



SEMINARIO FINAL DE ABOGACÍA

La importancia de la prueba en cuestiones ambientales

CERDEIRA Yanina Elisabeth

VABG75864

DNI: 28.724.422

Directora: LOZANO BOSCH Mirna

Año 2020

Modelo de caso – Derecho Ambiental

Fallo: "Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales (CAEFA) y Otros C/
Municipalidad De Paraná S/ Acción de Inconstitucionalidad (Art. 51 Inc. b. Ley 8369)".

Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial - Sala III.

Paraná – Provincia de Entre Ríos. Sentencia N° 9684 del 20/05/2020.

Sumario: I. Introducción – II. Premisa fáctica e Historia Procesal – III. Ratio Decidendi – IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios – IV.I. Oficiosidad de las pruebas – IV. II Admisión y valoración de la prueba de oficio en procesos administrativos – IV.III Tutela ambiental – IV.IV La regla de la congruencia vinculada a la prueba de oficio – V. Antecedentes jurisprudenciales – VI. Posición del autor – VII. Conclusión – VIII. Referencias.

I. Introducción:

La Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales (en adelante CAEFA), junto a comerciantes particulares, promueven una acción contra la Municipalidad de la ciudad de Paraná para plantear la inconstitucionalidad del decreto municipal que regula el uso y la prohibición de venta al público de material pirotécnico.

La parte actora plantea que el Decreto N° 1469/2017 ha sido legislado en franca violación a la Constitución, normas federales y locales donde se ha quebrantado la distribución de competencias federal, todo ello referido a la vulneración del derecho al libre comercio, a la venta y uso de material pirotécnico.

La Municipalidad demandada comparece e interpone excepciones previas de incompetencia y falta de legitimación activa, a la vez que en forma subsidiaria en su responde indica que el decreto se instituye dentro del marco de sus competencias como poder de policía municipal, y que el mismo es en observancia con la política vigente del Estado en asuntos referidos al material de fuegos artificiales.

El fondo de la cuestión versa sobre el daño ambiental que el material provoca, donde el tribunal, ante la pobreza de pruebas aportadas por parte de los demandantes, es quien no puede dejar de tratar el tema de la pirotecnia y la fuerte contaminación sonora que su uso conlleva sobre el medio ambiente, y más importante aun lo que atañe a los perjuicios en salud, extremos que en el caso no fueron planteados por las partes.

La elección del fallo está justificada porque presenta una cuestión muy discutida en la actualidad y es la referida a si los jueces civiles, para abordar a la verdad y arribar a una sentencia justa, cuentan con herramientas permitida dentro de la ley, donde la disputa se centraliza en responder si la doctrina procesal acompaña decisiones cuando un juez debe aportar las pruebas necesarias “con la finalidad de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, a los efectos de evitar quebrantar la igualdad de las partes, resguardando con tal exigida actitud el principio del derecho de defensa en juicio, pilar del debido proceso” (Elías, 2020, p.13).

Por otro lado, el veredicto expone el problema del principio de congruencia, donde hay que analizar la problemática merituada por el tribunal al ofrecer de oficio las pruebas, ya que se aparta de lo solicitado por los demandantes por estar en juego principios normativos de los denominados fundamentales, e involucrados derechos personalísimos y de incidencia colectiva.

II. Premisa fáctica e Historia Procesal:

La historia procesal se inicia cuando CAEFA, junto a otros comerciantes presenta una acción de inconstitucionalidad en la ciudad de Paraná ante el Juzgado Civil y Comercial N° 7, de primera instancia. Se inicia con la demanda a la Municipalidad de esa ciudad, y se solicita se deje sin efecto el decreto emitido que prohíbe la venta al público de material pirotécnico, donde el juez de primera instancia resuelve a favor de la norma y desestima la pretensión de los actores, quienes se agravian, y recurren lo sentenciado.

El recurso de apelación es recibido por la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial - Sala III, donde la actora sustenta que el decreto cuestionado ha violado el derecho al libre comercio, plasmado en nuestra Ley Fundamental, como también vulnerado normas federales y locales, por haber transgredido la otra parte su competencia federal.

A su vez, en esta segunda instancia, la Municipalidad -como demandada-, solo interpone respecto a los actores excepciones previas de incompetencia y falta de legitimación activa, y al comparecer nada menciona sobre los motivos de tal prohibición, ni sobre la afectación que el material produce, solo aduce que su decisión se encuentra dentro de sus competencias, en obediencia a las directrices emanadas del Estado.

La Cámara se aparta de las pretensiones de los agraviados y haciendo uso de las medidas para mejor proveer, solicita una prueba pericial que determine si la emisión sonora de los fuegos artificiales daña a la salud y al medio ambiente.

Como menciona González Lagier (2014), “los hechos que deben ser probados en el proceso son todos aquellos que son relevantes para resolver el caso y aquellos que permiten presumir los hechos relevantes” (p.14), y serán relevantes aquellos hechos que en cada caso concreto permiten asegurar los supuestos que la norma ha previsto.

Los magistrados sentencian no hacer lugar al recurso interpuesto por la actora CAEFA, donde señalan que la tesis del recurso que asevera que la norma “castiga al vendedor registrado y favorece a la venta clandestina, es un argumento de política, no jurídico, y que no puede sostenerse como argumento de inconstitucionalidad pues implica

desde lo jurídico exigir el derecho a dañar porque otros lo hacen” (p.29, parr.3), por tornarse ello inaceptable, por ello confirman lo resuelto por el *a quo*.

