la que actualmente se encuentran los accionantes” (cfr. “Sanchez María Isabel y otros c/ GCBA s/ medida cautelar”, Expte N° 43301/2, sentencia del 29 de diciembre de 2011, obrante a fs. 90/92).

A su vez, en ocasión de la denuncia de incumplimiento de la medida cautelar, Marta Beatriz Purama adujo que el 22 de junio de 2012 personal del GCBA y de la Policía Metropolitana le impidieron tender su manta en la vía pública (v. fs. 143/143 vta. del incidente) y, posteriormente, Carla Lorena Silva acompañó documentación de la que surge el labrado de un acta de comprobación y secuestro de sus mercaderías realizado el 22 junio de 2012, cuando ofrecía collares y pulseras en el

espacio público “...sin permiso sobre una manta...” en la calle Perú (v. fs. 146/147 del incidente).

En igual sentido, el conflicto suscitado en la zona quedó evidenciado en el documento emitido el 1 de diciembre de 2011 por el Arzobispado de Buenos Aires (v. fs. 27) y en las notas periodísticas de aquel momento -Noticias Urbanas, 23/11/11, 30/11/11 y 01/12/11; La Nación, 02/12/11; La Política Online, 30/11/11 y Clarín, 23/11/11- (cfr. fs. 28/34 del Expte. N° 43301/2).

En conclusión, la conducta estatal antes descripta generó una expectativa legítima en el grupo actor respecto de la continuidad de la actividad y el ejercicio de sus derechos. Y este proceder resulta contradictorio con la posición adoptada por la demandada con posterioridad al expresar que los artesanos deben abandonar la feria de la calle Perú sin garantizar una alternativa adecuada para el resguardo de su fuente de trabajo.

XIV.5. La confianza legítima como límite de las facultades estatales. La eventual modificación de la situación jurídica del grupo actor

En suma, la demandada creó una expectativa legítima en el grupo actor; primero con su aquiescencia, sostenida en el tiempo, respecto de la actividad desarrollada en la calle Perú. Luego, por la regulación de tales situaciones (cláusula transitoria tercera de la ley 4121) y el principio de ejecución (implementación del proceso de evaluación para acreditar la condición de los integrantes del colectivo y mesas de diálogo); medidas que reafirmaron la idea de que se buscaría una superación consensuada de este conflicto por razón de los derechos que asisten a los actores.

A su vez, ante la eventual revocación del Estado en relación con el reconocimiento del derecho de los artesanos, deben evaluarse dos extremos. Por un lado, el paralelismo de las formas (es decir, si el reconocimiento ha sido por ley, debe, consecuentemente, revocarse por ley); y, por el otro, el respeto al principio de no regresividad de los derechos.

En particular, respecto de la no regresividad, cabe señalar que, si bien resulta indiscutible la potestad de la Ciudad para regular y organizar el uso del espacio público, también es indisputable el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional). Este derecho no es absoluto, pero

las limitaciones que sean impuestas a su ejercicio deben respetar el marco regulatorio constitucional y convencional.

En tal sentido, cabe advertir que si se admitiese la posición del GCBA, los artesanos se verían forzados a dejar de desarrollar la actividad que, en la actualidad, constituye su medio de vida y que la demandada ha admitido hasta que se suscitó este conflicto. Así pues, la decisión estatal cuestionada resulta particularmente gravosa para el colectivo de los artesanos y manualistas de la calle Perú.

El desplazamiento de estas personas –que derivaría en la pérdida de su fuente de trabajo– constituye una política pública regresiva y, como tal, lesiva del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Mediante este instrumento, el Estado se obliga a implementar progresivamente los derechos allí reconocidos. En ese sentido, según Courtis, “[l]a obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales...” (“La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (dir.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Bs. As., Del Puerto, 2006, p. 9).

En su Observación General n° 18: “El derecho al Trabajo”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) sostiene que “[a]l igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes” (párr. 21). En el caso, el Estado no ha cumplido estos requisitos.

En sentido concordante, se ha sostenido que “la obligación de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la

población...” (esta Sala en autos “Morón, Jorge L. c/ GCBA”, 8/10/2003, La Ley Online: AR/JUR/5269/2003).

Sobre la base del art. 2.1 del PIDESC, mediante el cual los Estados partes se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, la Corte Suprema concluye –en línea con lo sostenido por el CDESC– que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga’ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, p. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., p. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, p. 14, párr. 23). Más todavía; existe una ‘fuerte presunción’ contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 y N° 15, cits., ps. 103 -párr. 32- y 122 -párr. 19-, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que ‘la mejora continua de las condiciones de existencia’, según reza, preceptivamente, su art. 11.1” (Fallos 327:3753).

Una pauta insoslayable a propósito de dichas limitaciones es que, en ningún caso, el Estado puede planificar ni ejecutar políticas públicas que conduzcan a la exclusión y la marginalidad social.

Así pues, con su conducta el Estado local reconoció el derecho que asiste al grupo actor, de modo que no puede ordenar la desocupación de este espacio sin ofrecer otro lugar adecuado a los feriantes y preservar así sus derechos.

XV. Las alternativas posibles

Cabe también ponderar que no se han planteado otras vías alternativas que permitan resolver el conflicto sin restricciones o, si ello fuese imposible, con las menores restricciones posibles.

En relación con las invocadas alternativas ofrecidas que fueron desestimadas por los artesanos, no se pueden eludir las manifestaciones de aquellos, toda vez que durante la actividad de la Comisión Legislativa instaurada por la ley n° 4121, sus representantes replicaron esas propuestas explicando que las otras ferias contempladas en la norma no funcionan de lunes a viernes; además, agregaron que cuando se mudaron a la Plaza Roberto Arlt, que es la única autorizada a funcionar de lunes a domingo, no generaban ingresos y que por ello pedían seguir en la calle Perú. En tal sentido, expresaron que “...*por allí pasa gente. Nadie tiene abstinencia por un paquete de sahumeros...[o] se muere si no compra un par de aros. Ninguno de los que nos compran caminará cuatro cuadras hasta un lugar donde todos los negocios están cerrados...Nadie pasa por ahí. Nos quieren mandar a una plaza que está en abandono total*” (v. fs. 412 vta. y 413 vta.).

Sobre el tema, además, adquieren relevancia las Directrices Operativas para la aplicación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en cuanto señalan la interrelación existente entre la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y el desarrollo económico inclusivo.

Por otra parte, resultan importantes los datos del segundo trimestre de 2019 correspondientes al total de aglomerados urbanos que muestran que la tasa de desocupación es de 10,6%. A su vez, si tal circunstancia se desglosa por área geográfica, se observa que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el indicador de desocupación es de 9,2 %, dato que refleja un crecimiento significativo tomando en cuenta el porcentaje de 6,7% que dicho territorio arrojaba en el año 2011, es decir, a la época de la sanción de la ley n° 4121 (v. informe disponible en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_2trim19ED75D3E4D2.pdf y http://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/enapross/ENAPROSS_II_IND%20_TRAB.pdf).

Por ende, lo hasta aquí expuesto impone conjugar la importancia de la comercialización de artesanías en la vía pública como modo de transmitir el patrimonio cultural con la trascendencia en la vida de quienes lo crean como modo de generar ingresos de subsistencia.

En conclusión, la Ciudad no ha demostrado que las alternativas ofrecidas al grupo actor resulten idóneas.

XVI. El derecho de los otros al uso de los bienes públicos

Tal como quedó evidenciado, el tema a resolver en autos es el uso de un bien del dominio público –la calle– por parte de un colectivo de personas, en ejercicio de sus derechos (en especial, el derecho a trabajar).

Bajo tal supuesto, se genera una cuestión controversial entre el derecho de todas las personas al uso –en términos genéricos– de ese bien del dominio público y, por otro lado, el derecho en particular del colectivo artesano a trabajar en ese espacio.

En este conflicto de *derechos vs. derechos*, el Estado –en ejercicio de sus prerrogativas– debe necesariamente intermediar a fin de resolverlo con una solución que resulte armonizadora y proteja los derechos más vulnerables. De este modo, deben ponderarse los intereses y generar una alternativa equilibrada, que no suponga la vigencia un derecho y la aniquilación del otro, sino una solución que permita compatibilizar los derechos amparándose especialmente al derecho más débil.

La Corte Suprema ha invocado “... el principio que ‘manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, ‘A Theory of Justice’, 1971, Harvard College)’. Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas” (Fallos 335:452).

En este sentido, se advierte que el trabajo que realiza en la calle Perú el colectivo artesano no obstruye el tránsito por parte de otras personas, resultando, pues, compatible en los términos señalados previamente (el derecho a trabajar vs el derecho a transitar por el espacio público); y, a su vez, justo al preservarse el derecho más débil (el derecho de los trabajadores).

Cabe advertir que erróneamente el conflicto no está planteado entre los artesanos y otros particulares que pretenden hacer uso del espacio público (pues, como se dijo, la actividad desarrollada no impide que las personas transiten por la calle Perú);

sino entre aquéllos y el Gobierno. Ciertamente es que la Ciudad adopta medidas tendientes a satisfacer el interés general, pero éste debe estar conformado por un entramado de derechos individuales, sociales y colectivos. En otras palabras, cuando el Estado toma decisiones que inciden de manera negativa, directa y significativamente en el ejercicio de derechos, debe justificarlo necesariamente en el reconocimiento o extensión de otros derechos.

Así, pues, no se comprende cuáles son los derechos contrapuestos en el caso; y tampoco se ha acreditado que la actividad desarrollada por el grupo actor vulnere el patrimonio histórico y cultural de la Ciudad (el derecho de todos a gozar de dicho patrimonio).

Otro elemento que permite inferir que la actividad ferial en cuestión no afecta derechos de terceros ni compromete, por tanto, el interés general es que durante años ha sido llevada adelante sin que el GCBA haya advertido conflictos como consecuencia de ello, ni señale circunstancias sobrevinientes que pudiesen modificar ese escenario en adelante.

En este contexto, la solución propiciada resulta razonable.

XVII. Sobre los principios en el uso de los bienes del dominio público y su aplicación al caso

Tal como adelantamos en el desarrollo argumentativo los bienes públicos deben sujetarse a los principios de *compatibilidad* (el uso de unas personas no puede impedir el de otras); *prioridad de los menos autónomos* (en caso de escasez o uso más restringido debe darse preferencia a los que menos posibilidades tienen de acceder por sus propios medios); y *protección de los bienes* (el deber de cuidarlos, de modo tal que el uso de unos no perjudique al de los otros)” (cfr. Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, t. II, p. 926)

En el presente caso es evidente que se cumple con tales principios. Así, el uso de los artesanos no impide ni restringe irrazonablemente el derecho a transitar de los otros; y, a su vez, extiende el derecho de todos al disfrute del patrimonio cultural (principio de compatibilidad). Por otro lado, el derecho a trabajar, obtener ingresos, preservar el patrimonio, y el uso especial de los bienes públicos por los artesanos; es decir, el derecho de los menos autónomos en las relaciones planteadas, están

debidamente preservados (principio de prioridad de los menos autónomos). Y, por último, el uso especial por los artesanos no daña al bien público (principio de protección de éstos), toda vez que las estructuras deben ser removibles y compatibles con el entorno.

XVIII. Sobre el principio de división de poderes

Finalmente, llegados a este punto, es necesario considerar si –como aduce el GCBA– el hecho de que el tribunal adopte una decisión que involucre el uso de un bien del dominio público transgrede el principio de división del poder.

Conviene recordar que este principio nace –al menos según la tradición de las revoluciones liberales influidas por el pensamiento de Montesquieu (Capítulo VI de “El espíritu de las leyes”)– como un instrumento tendiente a resguardar los derechos individuales; en particular, y en ese contexto histórico, la libertad y la propiedad de las personas frente al poder. Es decir, limitar y dividir el poder.

Sin embargo, la discusión actual acerca del sentido, contenido y límites de la división de poderes se ha complejizado significativamente, e incluso se han explorado múltiples alternativas que se apartan de la separación tripartita clásica (conf., por caso, Ackerman, Bruce, “The New Separation of Powers”, Harvard Law Review, 113, n° 3, pp. 633-729).

De todos modos, la satisfacción de los derechos sigue siendo el fundamento central de este principio, más allá del control del poder estatal y el ejercicio más eficiente de éste. Ello es así pues una de las amenazas al ejercicio pleno de los derechos es la posibilidad de que los poderes públicos se extralimiten y desconozcan los derechos por acción u omisión. En efecto, no debe olvidarse que el fundamento principal de las divisiones y límites impuestos al poder es el respeto por los derechos de las personas. Esa premisa debe tenerse presente cuando se intente precisar el alcance de las competencias de las ramas del gobierno.

Así, se ha sostenido que “... la función principal de la división de poderes era la de diferenciar los poderes del Estado, de tal manera que uno fuera el freno y el límite del otro (...) Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo (...); pero también en negativo, dado que todas las funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social –la

educación, la asistencia sanitaria, la seguridad social–, al no ser caracterizables como funciones legislativas o judiciales, han sido concebidas y se han desarrollado (...) en el interior del Poder Ejecutivo” (“Democracia y garantismo”, L. Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2008, p. 105).

El inconveniente es que el Estado Liberal de Derecho fue desbordado por el nuevo rol del Estado social, cultural y económico, y el reconocimiento de los nuevos derechos. Sin embargo, el legislador no ha desarrollado un nuevo modelo de Estado en términos sistemáticos y coherentes con instituciones, garantías y mecanismos más eficaces. El Estado actual y, en particular, el principio de división de poderes así reformulado, es simple superposición de reglas e institutos que rompen el modelo clásico del Estado Liberal, pero que no ha sido capaz por sí mismo de reconstruir y contener las ondas expansivas de las nuevas demandas sociales y el vínculo entre Estado y Sociedad. Desde esta perspectiva, es posible sostener que el Poder Judicial, al resolver casos relativos a derechos sociales, interviene en el marco de las políticas públicas y no sólo en su control (conf. mi “Tratado de Derecho Administrativo”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2015, t. I, p. 122).

En suma, el principio de separación del poder no implica que la actividad de los distintos poderes se desarrolle sin diálogo y de modo inconexo. En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “la articulación conjunta de las diversas herramientas se plasma en el marco del principio de colaboración sin interferencias que debe guiar la relación entre los distintos poderes del Estado en el sistema republicano de división de poderes contemporáneo” (Fallos 339:1077).

En nuestro marco constitucional, el diseño e implementación de las políticas públicas incumbe centralmente a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Estos poderes cuentan, además, con la legitimidad que proviene del sufragio directo. Ello marca una diferencia central con la posición de los jueces, quienes integramos un poder que puede describirse, como lo hace cierta doctrina, como “contramayoritario”.

Tales circunstancias justifican la prudencia que debe guiar la labor del juez cuando ejerce su escrutinio sobre los términos en que las otras ramas del gobierno planifican y ejecutan las políticas públicas en razón de su legitimidad.

Sin embargo, este aspecto es sólo uno de los que informan el rol judicial. También es cierto que, a través de los representantes elegidos democráticamente,

nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado un importante conjunto de derechos y, además, les ha reconocido jerarquía constitucional. Ello ha importado asumir, en consecuencia, las respectivas obligaciones convencionales de respeto y garantía (reflejadas, por caso, en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Pues bien, el juez debe intervenir cuando, en el marco de un caso concreto, se plantea esta discordancia entre lo que sucede efectivamente (hechos) y aquello que prescribe la ley (supuestos de hecho). Es de prever entonces que, cuanto mayor sea la brecha entre lo que establece la norma y la realidad, mayor será también la demanda ante los tribunales de las personas cuyos derechos estén vulnerados por ese estado de cosas. Pero, en ese marco, es equivocado interpretar que la actividad judicial así desarrollada obedece a un interés de los jueces por invadir competencias reservadas a los otros poderes (v. mi voto en autos “Díaz Antonia c/ GCBA s/ amparo, Expte. 100/2016/0, sentencia del 1 de abril de 2019, entre otros).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los derechos son operativos y exigibles; y que éstos –en particular, los derechos sociales y culturales, como ocurre en el presente caso– exigen para su satisfacción que el Estado destine bienes y recursos a tal efecto; sin embargo, ello no puede considerarse una transgresión del principio de división de poderes. Antes bien, dicho principio se vería vulnerado si la Administración se negara a cumplir una sentencia judicial amparada en el argumento de que ello impacta sobre los bienes o recursos estatales. Por otra parte, cabe reiterar que ha sido el Gobierno quien, con su conducta –y sin intervención judicial–, en el pasado prestó su aquiescencia para el funcionamiento de la feria artesanal en la calle Perú.