III. Análisis de la Ratio Decidendi:

En función de dar respuesta al recurso, la Cámara inicia su análisis enfocado en cada punto del conflicto que ha sido traído. En primer lugar, descarta que la deserción de fundamentos sea indicio suficiente para rechazar el agravio, por consiguiente, reflexiona que conducirá las argumentaciones más allá de si estas fueran planteadas o no, y cita jurisprudencia de la propia Sala al respecto.

Es sostenido por los magistrados que la cuestión que se presenta esta centralizada en el comercio minorista y la utilización del uso de pirotecnia sonora, y que declarar inconstitucional una ley es “un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como una ‘ultima ratio’ del orden jurídico” (Punto 5, párr.4).

Asimismo, asevera la Cámara la falta de elementos probatorios, la ausencia en el memorial presentado por los denunciante de los argumentos que conmuevan el planteo de inconstitucionalidad que han planteado, y se suma la determinación de que el municipio entrerriano posee la potestad en la regulación del uso de fuegos artificiales, porque está dentro de los temas relacionados a la comunidad y su convivencia.

En donde se hace necesario un verdadero análisis, afirman los magistrados, y que no ha sido planteado por las partes, es en el daño que la pirotecnia causa a la salud y al medio ambiente, por ello la Cámara solicita, de oficio, un informe que instruya sobre las consecuencias de los estampidos pirotécnicos, en la salud de personas con TEA (trastornos del espectro autista) y las que no lo sufren; como también y en base a que los actores traen a estos actuados la Ley Nacional de Armas y Explosivos N°20.429, y su decreto 302/83 sobre el “Empleo de artificios pirotécnicos”, señalar que allí mismo el legislador dicta que son los municipios los encargados de regular su uso, el que no debe trastornar ni ocasionar daños a terceros.

Además, en relación con el ambiente indican normativa relevante que parte de la Constitución Nacional, y Provincial como así también de la Ley General del Ambiente, que colocan a los municipios en el compromiso de acoger las medidas preventivas cuando este sea dañado o potencialmente perjudicado. La Cámara sostiene que existe también en la actualidad una amplia protección constitucional en materia de salud, de las personas con discapacidad y del ambiente en general, por lo que la cuestión traída sobre la inconstitucionalidad de una norma desde el libre comercio resulta un análisis huérfano

que supera a la ley nacional sobre el uso de armas y explosivos, como componentes esenciales de la cuestión.

Los jueces argumentan que el punto bajo análisis no es vender de manera libre una cosa inofensiva que posee autorización administrativa, sino el de comerciar un componente que perturba la salud del hombre “y de ciertas personas discapacitadas en particular; como el medio ambiente en general y la salud de los animales de compañía en especial” (Punto 4, párr.29), y concluyen confirmar lo sentenciado por el tribunal inferior.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios

IV.I Oficiosidad de las pruebas: El jurista Elías (2020), refiere que las llamadas pruebas de oficio, receptadas como medidas para mejor proveer por los códigos procesales argentinos, instituyen la herramienta procesal a utilizar por el juez civil al finalizar el proceso y previo a dictar sentencia, como “cierta iniciativa probatoria ex oficio” (p.1), y vistas como diligencias extraordinarias, le dan la facultad a que sean practicadas con el fin de resolver de la forma más adecuada e instruida, sin tener que ceñirse solo a las pruebas proporcionada por las partes.

Es por ello, menciona Gozaíne (2010), que posibilitar a los magistrados decretar de oficio la producción de pruebas permite que obtengan el conocimiento que se requiere para sentenciar cuando por desidia u ociosidad de las partes no las han incorporado, y no hay violación al principio de la igualdad en juicio, por cuanto dicha providencia oficiosa se encuentra dirigida a las partes del litigio, que significa poner a ambas en igual situación de duda o falta de certeza necesaria, como beneficiarias de dicho remedio.

IV.II Admisión y valoración de la prueba de oficio en procesos administrativos: dos son las posiciones respecto al tema, la primera versa sobre la función que cumple el proceso contencioso administrativo donde es innecesario aportar medios probatorios por ser solo para revisión de lo actuado y decidido en instancia anterior; y la segunda teoría justifica la prueba de oficio, no solo por señalar no ser el proceso un mero acto de revisión, sino porque “se pretende una tutela efectiva de situaciones jurídicas [] por ello que es perfectamente posible e incluso necesario que en el proceso se actúen medios probatorios que tengan por finalidad generar convicción en el Juez sobre los hechos controvertidos” (Márquez, 2015, p.137).

Asimismo, el sentenciante al valorar la prueba busca, en esa operación intelectual, fundar la eficacia de sus convicciones respecto de los elementos de prueba recibidos.

Peyrano (2008), reflexiona que el juez civil, en el ámbito de un proceso contradictorio y contencioso donde se ha producido prueba, debe ser quien la emplee, la

utilice a pleno y vele por su preservación, pero no quien averigüe o explore la verdad, solo debe hacerlo en forma muy excepcional y promover aquellas de oficio. No para buscar la verdad, si es que aún tiene dudas, sino porque “habrá cumplido con su real misión acotada pero excelsa: aproximarse a la verdad limitada y selectivamente” (p.2).

IV.III Tutela ambiental: En Argentina, la Ley General del Ambiente 25.675, en su artículo 32 abarca dos institutos procesales de notable utilidad, por un lado, la producción de pruebas de oficio, y por el otro las medidas precautorias, adoptadas también de oficio. Ambos han sido planteados ante la necesidad de tutelar “bienes constitucionales (en el caso, el medioambiente), y la necesidad de salvaguardar el principio del debido proceso (Sagüés, 2008, p.121).

En el derecho comparado, respecto a la protección del ambiente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos junto a la Corte del mismo nombre, actúan como foro internacional para presentar los casos donde se afecte el medio ambiente, donde sus resoluciones cuentan con un mayor impacto que las representaciones de situaciones generales. Ambas presentan reglamentación para mejor proveer, donde el art 58, reglamenta las diligencias probatorias de oficio, cuando las consideren útil y necesarias para arribar a una sentencia justa.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no regla sobre el derecho a un ambiente sano, pero la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentenciado que determinados derechos del Convenio se ven influidos en casos ambientales como el derecho a la vida, el derecho a la intimidad, por ejemplo, donde “la contaminación ambiental severa puede afectar al bienestar de las personas e impedirles disfrutar de su hogar, afectando negativamente a su vida privada y familiar” (Boillat, 2016, p.193)

IV.IV La regla de la congruencia vinculada a la prueba de oficio: El significado de congruencia reconocido por la doctrina se encuentra relacionada con la similitud o equivalencia, entre las pretensiones planteadas por las partes, y lo juzgado. En respeto a esta pauta, doctrinarios y resoluciones judiciales remiten a la defensa en juicio y el debido proceso, como garantías prescriptas por la CN (Vélez, 2007).

La prueba, como actividad se presenta durante el perfeccionamiento del proceso, mientras que la congruencia se halla relacionada al juez, que la posee como actividad intelectual, de tercero imparcial, al momento de sentenciar. Vélez (2007), señala múltiples puntos de contacto al vincular ambas concepciones y sus resultados, donde:

El más conocido tiene que ver con la valoración de la prueba que realiza el juez en la sentencia, y la eventual incongruencia interna entre los considerandos y el fallo

(incongruencia interna). También existen conexiones entre la carga de la prueba y la congruencia, en tanto ambas son reglas que debe respetar el juzgador al momento de sentenciar. [] Otro tiene que ver con las medidas para mejor proveer o mejor resolver, y aquí nos vamos acercando decididamente a la cuestión que nos interesa (p.10).

Asimismo, en un sentido tradicionalista también la regla de congruencia veda al juez la posibilidad de que se exceda entre lo pretendido y controvertido por las partes, que acarrea la restricción de actuar de oficio, porque de hacerlo, puede caer en lo hipotética incongruencia vulnerando la garantía del proceso justo, en una posición inquisidora. Vélez (2007), entiende que el juez “deja su rol de tercero imparcial para salir en auxilio de la parte que debió probar y no lo hizo, afectándose así letalmente y al mismo tiempo los principios procesales de imparcialidad e igualdad” (p.10).

Agrega, respecto a las medidas para mejor proveer, que el juez al ordenarlas ya está estimando, está juzgando porque las solicita con un fin específico que en forma previa ha pensado. Por lo tanto, si estas medidas no son admitidas, trae como consecuencia que el juez al sentenciar solo tendrá en cuenta las pruebas proporcionadas por las partes, donde debe extenderse a las pruebas la regla de la congruencia.

En unión con estos argumentos está el concepto de verdad en el proceso, y el tema de la “verdad jurídica objetiva”, con dos posiciones encontradas: el permiso para buscar la verdad con las medidas para mejor proveer, o se norma un proceso que sea respetuoso de las garantías de la CN, que solo acepte “una declaración de certeza, y consecuentemente el juez no tiene por qué involucrarse en la búsqueda de ninguna verdad, y nunca debe dejar su posición de tercero imparcial, que nada tiene que hacer en relación a la obtención de pruebas” (Vélez, 2007, p.10).

V. Antecedentes jurisprudenciales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), ha decidido bajo la inteligencia de la potestad conferida por el art 32 de la Ley General del Ambiente en fallos como en “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo”, del 2016 donde ha expresado que “el objetivo de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general” (Fallo: 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

Por su parte, traído por la Cámara en este fallo, jurisprudencia del derecho comparado donde el Tribunal Supremo de España, STS. Sala 2ª, 30-11-1990, nº 3851/1990, FD 17.2, ha indicado la importancia de proteger lo que denomina “capital

natural”, como a todo lo inherente a la naturaleza, sus seres vivos, donde el ser humano se encuentra inmerso y donde su uso no se acepta ilimitado.

Igualmente, la CIDH en su resolución del 20 de octubre 2020 del caso “Grijalva Bueno vs. Ecuador” ha considerado de acuerdo con lo reglamentado por el artículo 58 de la Convención, que esta Corte puede en cualquiera de las etapas de la causa, y siempre que sea eficaz para su dictamen “a) procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio u opinión estime pertinente”.

De forma concordante en el fallo “Cordero Bernal vs. Perú”, del 15 de septiembre, la presidenta de la CIDH reitera la mención de las diligencias para mejor proveer del artículo 58, al referir que resulta oportuno advertir la necesidad de obtener “prueba adicional específica que permita una mejor resolución de la controversia planteada. En ese sentido [], se requiere al Estado que remita, como prueba para mejor resolver, en el plazo indicado en la parte resolutive” (p.7, párr.27).