Como ha sido señalado a lo largo de este voto, se ha procurado una solución consensuada al conflicto de autos, pero esas tratativas no han tenido éxito. Sin desconocer las atribuciones de la Legislatura y la Administración en lo que concierne al uso del espacio público, lo cierto es que a la fecha no se han arbitrado medidas adecuadas respecto del colectivo de artesanos de la calle Perú. Frente a esta situación, y comprobada la afectación de derechos constitucionales del grupo actor, la tutela judicial no puede ser desconocida con fundamento en la mera invocación del principio de división de poderes.

XIX. Conclusión

Por todo lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso de apelación y ordenar al GCBA que garantice la continuidad de la feria que se desarrolla en la calle Perú, respetando la labor que los actores ejercen como productores de artesanías y manualidades, con la debida preservación del espacio público.

Con costas a la demandada vencida (conf. art. 26 de la ley 2145 y 62 del CCAyT), sin perjuicio de destacar que la actora fue patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa.

Voto de la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez:

X.1. El particular interés que reviste la preservación del patrimonio cultural fue plasmado en la reforma del texto de la CN, en cuanto incorporó el deber de las autoridades de proveer lo conducente a su preservación (art. 41).

2.a. También constituye prueba elocuente de ello, el tratamiento que ha recibido en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ejemplo, el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “[e]s deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu” y prevé el derecho de toda persona de participar en la vida cultural de la comunidad (art. XIII); también ha sido contemplado en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 27.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– (art. 15.1.a), que expresamente establece que entre las medidas que los Estados partes deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio del derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura del mismo modo que el compromiso a respetar la indispensable libertad para la actividad creadora (v. arts. 15.2 y 3).

2.b. Reviste particular trascendencia la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, dictada el 17 de octubre de 2003 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO–, e incorporada a nuestra legislación nacional a través de la ley n° 26118 (BO n° 30956, del 27/07/06). De su texto surge que en aquella oportunidad la

UNESCO ponderó la importancia que reviste el patrimonio cultural inmaterial, como “...*crisol de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible...*” y como “...*factor de acercamiento, intercambio y entendimiento entre los seres humanos*”; al tiempo que reconoció “...*que los procesos de mundialización y de transformación social por un lado crean las condiciones propicias para un diálogo renovado entre las comunidades pero por el otro también traen consigo, al igual que los fenómenos de intolerancia, graves riesgos de deterioro, desaparición y destrucción del patrimonio cultural inmaterial, debido en particular a la falta de recursos para salvaguardarlo...*” (sic). En ese entendimiento, en el instrumento mencionado se destacan, entre sus finalidades, la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial; el respeto de aquel y la sensibilización en el plano local, nacional e internacional respecto de su importancia y reconocimiento (art. 1). Definió al “patrimonio cultural inmaterial” como “...*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana*” (art. 2.1). Cabe destacar que en dicha Convención se establece que el “patrimonio cultural inmaterial” se manifiesta en particular en los siguientes ámbitos: “...*a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales*” (art. 2.2, el subrayado no corresponde al original). Entre las funciones que incumbe adoptar a cada Estado Parte a fin de salvaguardarlo en el plano nacional, se destacan la identificación y definición de los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes (art. 11.b), la adopción de una política general encaminada a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad e integrar su salvaguardia en programas de planificación (art 13.a) y acoger medidas de orden

jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio (art 13.d.ii). A su vez, se dispone que en el marco de sus actividades de salvaguardia, cada Estado Parte tratará de “...lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo” (art. 15).

Por medio de la Convención se creó el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, cuya función es, entre muchas otras, preparar las directrices operativas para la aplicación de aquella (arts. 5 y 7).

Tales Directrices Operativas fueron aprobadas por primera vez en junio de 2008, y modificadas en 2010, 2012, 2014 y 2016. Entre otras cosas, refieren a la relación entre salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y desarrollo sostenible en el plan nacional (capítulo VI). Al respecto, se establece que “*Los Estados Partes se esforzarán por sacar el máximo partido de la potente fuerza que representa el patrimonio cultural inmaterial en el fomento del desarrollo económico inclusivo y equitativo, ya que engloba una gran variedad de actividades productivas con valor monetario y no monetario y contribuye, en particular, al fortalecimiento de las economías locales. Para ello, se alienta a los Estados Partes a respetar la naturaleza de este patrimonio y las circunstancias específicas de las comunidades, grupos o individuos interesados, especialmente en lo referente a sus opciones por gestionarlo de modo colectivo o individual, proporcionándoles las condiciones necesarias para la práctica de sus expresiones creativas y promoviendo un comercio equitativo y relaciones económicas éticas*” (VI.2, punto 184). Asimismo, se establece que los Estados Partes velarán por que se reconozca, promueva y valore la contribución del patrimonio cultural inmaterial a la generación de ingresos, al mantenimiento de los medios de subsistencia, al empleo productivo y el trabajo decente de las comunidades, grupos e individuos. Para ello, se alienta a los Estados Partes a adoptar medidas jurídicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para: “...fomentar las oportunidades que tengan las comunidades, grupos e individuos para generar ingresos y mantener sus medios de subsistencia a fin de que se puedan garantizar la práctica, transmisión y salvaguardia sostenibles de su patrimonio cultural inmaterial...”

(VI.2.1.b.i, punto 185) y “...promover el empleo productivo y el trabajo decente para las comunidades, grupos e individuos en la práctica y transmisión de su patrimonio cultural inmaterial, ofreciéndoles a la vez protección y ventajas en materia de seguridad social...” (VI.2.2.b.i, punto 186).

2.c. Posteriormente, en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en 2005 por la UNESCO y aprobada por el Congreso Nacional mediante la ley n° 26305 (BO n° 31306, del 19/12/07), se ratificaron algunos conceptos, por ejemplo, en cuanto se destacó “...la importancia de la cultura para la cohesión social en general...” (sic.). Asimismo, se señaló, como objetivo de dicho instrumento internacional, la importancia de reafirmar el vínculo existente entre la cultura y el desarrollo (art. 1.f). Entre sus principios rectores se destaca el de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo, en tanto prevé que “[h]abida cuenta de que la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de éste son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute” (art. 2.5).

3. También resulta de aplicación al caso bajo análisis lo previsto en el texto de la CCABA, en cuanto garantiza que la Ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras, asegura la libre expresión artística, impulsa la formación artística y artesanal, protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular, contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones; y por ello, establece que garantiza la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios (art. 32).

Por otra parte, corresponde recordar que la protección constitucional de los derechos mencionados resulta operativa. En efecto, en el artículo 10 de la CCABA se establece que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la CN, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Y agrega que “[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

XI. En el contexto reseñado, corresponde analizar si se adoptaron medidas positivas apropiadas para satisfacer los compromisos aludidos.

1. La Legislatura local dictó la ley n° 1227 (BOCBA n° 1850, del 05/01/04) que constituye “...*el marco legal para la investigación, preservación, salvaguarda, protección, restauración, promoción, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (PCCABA)*” y determinó que las leyes específicas que se sancionen con posterioridad, referidas a esta materia, deberán ajustarse a tal norma (art. 1°).

La ley define el concepto de PCCABA como “...*el conjunto de bienes muebles e inmuebles, ubicados en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, que en sus aspectos tangibles e intangibles, materiales y simbólicos, y que por su significación intrínseca y/o convencionalmente atribuida, definen la identidad y la memoria colectiva de sus habitantes*” (art. 2°). En cuanto a sus caracteres, establece que “[l]os bienes que integran el PCCABA, son de carácter histórico, antropológico, etnográfico, arqueológico, artístico, arquitectónico, urbanístico, paisajístico, científico, así como el denominado patrimonio cultural viviente, sin perjuicio de otros criterios que se adopten en el futuro” (art. 3°).