Respecto a declarar la inconstitucionalidad de la norma atacada, el cual compone un acto de sumo compromiso institucional, por considerarse el último recurso del orden jurídico, el Tribunal ha traído a este fallo sentencias donde la CSJN ha pronunciado que “Si no se acredita que la aplicación de la disposición legal que se impugna haya ocasionado daño al reclamante carece de sentido pronunciarse sobre la alegada inconstitucionalidad”(p.14, párr.1), este razonamiento se ha fijado como regla en "Nuevo Cómputo SA s AFIP " 331:1434; "Brandi Eduardo A., y otros c/ Mendoza Provincia de" 330:3109; Lemes Mauro I, Fallos 332:5.

Menciona la Cámara, con relación a la competencia en la dirección de cuestiones ambientales, se ha reconocido el imperio tanto a las provincias como a los municipios en cuanto se comprometa el bienestar de la comunidad, donde la Corte así lo ha sostenido en fallos “Roca, Magdalena c/Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”, entre otros.

VI. Posición del autor

El fallo que se analiza observa el tema de la prueba de oficio requerida por el tribunal, como medida para mejor proveer, donde los juzgadores se apartan de las reglas de la congruencia al relacionar este instituto con la protección ambiental, la salud y el perjuicio que provocan los fuegos artificiales en las personas con TEA.

También se observa frente a la tutela ambiental, el vasto y novel articulado de convenios internacionales, con leyes procesales nacionales y provinciales argentinas que

han receptado este instituto como diligencias probatorias, a ser utilizadas por los jueces cuando sea imperioso arribar a una resolución justa, siempre que sean útiles y necesarias a ese propósito.

Por último, dos posturas opuestas en el campo procesal han sido apreciadas: los que relacionan la oficiosidad de las pruebas con la regla de la congruencia, y en consecuencia indican que se apartan de la garantía del debido proceso, donde el juez deja su papel de tercero imparcial de todo proceso dispositivo. Por otro lado, la tesis que apoya este instituto donde el magistrado las solicita en búsqueda de una verdad jurídica, y comprometido con ella, coloca también en igualdad de oportunidades a las partes.

Esta última es la posición adoptada por la autora, en apoyo a un activismo jurídico que dote a los sentenciantes de libertad para arribar a una sentencia justa, donde en aquellos casos en que las partes no han aportado los elementos de pruebas necesarios, sean ellos quienes de oficio las proporcionen, en resguardo de todos los derechos, y más aún cuando los mismos se relacionen con la salud, los seres vivos y los recursos naturales.

VII. Conclusión

Se está en apoyar que no se quebranta el debido proceso ni se lo viola de manera alguna frente al aporte de pruebas de oficio, por entender que su utilización responde a una técnica racional e imparcial necesaria que realiza el tribunal en la búsqueda de la verdad de los hechos, y en la inteligencia de sentenciar basado en la noción de justicia social.

Asimismo, se acompaña que, en la actualidad en temas tan sensibles como el cuidado de la persona humana, seres vivos y el medio ambiente, el tribunal tenga un protagonismo activo y herramientas como las medidas para mejor proveer -o las diligencias probatorias del derecho comparado-, para ser utilizadas a fin de esclarecer sus dudas, o perfeccionar su conocimiento sobre los hechos invocados.

No se está en escoltar ante problemáticas ambientales, que el uso oficioso en materia probatoria se utilice luego para recurrir los decisorios con base en la incongruencia, o se las observe de inconstitucionales cuando su dictado responde a garantizar la imparcialidad de quien las utiliza. Y si las partes, como en el fallo analizado, traen cuestiones que signifiquen un riesgo a la salud de los ciudadanos, sea prerrogativa de los magistrados arbitrar los medios necesarios en defensa y tutela de nuestros derechos constitucionales.

VIII. Referencias:

Doctrinarias:

- Boillat, P. (2016) Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia. Luxemburgo: *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*. ISBN 978-92-871-9885-3
- Elías, J. (2020) Las medidas para mejor proveer y su obligada vinculación al debido proceso. *Ed. Microjuris.com Argentina*. MJ-DOC-15423-AR | MJD15423
- González Lagier, D. (2014). Argumentación en Materia de Hechos. *RUA*. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. Recuperado: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/37145/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf
- Márquez, A. (2015). Prueba y valoración de la prueba por el Tribunal Fiscal de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho* (39), 119-144. ISSN: 0797-8316. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5681/568160375006>.
- Peyrano, J.W, (2008), El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil, en *El Derecho* Tomo 231.
- Sagüés, N.P (2004), “Activismo” versus “Garantismo”, A propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental. Trabajo incluido dentro del programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina*.
- Vélez, J.C (2007) La prueba y su vinculación con la regla de congruencia. En A. Alvarado Velloso (Presidente), del *IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*. Conferencia dictada en Azul, provincia de Buenos Aires, Argentina.

Legislativas:

- Constitución Nacional Argentina. Texto ordenado modificación constituyente año 1994.
- Decreto Municipal N° 1469/2017. Medidas sobre Pirotecnia. Paraná. Entre Ríos.
- Decreto Reglamentario 302/83. Empleo de artificios pirotécnicos. Poder Ejecutivo Nacional.
- Ley Nacional 20.429. Armas y Explosivos. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

- Ley Nacional 25.675 Ley General del Ambiente. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Jurisprudenciales:

- C.I.D.H. “Grijalva Bueno vs. Ecuador”, Sentencia 25/07/2019.
- C.I.D.H. “Cordero Bernal vs. Perú”, Sentencia 15/09/2020.
- C.S.J. de la Nación “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo”, Sentencia 23/06/2016. Fallo Nro. 339:142
- C.S.J. de la Nación, “Nuevo Cómputo SA c/ AFIP s/ Daños y perjuicios” Sentencia 18/06/2008. Fallo Nro. 331:1434;
- C.S.J. de la Nación, "Brandi Eduardo A., y otros c/ Mendoza Provincia de s/ Acción de Amparo" Sentencia 27/09/2005. Fallo Nro. 330:3109;
- C.S.J. de la Nación, “Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP - Apelación”, Sentencia 08/11/2006. Fallo Nro. 332:5
- C.S.J. de la Nación, “Roca, Magdalena c/Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”, Sentencia 16/05/1995. Fallo Nro. 318:992

AUTOS: N° 9684 - "CAMARA ARGENTINA DE EMPRESAS DE FUEGOS ARTIFICIALES (CAEFA) Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PARANA S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (ART. 51 INC. b. DE LA LEY 8369)" -

A C U E R D O :

En la Ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, a los Veinte (20) días de mayo de 2020, celebrando Acuerdo telemático, conforme lo autoriza el Acuerdo Especial del STJER del 08/04/2020 -Anexo I pto. 15), prorrogado por Acuerdo Especial del 20/04/2020- los Sres. Vocales de la Sala III de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dres. Valentina Ramirez Amable -Presidente-, Virgilio Alejandro Galanti y Andrés Manuel Marfil, con la presencia virtual de la Sra. Secretaria de la Sala III, Dra. Sandra A. C. Ciarrocca, y utilizando para suscribir la firma digital -Acuerdo Especial STJER del 20/04/2020, Resolución STJER N°28/20, del 12/04/2020, Anexo IV; Ley 25.506, y Ley provincial 10.500- para conocer del recurso de apelación interpuesto en los autos: "CAMARA ARGENTINA DE EMPRESAS DE FUEGOS ARTIFICIALES (CAEFA) Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PARANA S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (ART. 51 INC. b. DE LA LEY 8369)" N° 9684, respecto de la sentencia dictada en fecha 01/03/2019 -fs. 162/171-. De conformidad con el sorteo de ley oportunamente realizado, la votación deberá efectuarse en el siguiente orden, Dres. Marfil, Ramirez Amable y Galanti.

Estudiados los autos, la Sala estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ Es justa la sentencia apelada ?

A la cuestión planteada el Vocal Dr. Andrés Manuel Marfil dijo:

1.- El caso propuesto.

Que la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales (designada CAEFA en lo sucesivo), el Sr. José Francisco Saavedra y la señora Delia Inés Mendizábal –estos por derecho propio- y la firma SWEET SA –por medio de su representante Pablo Alejandro Redondo- interpusieron demanda contra la Municipalidad de Paraná a fin que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12,

13, 14, 15 y 16 del decreto 1469/2017.

En sustento de su postura argumentaron que la norma resulta violatoria de los arts. 9, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 21, 28, 75 (incs. 2, 12, 13, 16, 18, 19 y 32), 121 y 126 de la Constitución Nacional; 67 y 82 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, Ley Federal Nº 20.429 y el decreto 302/83.

CAEFA sostiene que tiene legitimación procesal, por ser persona jurídica (una asociación civil) que representa a sus asociados, lo que surge de su Estatuto -art.2- que establece como objetivos "...Defender los derechos e intereses gremiales y profesionales de las empresas asociadas que así lo soliciten" y "gestionar y asumir la representación de las empresas asociadas ante los poderes públicos".

Los particulares sostienen que realizan actividad comercial que se ve afectada con las prohibiciones establecidas a nivel municipal.

Sostienen que el Municipio reguló sobre una materia delegada a la Nación vulnerando los arts. 121 y 126 de la CN, desconociendo así lo dispuesto en la Ley Nacional de Armas y Explosivos nº20.429 y su decreto reglamentario 302/83 -que regula de la actividad pirotecnia-. La alegada inconstitucionalidad surge según los actores de violar la cláusula del comercio contemplada en los arts. 9, 10, 11, 12 y 75 inc. 13 de la CN, en tanto restringe la libre circulación territorial de los productos descriptos y aprobados por la ANMAC (ex RENARD).

Admiten que si bien a nivel local se puede reglamentar algo de la materia pues el propio decreto lo prevé, lo que no se puede admitir es prohibir la actividad pues ello es exceder sus competencias conforme lo establece el art.123 de la CN, y afecta los derechos adquiridos que poseen al contar con autorización de la ANMAT para la comercialización de pirotecnia lo que contradice el art. 75 inc. 12 y 126 de la CN al dejar fuera del comercio la actividad y el art. 16 de la CN por discriminar al sector pirotécnico y del fuego de artificio.