Asimismo, detalla bienes, a título enumerativo, que constituyen el PCCABA, entre los cuales enuncia: “...*j) Expresiones y Manifestaciones Intangibles: de la cultura ciudadana, que estén conformadas por las tradiciones, las costumbres y los hábitos de la comunidad, así como espacios o formas de expresión de la cultura popular y tradicional de valor histórico, artístico, antropológico o lingüístico, vigentes y/o en riesgo de desaparición.*” (art. 4°).

2. Luego fue sancionada la ley n° 2176 (BOCBA n° 2598, del 05/01/07), a fin de promover los derechos culturales previstos en el artículo 32 de la CCABA, ordenar el marco legal y principio rectores de las políticas culturales (art. 1°).

A tales efectos, estableció que “...*la cultura es el conjunto de manifestaciones, representaciones, procedimientos y modalidades de la creatividad humana, individual y colectiva, que incluye lo aprendido, acumulado y permanentemente enriquecido, que determina la singularidad de una sociedad y/o comunidad, las diversidades que la integran como totalidad histórica, situada en un*

espacio definido y abarca los modos de vida, las formas de vivir en sociedad y/o comunidad, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias". De allí también surge que la política cultural de la Ciudad atenderá en especial y de forma no taxativa, entre muchas otras, a las disciplinas "costumbres y tradiciones populares" y "artesánias" (art. 2°).

La norma referida se erige como marco referencial de todas las leyes vigentes en la materia y de las que se dicten en el futuro (art. 3°) y establece que la cultura se asume como prioridad estratégica y como política de Estado (art. 5°).

3. Posteriormente, y en particular sobre el tema bajo análisis, se dictó la ley n° 4121 (BOCBA n° 3852, del 07/12/11), que reguló el funcionamiento de las actividades feriales de: a) manualidades; b) manualidades de pueblos originarios; c) compraventa y permuta de revistas y libros usados; d) compraventa y permuta de objetos de colección; e) compraventa y permuta de cassettes, películas, discos y todo otro material fonográfico y videográfico que deberán ser originales usados; f) compraventa y permuta de objetos de filatelia y numismática; g) compraventa y permuta de antigüedades; h) reproducción de partituras musicales y material gráfico de colección (art. 1°).

Dicha norma amplió los puntos de emplazamiento de ferias que se encontraban previstos en el artículo 5° de la ordenanza n° 46075 –que declara de interés municipal la actividad artesanal en la Ciudad– (BM n° 19587 del 02/08/93), que quedaron ubicadas en: 1) Parque Rivadavia; 2) Parque Centenario; 3) Plazoleta Santa Fe; 4) Plaza Primera Junta; 5) Parque Los Andes; 6) Plaza Lavalle; 7) Plazoleta Tango; 8) Plaza Houssay; 9) Parque Patricios; 10) Plaza Julio Cortázar; 11) Parque Lezama; 12) Parque Saavedra; 13) Plaza Palermo Viejo; 14) Parque Avellaneda; 15) Paseo El Retiro de Costanera Sur; 16) Humberto 1° –calle Humberto 1° entre Defensa y Balcarce–; 17) Recoleta –Plaza Intendente Alvear y Plaza Juan XXIII–; 18) Parque Alberdi; 19) Parque Chacabuco; 20) Paseo Defensa –calle Defensa entre Av. San Juan y Cochabamba–; 21) Plazoleta Joaquín Sánchez; 22) Plaza Roque Sáenz Peña; 23) Pasaje Giuffra –pasaje Giuffra entre Balcarce y Defensa–; 24) Feria Honduras –calle Honduras entre Thames y Serrano–; 25) Plaza Dorrego; 26) Paseo la Recova; 27) Plaza Riccheri; 28) Paseo Diagonal Sur –Av. Diagonal Sur entre Alsina y Av. Belgrano–; 29) Plaza Roberto Arlt; y 30) Calle Defensa –del 100 al 150 y del 200 al 600 inclusive–. Allí también se

estableció que todo nuevo emplazamiento o modificación de los enumerados precedentemente corresponde al Poder Legislativo (art. 2°).

La ley reguló diversos aspectos vinculados a la venta en la vía pública. Así, estableció que “[n]o podrá ejercerse el comercio en la vía pública sin permiso” y que quien pretenda desempeñar la actividad “...deberá inscribirse a tales fines en el registro” (art. 11, texto consolidado por la ley n° 6017). Dispuso que la autoridad de aplicación de la ley es la Dirección General de Ferias y Mercados, encargada del control y fiscalización de las ferias, quien ejerce el poder de policía (art. 5°). De tal modo, incumbe a dicho organismo el otorgamiento de los permisos pertinentes –de carácter gratuito, precario, personal e intransferible–; aquellos conformarán el Registro de Permisarios, tendrán una duración anual y se renovarán expresamente si se encontraren cumplidos los requisitos para mantener su vigencia; a su vez, concierne a la autoridad de aplicación llevar un Registro de Postulantes a obtener permisos, que quedarán sujetos a la existencia de vacantes (art. 6°).

Con respecto a las vacantes, la norma previó respetar la cantidad de permisionarios existentes por feria a la fecha de su sanción “...teniendo en consideración a los registros de permisionarios y o participantes y censos efectuados en aquellos que no existan registros”. A su vez, dispuso que la determinación del número y modelo de puestos a habilitar por emplazamiento, para no dañar ni saturar los espacios públicos, corresponde a la autoridad de aplicación y que, en casos excepcionales, por motivos de obra, remodelaciones o reordenamiento del espacio público, los feriantes podrán ser trasladados por aquella dentro de un radio de quinientos (500) metros (art. 7°). A su vez, determinó la imposibilidad de instalar, autorizar, ampliar o extender nuevas ferias, en el espacio público de las Áreas de Protección Histórica (APHs) de la Ciudad (art. 12).

Por otra parte, la norma creó la figura del armador, entendido como “... aquella persona física o jurídica cuya actividad es el acarreo, armado, desarmado y conservación de las estructuras removibles que conformarán el armado de la feria, proveyendo o no las mismas” y el Registro Público de Armadores a cargo de la autoridad de aplicación (art. 3°).

Finalmente, mediante la cláusula transitoria tercera, se creó una comisión legislativa “...integrada por tres (3) representantes de la Comisión de Protección y Uso

del Espacio Público de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tres (3) representantes de los artesanos que actualmente venden sus productos en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina) y tres (3) representantes de la Autoridad de Aplicación del Poder Ejecutivo, a los fines de efectuar una propuesta de resolución sobre la ocupación del espacio público en el área descripta. La duración de esta comisión será de ciento veinte (120) días de promulgada la presente Ley”.

XII. En dicho marco cabe considerar que, a fin de cumplir con los propósitos de orden constitucional, convencional y legal enunciados precedentemente, el Legislador local sancionó la ley n° 4121 y que, en ella, fijó un plan de acción dirigido a promover los derechos culturales, particularmente, contemplando la labor que desarrollan los artesanos que se desempeñan en la Ciudad.

Por ello, la norma no solo se ocupó de regular el funcionamiento de las actividades feriales, sino que también estableció objetivos vinculados a la problemática aquí planteada. En tal sentido, reconoció la existencia de “...*los artesanos que actualmente venden sus productos en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina)*...” y encomendó a una Comisión Legislativa especial, compuesta por representantes de los distintos sectores involucrados, abordar tal situación mediante el acercamiento de propuestas.

De lo anterior se desprende que la Legislatura reconoció que la ocupación del área de la calle Perú por parte de los actores resultaba preexistente a la sanción de la ley y que tal situación representaba un conflicto cuya solución debía ser consensuada. Ello puede inferirse del trámite que tuvo la ley bajo el expediente n° 2406-D-2011, pues allí se señaló la necesidad de “buscar una salida pacífica y consensuada al conflicto” y generar “políticas públicas consensuadas entre el Estado y los afectados” (v. despacho de minoría del legislador Sanchez y observación de las legisladoras Bisutti y Cerruti), a su vez, la importancia de abrir una instancia de diálogo también fue destacada durante el debate que precedió al dictado de la norma (v. intervenciones de los legisladores Basteiro, Cerruti, Camps, Raffo, Garcia Tuñon, Nenna, Sanchez Andía y Parrilli).