Por último invocan violados los artículos 67 y 82 de la Constitución Provincial, que protegen el desarrollo económico de la pequeña y mediana empresa, la promoción de las acciones tendientes a la erradicación del trabajo no registrado como política estatal, como asimismo las disposiciones de la Ley 10.282 que resulta ser jerárquicamente de mayor rango al decreto municipal.

A este caso se le imprimió el trámite del art. 51 inc. b) de la Ley 8369, de

acción de inconstitucionalidad, como acción individual fundado en un agravio personal invocado por los actores.

Ese trámite quedó firme y en tal condición se corrió traslado al Municipio de Paraná.

La demandada, interpuso excepción de incompetencia que a la postre se desestimó y quedó firme, además se opuso falta de legitimación activa y contestó la demanda.

Para fundar la falta de legitimación activa el ente estatal sostuvo que no hay constancia en autos que CAEFA actúe en representación de las empresas asociadas a la misma, ni de que alguna de éstas le haya requerido para el caso su intervención o defensa gremial. Y en relación a los demás demandantes afirman que no están afiliados ni han acreditado que realizan actividad que pudiera ser afectada por la norma cuestionada, ya que no cuentan con ningún comercio o actividad en la especie habilitado por el Municipio para el desarrollo o explotación del ramo de fuegos artificiales.

También plantean como defensa su negativa a que el decreto 1469/2017 violente los artículos de la CN, CP, y las leyes 20429 y su decreto 302/83, pues el municipio no avanzó sobre competencias delegadas o materias prohibidas, sino que es parte del poder de policía municipal el cual ejerce en el marco de sus competencias y en cumplimiento con la política estatal vigente en la materia. Niegan que el decreto impacte sobre la ley 20429 y el decreto 302/83 ya que éstos refieren a cuestiones técnicas y de seguridad, y que el propio artículo 298 del decreto nacional autoriza a las jurisdicciones locales a reglamentar la materia.

Solicita en definitiva el rechazo de la demanda ya que no se demuestra el agravio constitucional.

En esta causa ante la escasísima prueba presentada, solo documental, el juez de grado declaró la cuestión como de puro derecho, solo se agregó apiolar una cautelar que decurrió en forma paralela.

2. La sentencia de primera instancia

La sentencia rechazó el pedido de declaración de inconstitucionalidad del

decreto n° 1469/17 de la Municipalidad de Paraná.

Para así resolver sostuvo, en lo que respecta a la falta de legitimación activa de la parte actora, que las excepciones procesales en procesos constitucionales -como el de autos-, deben ser analizadas e interpretadas de manera restrictiva y atendiendo al principio *in dubio pro actione*. En este entendimiento se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa en relación a CAEFA y a la señora Delia Inés Mendizábal por no encontrarse debidamente acreditado cuál es el objeto ni los objetivos de dicha entidad, la primera de éstas, y por no haber acreditado tampoco esta última que ostente un interés legítimo en la presente acción.

En relación a Sweet S.A., se rechazó la excepción de falta de legitimación activa por cuanto, sin perjuicio de no encontrarse acreditado que la misma lleve a cabo actividad comercial alguna en nuestra ciudad, ello no resultaría menester para considerar que no tenga un interés legítimo como para entablar la acción intentada.

Zanjada esta cuestión -de la legitimación activa- se detalló cada uno de los motivos por los cuales la parte actora -legitimada- interesó la declaración de inconstitucionalidad del decreto en cuestión, fundándose así la solución final del caso.

En lo que respecta a la violación de la distribución federal de competencias, entendiendo que la línea divisoria entre el poder de policía local y el federal es muy delgada; y que el poder de policía compete a los entes locales y al gobierno federal, correspondiendo a los primeros el poder de policía en sentido estricto -salubridad, moralidad y seguridad pública- y al segundo, el poder de policía de bienestar o bien común, se concluyó que la autoridad municipal sólo hizo uso de sus facultades reglamentarias expresamente reconocidas -art. 298 del Dec. N° 302/83-, sin excederse en las mismas.

La libertad comercial, tampoco resultaría implícitamente comprometida por cuanto no se prohibió la libre circulación de elementos de pirotecnia y coheteria, limitándose solamente la tenencia, uso, detonación, fabricación, comercialización y venta al público mayorista y minorista.

En cuanto a la evaluación de la razonabilidad del decreto municipal N° 1469/2017, se entendió que existe una adecuada proporcionalidad de los medios con los fines perseguidos: las restricciones establecidas no aparecen como irrazonables, excesivas o abusivas, sino que denotan el ejercicio legítimo de la prerrogativa con la

que cuentan los entes municipales de dictar normas de policía que tengan en miras la salud, fundamentalmente respecto a elementos por cierto riesgosos, como son los artefactos pirotécnicos. Más aún, desconociéndose otro medio menos restrictivo (que la prohibición de uso y detonación) que pueda lograr el fin de evitar que las personas y los animales sufran el ruido de la pirotecnia.

Se desconoció como derecho adquirido a la posible o mera expectativa de venta de pirotecnia, no pudiéndose tener un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, o a su simple inalterabilidad.

Tampoco se entendió vulnerado el derecho a la igualdad en virtud de no evidenciarse un trato diferencial ante condiciones análogas entre personas que se dediquen a la tenencia, uso, detonación, fabricación, comercialización o venta al público mayorista o minorista de elementos de pirotecnia y coheteria.

Para finalizar, no se advierte demostrado en autos -de manera concreta- el impacto que el decreto municipal produce en los postulados enunciados en las diversas normas constitucionales provinciales invocadas, haciendo sólo una mera referencia genérica al desalentamiento del desarrollo económico de la pequeña y mediana empresa -no siendo exclusiva esta forma de desarrollo de la actividad-, y la promoción de las acciones tendientes a la erradicación del trabajo no registrado.

3. El recurso de apelación

3.1. Los actores interpusieron recurso de apelación contra la sentencia, y en un solo memorial plantearon las siguientes cuestiones:

a) Tratamiento de la excepción de falta de legitimación activa:

Sobre la falta de legitimación activa de CAEFA, el juzgador incurre en contradicción, y que no siguió la pauta seguida de su resolución acerca de la excepción planteada, dado que con criterio restrictivo evalúa la legitimación activa del interesado, con base a extremos formalistas (exigencia de una copia del estatuto de CAEFA), vulnerando el principio *in dubio pro actione*, valorando la duda en perjuicio del accionante.

Sostiene que el principio citado disipa cualquier posible solución obstativa a la admisibilidad de la demanda con fundamentos como los sostenidos por la accionada. Y

que con igual criterio, el juzgador decidió acoger la excepción de falta de legitimación activa de la Sra. Mendizábal, teniendo por no acreditado su legítimo interés en la acción donde vuelve a circunscribirse en criterios restrictivos acerca de la legitimación activa de los accionantes, alegando nuevamente falta de acreditación de extremos, ignorando a su vez la documental presentada. Todo ello nuevamente en perjuicio del principio referido.

b) Respecto del tratamiento de la acción de inconstitucionalidad:

En relación a la cuestión de fondo, al tratar este aspecto, dice que el juzgador realiza un tratamiento individual de los motivos expuestos por esta parte en la demanda para sostener la constitucionalidad del decreto en crisis. Refiere a la violación de la distribución federal de competencias, y que reitera que por tratarse de materia federal incluida dentro del elenco de sus competencias exclusivas, el Congreso Nacional dictó la Ley 20.429 "De Armas y Explosivos" y el PEN la reglamentó con el decreto 302/83, que regula la actividad vinculada a la importación, elaboración, conservación, distribución y comercialización de fuegos artificiales con alcance a "todo el territorio de la Nación" (art. 1, última parte, ley 20.429).

Dice que el interés federal radica en la seguridad nacional; objetivo insignia, declamado, explícitamente, en el mismo preámbulo al decir: "consolidar la paz interior, proveer a la defensa común", como también en los arts. 72 inc. 2º y 126. De la misma manera que la autoridad federal -por medio de la ley 20.429 y del decreto 302/83- regula la actividad para todo el territorio nacional, permite que las jurisdicciones locales reglamenten ciertos pormenores o aspectos accesorios.

Y que si bien el art. 298 del decreto 302/83 atribuye a los gobiernos locales la potestad de regular sobre el uso o empleo de artificios pirotécnicos de venta libre, sostiene que demás está decir que dicha atribución, de índole local, debe ejercerse con estricta sujeción y entera conformidad a los prescripto por el poder central.

Y que la autoridad nacional se ha ocupado de reglamentar con profuso rigor científico y técnico todos y cada uno de los aspectos vinculados al "uso" de la pirotecnia, a fin de garantizar la seguridad de los usuarios y terceros. Y de la misma manera que la norma federal ha establecido los estándares mínimos de "uso" de la pirotecnia, en punto a velar por la seguridad; la legislación local debe garantizar -en su respectiva jurisdicción- el ejercicio de los derechos de fabricación, comercialización,

transporte, acopio, distribución, exhibición, importación, exportación y venta de estos artefactos. Continúa sosteniendo que el gobierno federal, con competencia exclusiva sobre esta materia, ha plasmado un régimen legal donde el interés público (dado en función de la defensa y la seguridad), los derechos en juego (arts. 14 y 17 de la CN) y las competencias locales (arts. 121 y 123 de la CN) se encuentran equilibrados.

Dicho equilibrio normativo y la coherencia constitucional existirán en la medida en que la legislación local, en el afán de reglamentar estos derechos y cumplir con el objetivo de seguridad local, no acabe cercenando los demás derechos garantizados por la legislación nacional.

Sostiene que el fallo parte de una premisa equivocada, que la cuestión no es determinar dónde culmina el poder de policía federal y dónde comienza a regir el local, sino que lo relevante es determinar si el decreto cuestionado, analizado en su contenido y alcance, evidencia un desborde en el ejercicio del poder de policía local al lesionar los derechos y garantías fundamentales; pues el poder de policía local debe encontrar su marco y límite en la legalidad y razonabilidad, y que así como los derechos no son absolutos el ejercicio del poder de policía tampoco es absoluto, pues la reglamentación de los derechos no puede significar su afectación.

Esta pauta fundamental debe encontrar mayor rigor, cuando la regulación se realiza por la vía del decreto, es decir, mediante una resolución del órgano unipersonal que es el Ejecutivo Municipal, sin fundamentación ni debate previo. Cuestión que no ha sido considerada especialmente por el sentenciante.

Luego alude a la falta de razonabilidad del decreto 1469/2017; aduce que no es cierto como pretende la sentencia que no existan alternativas menos restrictivas que la adopción de un régimen prohibitivo. Existiendo una alternativa menos restrictiva (dictada por la única autoridad competente, que es la federal), consistente en la adopción de un régimen no prohibitivo sino que regulado y controlado del ejercicio de la actividad, el municipio debe inclinarse por dicha opción.