También cabe interpretar que el dato aportado por los actores al inicio de la demandada, referido al tiempo de permanencia en el sector ejerciendo su labor artística y de venta de artesanías —que se remonta al año 2002 (v. fs. 2)—, fue avalado por el

poder legislativo, en tanto abordó la temática afirmando la existencia de una ocupación del espacio público ejercida por aquellos.

Pese a lo anterior, se advierte que el mandato legislativo contenido en la ley nº 4121 no fue íntegramente cumplido.

Ello así por cuanto luego de celebrar cuatro (4) reuniones que no avanzaron sobre la discusión de fondo (cfr. actas nº 1 a 4, obrantes a fs. 58/61), el 18 de junio de 2012 los representantes del Poder Ejecutivo propusieron “...*el traslado de los feriantes de la calle Perú a la Plaza Roberto Arlt...*” y ofrecieron alternativas para su efectivización; asimismo, acompañaron los listados con los resultados de la tarea de fiscalización y, por ello, aclararon que la propuesta se dirigía “...*a todos los feriantes que [la] hubiesen aprobado...*” (sic fs. 62). Sin embargo, los representantes de los feriantes rechazaron el ofrecimiento y manifestaron que continuarían trabajando en el lugar “...*a la espera de una norma que contemple la calle Perú como feria*” (fs. 62). Con ello, dejando constancia de la ausencia de consenso, se dio “...*por finalizada y cumplida en tiempo y forma el trabajo de la presente comisión*”, aun frente a la suscripción en disconformidad efectuada por los representantes de los artesanos, quienes pidieron “...*la prórroga de la Comisión especial hasta cumplir con el mandato de la cláusula transitoria...*” (v. fs. 63).

Las discrepancias aludidas también se desprenden de la versión taquigráfica del debate acaecido entre los integrantes de la Comisión Legislativa celebrado aquel día (v. fs. 401/418). Nótese que en ese ámbito, los representantes de los feriantes explicaron que “[*l*]a *solución al problema de la calle Perú son tres ferias inexistentes* [en referencia a los emplazamientos Roberto Arlt, Diagonal Sur y Paseo de la Recova]. Y [*que*] *esa no es una solución*”, asimismo se refirieron a la situación fáctica del área pues dijeron que “...*hay personas que están trabajando desde hace mas de seis años en esta calle...*” e invocaron “...*el Artículo 32 de la Constitución [que] respalda a los artesanos...*”; por ello expresaron su voluntad permanecer en el lugar y “...*mantener el espacio de Perú como feria*” (v. fs. 404 vta., 405, 406 y 408). Por otra parte, el Director de la Comisión expresó que para modificar la situación existente se necesitaría “...*modificar la norma para que contemple la calle Perú. Mientras tanto la situación actual determina que la feria de la calle Perú es inexistente*” (cfr. fs. 405).

En consecuencia, a la fecha, pese a la voluntad legislativa expresada en la cláusula transitoria tercera de la ley n° 4121, orientada a otorgar participación a los artesanos en la búsqueda de una solución apropiada, en términos de salvaguardia del patrimonio cultural, en tanto individuos que crean, mantienen y transmiten ese bien jurídicamente protegido, y el tiempo de permanencia de estos en el área en cuestión –17 años, aproximadamente (cfr. fs. 2)–, no se han logrado resultados.

A tal conclusión se arriba aun frente a la pauta temporal de ciento (120) días a la cual alude la citada cláusula transitoria, en tanto no resulta razonable considerar que pueda constituir un obstáculo para alcanzar el fin propuesto en la norma –alcanzar una solución concertada para el colectivo de artesanos que ocupa el área de la calle Perú– o derivar de ella una autorización para su incumplimiento.

XIII. Aunado a lo anterior, constituyendo la labor artesanal una disciplina que merece especial atención como manifestación del patrimonio cultural, que integra la política cultural de la Ciudad, cabe concluir que compete a la demandada la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para proveer al resguardo de la tarea de los artesanos que se desempeñan en la calle Perú.

En línea con lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “...*el patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros*” (Fallos: 336:1390).

A su vez, el Máximo Tribunal se ha pronunciado acerca de la importancia de dar operatividad a las cláusulas constitucionales, en tanto ha dicho que “*Es bien sabido que [la CN] asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano*” (Fallos: 327:3677).

Sin embargo, se advierte que, en el caso, la labor desplegada por la demandada resultó insuficiente a fin de tener por cumplidos los estándares constitucionales, convencionales y legales existentes en la materia.

Nótese, al respecto, que pese a haber identificado a los “*artesanos que actualmente venden sus productos en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina)*” –cfr. cl. transitoria tercera de la ley n° 4121– no adoptó medidas idóneas para proteger dicha expresión del patrimonio cultural, circunstancia que configura una conducta omisiva ilegítima que lesiona una situación jurídicamente protegida.

XIV. No obsta a la conclusión precedentemente expuesta el agravio de la demandada dirigido a cuestionar el carácter de artesanos de los actores.

Con respecto a los bienes que aquellos elaboran, el Simposio UNESCO/CCI sobre “La artesanía y el mercado internacional: comercio y codificación aduanera” (celebrado en Manila, Filipinas, entre el 6 y el 8 de octubre de 1997), adoptó la siguiente definición: “*Los productos artesanales son los producidos por artesanos, ya sea totalmente a mano, o con la ayuda de herramientas manuales o incluso de medios mecánicos, siempre que la contribución manual directa del artesano siga siendo el componente más importante del producto acabado. Se producen sin limitación por lo que se refiere a la cantidad y utilizando materias primas procedentes de recursos sostenibles. La naturaleza especial de los productos artesanales se basa en sus características distintivas, que pueden ser utilitarias, estéticas, artísticas, creativas, vinculadas a la cultura, decorativas, funcionales, tradicionales, simbólicas y significativas religiosa y socialmente*” (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000111488_spa).

A su vez, las normas locales aportan definiciones en la materia que permiten identificar a las personas y las actividades a las que se dirige la protección.

La ordenanza n° 46075 –declara de interés municipal la actividad artesanal en la Ciudad– considera “artesano” a todo trabajador que, de acuerdo a su oficio, sentimiento e ingenio, se dedique personalmente a la elaboración de un objeto utilizando la habilidad de sus manos o técnicas materiales y herramientas que el medio le proveen (art. 3°); al tiempo que define como “artesanía” a todo objeto utilitario o decorativo para la vida cotidiana del hombre, producido en forma independiente,

utilizando materiales en su estado natural y/o procesados industrialmente, utilizando instrumentos y máquinas en las que la destreza manual del hombre sea imprescindible y fundamental para imprimir al objeto una característica artística que refleje la personalidad del artesano (art. 4°).

Por su parte, la ley n° 4121 –regula el funcionamiento de las actividades feriales–, entiende como “manualidad” a todo proceso mediante el cual se incorpora valor a los productos creados o transformados por el permisionario, siendo el valor la aplicación de un esfuerzo personal al bien que se comercializará; asimismo, prohíbe expresamente la actividad de reventa y la venta de artículos industrializados y/o a gran escala en las ferias de manualistas reguladas por dicha ley, con las excepciones allí previstas (art. 4°).

En el marco de las presentes actuaciones tanto el atributo de “artesano” o “manualista”, como la aptitud de los productos que ofrecen, fueron oportunamente acreditados por el GCBA. En efecto, mediante la disposición n° 102/DGFYM/12, se convocó a las personas que ejercían actividades artesanales y manualistas en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina), a un régimen de evaluación y fiscalización, con el objeto de realizar pruebas de taller, inspeccionar la calidad de sus productos y evaluar los procesos de creación y/o transformación de aquellos, a fin de determinar la aptitud de los postulantes para el otorgamiento de los futuros permisos (v. fs. 51/51 vta.)

Los resultados de la mencionada inspección fueron entregados por los representantes del poder ejecutivo a la Comisión Legislativa de Protección y Uso del Espacio Público (v. fs. 387/394). De tal documentación, se desprende que se trata de artesanos marroquinos, talabarteros, tejedores, bisuteristas, pintores y productores de objetos artesanales de alambre, hierro, piedras, madera y metales, entre otras disciplinas. Asimismo, mención especial merece la presencia de artesanos dedicados al “filete porteño”, pues se trata de una técnica pictórica tradicional inscrita en el año 2015 en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad (v. “El filete porteño de Buenos Aires, una técnica pictórica tradicional” <https://ich.unesco.org/es/RL/el-filete-porteno-de-buenos-aires-una-tecnica-pictorica-tradicional-01069#identification>).

A su vez, de la disposición n° 275/DGFYM/12 (BOCBA n° 3942, del 29/06/12), se desprende la identidad de los artesanos y manualistas que aprobaron las pruebas de taller.

XV. Tampoco puede soslayarse que la venta de artesanías constituye la fuente de trabajo y medio de subsistencia de los actores.

Con respecto a ello y en particular relación con las invocadas alternativas ofrecidas que fueron desestimadas por los artesanos, no se pueden eludir las manifestaciones de aquellos, toda vez que durante la actividad de la Comisión Legislativa instaurada por la ley n° 4121, sus representantes replicaron esas propuestas explicando que las otras ferias contempladas en la norma no funcionan de lunes a viernes; además, agregaron que cuando se mudaron a la Plaza Roberto Arlt, que es la única autorizada a funcionar de lunes a domingo, no generaban ingresos y que, por ello pedían seguir en la calle Perú. En tal sentido, expresaron que “...*por allí pasa gente. Nadie tiene abstinencia por un paquete de sahumeros...[o] se muere si no compra un par de aros. Ninguno de los que nos compran caminará cuatro cuadras hasta un lugar donde todos los negocios están cerrados...Nadie pasa por ahí. Nos quieren mandar a un plaza que está en abandono total*” (v. fs. 412 vta. y 413 vta.).

Sobre el tema, además, adquieren relevancia las Directrices Operativas para la aplicación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en cuanto señalan la interrelación existente entre la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y el desarrollo económico inclusivo.

Por otra parte, resultan importantes los datos del segundo trimestre de 2019 correspondientes al total de aglomerados urbanos muestran que la tasa de desocupación es de 10,6%. A su vez, si tal circunstancia se desglosa por área geográfica se observa que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el indicador de desocupación es de 9,2 %, dato que refleja un crecimiento significativo tomando en cuenta el porcentaje de 6,7% que dicho territorio arrojaba en el año 2011, es decir, a la época de la sanción de la ley n° 4121 (v. https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_2trim19ED75D3E4D2.pdf y

http://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/enapross/ENAPROSS_II_IND%20_TRAB.pdf).

Por ende, lo hasta aquí expuesto impone conjugar la importancia de la comercialización de artesanías en la vía pública como modo de transmitir el patrimonio cultural, con su trascendencia en la vida de quienes lo crean como modo de generar ingresos de subsistencia.

XVI. De tal modo, se advierte que la comercialización de manualidades en la vía pública entraña una problemática compleja, pues no solo involucra el derecho al trabajo de los artesanos, sino también el ejercicio de derechos vinculados a la cultura, así como la organización del espacio público.

Bajo esta línea, es decir tomando en cuenta las particularidades del conflicto, corresponde adoptar una decisión que armonice los aspectos involucrados. Lo anterior, no por negar la facultad estatal de organizar el espacio público, sino con la decidida intención de lograr que dicha intervención favorezca el desarrollo de actividades lícitas frente a las fracturas sociales propias de una situación de crisis económica (cfr. voto de los jueces Fabiana Schafrik y Carlos F. Balbín en “*Ramos Skobelj Yair c/ GCBA s/ amparo art. 14 CCABA*”, sentencia del 31/03/14” y “*C.N.L. c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)*”, sentencia del 26/11/15).

Por ello, encontrándose acreditado el carácter de artesanos de los actores y que desarrollan una tarea que forma parte del patrimonio cultural con anterioridad a la sanción de la ley n° 4121, corresponderá confirmar la sentencia de grado y ordenar al GCBA que autorice la continuidad del funcionamiento de la feria que se desarrolla en la calle Perú, garantizando, respetando y asegurando la labor que ejercen como productores de artesanías y manualidades en dicho lugar.

Por otra parte, toda vez que las instalaciones que en este marco sean emplazadas se constituirán en un área de protección histórica, deberá tratarse de estructuras acordes a las pautas fijadas en la normativa aplicable, de modo de preservar el espacio público.

XVII. Por último, no obsta a la solución aquí propiciada lo dispuesto en la ordenanza n° 25764 (BM n° 14086, del 12/07/71), en tanto la prohibición que de “venta

ambulante de cualquier tipo de mercadería” en la calle Perú, entre avenida de Mayo y Rivadavia y transversales que emana de aquella norma (cfr. arts. 1º y 16), no alude a la actividad artesanal y de manualidades cuya protección se reclama en la presente acción.

XVIII. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en los términos expuestos en el punto XVI.

Las costas se imponen a la demandada vencida (cfr. arts. 26 de la ley nº 2145 y 62 del CCAyT), sin perjuicio de destacar que la parte actora fue patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa.

Disidencia de la jueza Mariana Díaz:

I. En primer lugar, me remito al relato de los hechos efectuado en los puntos I a VIII del voto que antecede a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

II. Ello asentado, resulta pertinente reseñar las normas que regulan la actividad que desempeñan los actores.

1. La ordenanza nº 46075 (B.M. nº 19587, del 13/08/92) declaró “...*de Interés Municipal la actividad artesanal en la Ciudad de Buenos Aires*” y estableció que tal circunstancia debe ser considerada al momento de elaborar las políticas culturales (art. 1º).

Bajo los parámetros allí establecidos, se considera “artesano” a todo trabajador que, de acuerdo a su oficio, sentimiento e ingenio, se dedique personalmente a la elaboración de un objeto utilizando la habilidad de sus manos o técnicas materiales y herramientas que el medio le proveen (art. 3º). Asimismo, se define como “artesanía”, a todo objeto utilitario o decorativo para la vida cotidiana del hombre, producido en forma independiente, utilizando materiales en su estado natural y/o procesados industrialmente, utilizando instrumentos y máquinas en las que la destreza manual del hombre sea imprescindible y fundamental para imprimir al objeto una característica artística que refleje la personalidad del artesano (art. 4º).

Dicha norma determina lugares específicos para la instalación de ferias y establece que todo nuevo emplazamiento o modificación de alguno de los que ella señala deberá realizarse por “...*el Departamento Ejecutivo ‘ad-refèrendum’ del H.C.D.*” (sic); de allí que las ferias artesanales se puedan instalar en: 1) Plazoleta Santa Fe – Plaza Italia–; 2) Vuelta de Rocha; 3) Plaza Intendente Alvear; 4) Parque Centenario; 5) Plaza Manuel Dorrego; 6) Parque Lezama; 7) Plaza Doctor Bernardo Houssay (art. 5°).

Según lo previsto en la norma, el ejercicio de la actividad requiere el otorgamiento de un permiso, que tiene carácter precario, personal, intransferible y gratuito (art. 6°). A tal fin, la autoridad de aplicación deberá llevar un registro de permisos por rubro y otro de postulantes (art. 10, incs. a y b).

2. Posteriormente, la ley n° 4121 (BOCBA n° 3852, del 07/12/11) reguló el funcionamiento de las actividades feriales de: a) manualidades; b) manualidades de pueblos originarios; c) compraventa y permuta de revistas y libros usados; d) compraventa y permuta de objetos de colección; e) compraventa y permuta de cassettes, películas, discos y todo otro material fonográfico y videográfico que deberán ser originales usados; f) compraventa y permuta de objetos de filatelia y numismática; g) compraventa y permuta de antigüedades; h) reproducción de partituras musicales y material gráfico de colección (art. 1°).

Dicha norma amplió los puntos de ubicación de las ferias y estableció que todo nuevo emplazamiento o modificación de los que enumera corresponderá al Poder Legislativo; así, quedaron determinados los siguientes emplazamientos: 1) Parque Rivadavia; 2) Parque Centenario; 3) Plazoleta Santa Fe; 4) Plaza Primera Junta; 5) Parque Los Andes; 6) Plaza Lavalle; 7) Plazoleta Tango; 8) Plaza Houssay; 9) Parque Patricios; 10) Plaza Julio Cortázar; 11) Parque Lezama; 12) Parque Saavedra; 13) Plaza Palermo Viejo; 14) Parque Avellaneda; 15) Paseo El Retiro de Costanera Sur; 16) Humberto 1° –calle Humberto 1° entre Defensa y Balcarce–; 17) Recoleta –Plaza Intendente Alvear y Plaza Juan XXIII–; 18) Parque Alberdi; 19) Parque Chacabuco; 20) Paseo Defensa –calle Defensa entre Av. San Juan y Cochabamba–; 21) Plazoleta Joaquín Sánchez; 22) Plaza Roque Sáenz Peña; 23) Pasaje Giuffra –pasaje Giuffra entre Balcarce y Defensa–; 24) Feria Honduras –calle Honduras entre Thames y Serrano–; 25) Plaza Dorrego; 26) Paseo la Recova; 27) Plaza Riccheri; 28) Paseo Diagonal Sur –

Av. Diagonal Sur entre Alsina y Av. Belgrano–; 29) Plaza Roberto Arlt; y 30) Calle Defensa –del 100 al 150 y del 200 al 600 inclusive– (art. 2°).

La ley estableció que “[n]o podrá ejercerse el comercio en la vía pública sin permiso” y que quien pretenda desempeñar la actividad “...deberá inscribirse a tales fines en el registro que corresponda según la normativa vigente” (art. 11, texto consolidado por la ley n° 6017).

También dispuso que la autoridad de aplicación es la Dirección General de Ferias y Mercados, encargada del control y fiscalización de las ferias, quien ejerce el poder de policía (art. 5°). Incumbe a dicho organismo el otorgamiento de los permisos pertinentes –de carácter gratuito, precario, personal e intransferible–; aquellos conformarán el Registro de Permisarios, tendrán una duración anual y se renovarán expresamente si se encontraren cumplidos los requisitos para mantener su vigencia; a su vez, concierne a la autoridad de aplicación llevar un Registro de Postulantes, sujetos a la existencia de vacantes (art. 6°).

Con respecto a las vacantes, la norma previó respetar la cantidad de permisionarios existentes por feria a la fecha de su sanción “...teniendo en consideración a los registros de permisionarios y o participantes y censos efectuados en aquellos que no existan registros”. A su vez, dispuso que la determinación del número y modelo de puestos a habilitar por emplazamiento, para no dañar ni saturar los espacios públicos, corresponde a la autoridad de aplicación y que, en casos excepcionales, por motivos de obra, remodelaciones o reordenamiento del espacio público, los feriantes podrán ser trasladados por aquella dentro de un radio de quinientos (500) metros (art. 7°).

También determinó la imposibilidad de instalar, autorizar, ampliar o extender nuevas ferias, en el espacio público de las Áreas de Protección Histórica (APHs) de la Ciudad (art. 12).

Por otra parte, la norma creó la figura del armador, entendido como “... aquella persona física o jurídica cuya actividad es el acarreo, armado, desarmado y conservación de las estructuras removibles que conformarán el armado de la feria, proveyendo o no las mismas” y el Registro Público de Armadores a cargo de la autoridad de aplicación (art. 3°).

Finalmente, mediante la cláusula transitoria tercera, se dispuso que una comisión legislativa integrada por tres (3) representantes de la Comisión de Protección y Uso del Espacio Público de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tres (3) representantes de los artesanos que venden sus productos en la calle Perú (entre Rivadavia y Alsina) y tres (3) representantes de la autoridad de aplicación del Poder Ejecutivo, cuya duración sería de ciento veinte (120) días de promulgada la ley, se abocaría a la elaboración de una propuesta de resolución sobre la ocupación del espacio público en esa área.

III. En función de la pretensión esgrimida en autos, atañe recordar que “*Son bienes pertenecientes al dominio público...las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común...*” (cfr. art. 235, inc. f, del CCyCN) y, a su vez, que “*Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales*” (cfr. art. 237 del CCyCN).

Es decir, que la adquisición del derecho de uso “especial” o “privativo” de los bienes del dominio público requiere indispensablemente un acto expreso del Estado, en cuyo mérito ese derecho resulte otorgado o reconocido (cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Bs. As., 4º ed., 1º reimp., 2011, t. V, pág. 308).

De conformidad con lo establecido Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA), resulta una atribución del Jefe de Gobierno otorgar permisos y habilitaciones para el ejercicio de actividades comerciales y para todas las que están sujetas al poder de policía de la Ciudad conforme a las leyes (art. 104, inc. 21). A su vez, también se encuentra facultado para administrar los bienes que integran el patrimonio de la Ciudad (art. 104, inc. 24).

Por otra parte, la CCABA establece que corresponde a la Legislatura local dictar leyes en materia de cultura y espacio público (art. 80 –incs. b) e i)–) y legislar sobre preservación y conservación del patrimonio cultural (art. 81, inc. 8).

IV. De lo dicho hasta aquí surge que el uso de la vía pública que reclaman los actores a fin de comercializar sus artesanías y manualidades es una actividad que –

en principio– se encuentra prohibida, aunque la administración se encuentra facultada para conceder permisos de uso para el ejercicio de dicha tarea, en emplazamientos previamente determinados por el poder legislativo, cuando los peticionantes cumplan los requisitos prefijados para su trámite.

En efecto, tanto a través de la ordenanza n° 46075, como de la ley n° 4121, el poder legislativo local, en uso de sus facultades constitucionales, fijó las bases para el ejercicio de la actividad de venta de artesanías y manualidades en el espacio público de la Ciudad y determinó los lugares de emplazamiento de las ferias. Luego, de tales normas surge que para desarrollar las mencionadas actividades, los interesados deben contar con un permiso otorgado a su favor respecto de uno de los emplazamientos comprendidos en aquellas, cuyo otorgamiento constituye una atribución que, tanto del texto constitucional como de las leyes que reglamentan la actividad, se desprende que atañe al poder ejecutivo local.

Al respecto, se ha dicho que *“El elemento común a [aquellas normas] es la obligatoriedad de obtener un permiso de autoridad competente e inscripción en un registro creado al efecto, para poder ofrecer a la venta artesanías o manualidades”* (v. sentencia del TSJ en los autos caratulados *“Ramos Skobelj Yair c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”*, expte. n° 11431/14, sentencia del 23/12/15 y jurisprudencia allí citada).

V. Ahora bien, en el caso, la parte actora no discute la constitucionalidad del régimen legal referenciado, tampoco surge que su objeción se relacione con un rechazo de la administración ante solicitudes de permisos, sino que la pretensión se orienta a que *“...se le ordene a la autoridad administrativa a garantizar, respetar y asegurar de forma efectiva la labor que [ejercen] como productores de artesanías y manualidades en el ámbito local...”* (v. fs. 1 vta.). Ello en el entendimiento de que, a través de lo dispuesto en la cláusula transitoria tercera, la Legislatura local *“...ha reconocido al colectivo actor, el carácter de la actividad artesanal que desarrolla y la necesidad de consensuar la regularización de la situación”* (sic fs. 1094). A su vez, de los intercambios acaecidos durante el trámite de la causa se desprende que, en síntesis, lo que los actores reclaman es *“...el mismo tratamiento que ha recibido el grupo de artesanos y manualistas...mencionados en las disposiciones citadas, a quienes nos*

desempeñamos en la calle Perú en su intersección entre las calles Rivadavia y Alsina, y se nos reconozca definitivamente como un espacio cultural y artesanal dentro de la Ciudad de Buenos Aires” (sic fs. 1039 vta., v. también fs. 76/78 vta., 154/155, 187/188 y 239/240).

Ello así, cabe concluir que la parte actora no identifica una acción u omisión del GCBA que resulte pasible de control en este ámbito sino que, lo que en realidad cuestiona, es que las normas no hayan incluido al área específica de la calle Perú (entre la avenida Rivadavia y la calle Alsina) como lugar de emplazamiento de actividades feriales –en los términos de los artículos 5º de la ordenanza n° 46075 y 2º de la ley n° 4121–, en tanto considera que solo así y con el consiguiente otorgamiento de los permisos pertinentes para desarrollar la actividad artesanal en dicho lugar, se encontrarán satisfechos los derechos constitucionales que estiman vulnerados.

De tal modo, se advierte que la decisión judicial que persigue, admitida en la instancia de grado, compromete el ejercicio de funciones que, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, corresponden a la Legislatura y a la Administración local –arts. 80, incs. b) e i); 81, inc. 8 y 104, incs. 21 y 24–. En palabras del Tribunal Superior de Justicia local, “...*bajo la apariencia de un ‘caso’, en realidad sólo se pretende que se decida en forma casuística e inorgánicamente acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia de una determinada regulación legal, en reemplazo de la necesaria intervención de los poderes políticos”* (cfr. “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, expte. n° 6162/08, sentencia del 05/03/09, voto de los jueces Conde y Casás).

VI. De la decisión adoptada en la instancia de grado surge que el magistrado hizo lugar a la presente acción de amparo y, por ello, ordenó al GCBA que: 1) regularice el funcionamiento de la feria artesanal de la calle Perú, entre las calles Rivadavia y Alsina; 2) otorgue los permisos pertinentes a los noventa (90) artesanos censados por el Ministerio Público de la Defensa el 23 de noviembre de 2018 y a aquellos que acrediten desarrollar tareas en el lugar pero que no hayan sido incluidos en tal relevamiento por razones de fuerza mayor y 3) provea los puestos necesarios para el desarrollo de la actividad.

Así, se advierte que el fallo no solo omite explicitar de que modo la conducta de la demandada configuró una acción u omisión reprochable que justifique la admisión de la presente acción de amparo sino que, además, soslaya que las normas que estructuran el régimen de la actividad estipulan que “[t]odo nuevo emplazamiento o modificación de alguno de los señalados lo realizará el Poder Legislativo” (cfr. art. 2º de la ley n° 4121), que de conformidad con lo allí dispuesto “[n]o se podrán instalar, autorizar, ampliar o extender nuevas ferias, en el espacio público de las Áreas de Protección Histórica (APHs) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (cfr. art. 12 de la norma referida) y que ello, a su vez, resulta concordante con las modificaciones recientemente introducidas por el Código Urbanístico, en cuanto para el área de protección histórica APH 1 de la Ciudad establece “*Actividades en la vía pública: Se permite el uso de las veredas como expansión de las confiterías, bares, cafés, heladerías y pizzerías, pudiéndose ocupar aquellas solamente con mesas y sillas*” (v. ley n° 6099 –BOCBA n° 5526, del 27/12/18–, anexo II “Áreas Especiales Individualizadas”, art. 4.1.2.2.2.j.).

En tal contexto, vale destacar que de la nómina de noventa (90) artesanos a los que el *a quo* ordenó otorgar un permiso, veintidós (22) se encuentren inscriptos en el Registro Único de Permisionarios, es decir, cuenten con permisos, con status “activo”, en distintas ferias emplazadas en la Ciudad (cfr. fs. 941/1033 vta. y 1041/1042).

Es que, tal como ha quedado dicho, la decisión del *a quo* compromete el ejercicio de funciones que la Constitución puso en cabeza de otros poderes del Estado. Al respecto, corresponde recordar que “...no son los jueces quienes se encuentran en mejores condiciones de determinar de modo ecuánime para toda la sociedad una solución al uso del espacio público para la venta ambulante. En efecto, atender las necesidades puntuales de quienes se presentan ante los estrados judiciales elude la perspectiva global, propia de los legisladores y de la Administración, quienes poseen las herramientas necesarias para evaluar en conjunto la situación de todos los ciudadanos que tienen la misma necesidad, distribuyendo de acuerdo a lo que las normas específicas disponen, no solo atendiendo el bien de uno sino el de todos. Decisiones como las del *a quo*, que resuelven situaciones aisladas, no atienden necesariamente a la de la prioridad del más necesitado, sino del que llega primero” (cfr. TSJ en “Ramos Skobelj Yair c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de

inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 11431/14, sentencia del 23/12/15, voto del juez Lozano).

VII. Por lo demás, la circunstancia de que los actores se encontraran desarrollando sus actividades en el área de la calle Perú sin un permiso que los habilite con anterioridad a la sanción de la ley n° 4121, no implica la existencia de un derecho adquirido a permanecer en ese lugar o la obligación legal de reconocer el espacio como emplazamiento ferial.

Tampoco cabe atribuir a la cláusula transitoria tercera de la ley citada el alcance que pretenden otorgarle los actores, en tanto derivar de ella la obligación de reconocer una feria en la calle Perú en su intersección con las calles Rivadavia y Alsina como espacio cultural, excede lo expresamente previsto en aquella.

En tal sentido, corresponde recordar que “...*la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella (Fallos: 218:56; 299:167)*”, ello es así en tanto “...*no cabe... apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste...*”, pues de hacerlo así “...*podría arribar a una interpretación que – sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal– equivaliese a prescindir de su texto (Fallos: 279:128; 300:687; 301:958)*” (cfr. Fallos: 313:1007).

VIII. Por último, atañe mencionar que el derecho a trabajar debe ejercerse conforme las leyes que reglamentan su ejercicio, las que deben ser razonables (cfr. arts. 14 y 28 de la CN).

Entre las normas que reglamentan tal ejercicio, específicamente en lo que refiere a la comercialización de artesanías y manualidades en la vía pública, se encuentran la ordenanza n° 46075 y la ley n° 4121 y resulta acorde con el reparto de poderes previsto por la Constitución Nacional tanto que sea la Legislatura local quien determine los lugares en los que se emplazaran las ferias, como que la Administración resuelva, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales, el otorgamiento de los permisos para desarrollar la actividad.

Asimismo, con relación al derecho a la igualdad de trato invocado y sin perjuicio de señalar que las circunstancias de hecho referenciadas en la sentencia de grado no resultan asimilables a las de autos, en el caso, no puede atribuirse a la parte demandada una actitud indiferente frente a la problemática planteada por los actores.

Por el contrario, de las constancias obrantes en la causa se desprende que en el marco de las tratativas llevadas a cabo durante los debates de la comisión legislativa creada por la ley n° 4121, el GCBA ofreció a los artesanos permisos en cualquiera de las ferias existentes en la ley vigente (cfr. fs. 62) y que, luego, dictó la disposición n° 275/DGFYM/12 (BOCBA n° 3942, del 29/06/12) mediante la cual les otorgó permisos para realizar sus actividades en la Plaza Roberto Arlt, ubicada a menos de quinientos (500) metros del área de la calle Perú, que funciona todos los días de la semana entre las 10 y las 18 horas. Sin embargo, las alternativas ofrecidas fueron rechazadas.

IX. Por todo lo expuesto, en el marco descripto, no se advierte que concurran los requisitos de procedencia de la acción de amparo previstos en los artículos 14 del CCABA y 2° de la Ley 2145.

Ello así por cuanto no se observa que la conducta desplegada por la demandada pueda considerarse manifiestamente arbitraria o ilegítima.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia.

En atención al modo en que se resuelve, corresponde imponer las costas en el orden causado (cfr. arts. 14 CCABA, 26 de la ley n° 2145 –texto consolidado por la ley n° 6017– y 62 del CCAyT), sin perjuicio de destacar que la parte actora fue patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa.

En mérito a las consideraciones vertidas y habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal; el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE: 1)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y hacer lugar a la acción de amparo; **2)** Imponer las costas a la demandada vencida (cfr. arts. 26 de la ley n° 2145 y 62 del CCAyT), sin perjuicio de destacar que la parte actora fue patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa.

Regístrese y notifíquese –a las partes por Secretaría y a la señora Fiscal ante la cámara en su público despacho–. Oportunamente, devuélvase.

iJudicial



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires

iJudicial