Asimismo, es dable destacar la matriz antidemocrática de la decisión del Sr. Presidente Municipal, en tanto se cercenó el debate que se estaba promoviendo en el seno del Concejo Deliberante, órgano donde se presentaron proyectos por parte de

proteccionistas y donde se le había otorgado la palabra, también, a quienes trabajan de la comercialización de estos productos.

Posteriormente se analiza lo decidido en relación con la violación al art. 16 de la CN; para tener una respuesta a este punto, bastaría solamente estar en la ciudad de Paraná en un 24 ó 31 de diciembre, o en una fecha de celebración popular: las bombas de estruendo, fuegos de artificio y los artículos “prohibidos” por la Municipalidad se siguen distribuyendo y vendiendo, con la única limitación que los comerciantes legalmente admitidos, autorizados, con todos los requisitos de seguridad para vender los productos, son los únicos controlados por los inspectores municipales, no pueden ejercer el comercio libremente, incluso de artículos que se encuentran aprobados porque no tienen contaminación sonora ni perjudica a los animales ni a los niños con autismo.

Pero la reglamentación, al ser irrazonable e inconsulta, prohíbe todo artículo que sea sonoro, no importando qué nivel de decibeles o intensidad posea.

Recorre lo dicho al tratar las violaciones a los arts. 67 y 82 de la Constitución Provincial, por que resulta hasta necio no reconocer, que amén del fin perseguido por el decreto, el mismo -al prohibir la venta de artículos debidamente registrados ante el ANMAC- fomenta la comercialización de productos clandestinos, los que en verdad implican altos riesgos para la población toda. Ya hemos expuesto la peligrosidad que suponen los productos clandestinos.

Lo lógico y razonable hubiera sido que la municipalidad ejerciera un debido control sobre los productos pirotécnicos ilegales; y no justamente sobre los que son seguros, al estar aprobados por la autoridad federal, que es -a no dudarlo- la única que resulta jurídica y técnicamente competente.

Aduce el recurrente que ello evidencia una clara y real desigualdad: los comerciantes nucleados en la Cámara Empresarial de Fuegos Artificiales, son trabajadores de la comercialización de productos aprobados por la ANMAT, que cumplen con las regulaciones de seguridad en la materia; con obligaciones fiscales, tributando por su actividad a los organismos recaudadores de los nacionales, provinciales y municipales; se encuentran frente a una competencia desleal frente a decenas de negocios que, especialmente en épocas festivas, abren sus puertas y, sin cumplir con ninguna normativa ni requerimientos de seguridad, y obviando controles

fiscales y comerciales, venden incluso materiales prohibidos por el organismo nacional.

Argumenta que los compromisos fijados en nuestra Constitución Provincial, tendientes a la erradicación del trabajo no registrado y a garantizar la libre competencia, hoy se ven violentados por una resolución de carácter local, infundada y, a mi vista, arbitraria, que afecta principalmente a quienes se encuentran dentro del marco legal y no alcanza a los que nunca lo estuvieron.

Afirma que la prohibición que contiene el decreto municipal, nulifica arbitrariamente el derecho de ejercer una actividad lícita, de raigambre constitucional, y desalienta el desarrollo económico de la pequeña y mediana empresa y la promoción de las acciones tendientes a la erradicación del trabajo no registrado.

Para finalizar transcribe un fallo de la Corte Suprema bonaerense.

3.2 Contestación de agravios

Los agravios tuvieron oportuna réplica por el Municipio, sosteniendo en primer lugar los apoderados del municipio que el recurso es desierto y expone luego su réplica a cada cuestionamiento del recurrente contra la sentencia cuyo sostenimiento pide.

3.3. Dictamen del Ministerio Público Fiscal

La Fiscal General emite su opinión a fs.194, dictaminando por el rechazo del recurso, esto es en consonancia con lo dictaminado en el grado por la Fiscal Auxiliar interviniente que a fs.154/160 hizo lo propio pidiendo el rechazo de la demanda.

4. Respuesta al recurso

4.1. Ante el pedido de deserción efectuado, es necesario aclarar que si bien es cierto que con la expresión de agravios se debe demostrar con argumentos concretos, poniendo en evidencia los elementos de hecho y de derecho que le dan la razón a quien protesta (esta Sala in re "Rocha c/ Albarenque" n° 6609, 24/08/2011; "Almirón c/Guilleron s/ incidente de inconstitucionalidad", Expte. N° 7036, 22/08/2012; y otros varios), no es menos cierto que el criterio con el que se lo debe analizar debe ser amplio, no porque tal concepción devenga de una suerte de concesión graciosa por parte del Tribunal, sino que estando en juego no sólo el derecho de defensa, sino un derecho más amplio que es el de tutela judicial, que nuestra Constitución Provincial se establece con el carácter de

continua y efectiva se torna en un imperativo constitucional su tratamiento (art.65).

Por ello, salvo postulaciones apelatorias que palmaria y groseramente sean infundadas, irrazonables; todo agravio que exprese una crítica concreta y razonada en sustento del recurso de apelación amerita y debe ser tratado, descartando la sanción de deserción por falta de fundamentación; y este es el criterio amplio en la materia que sostiene esta sala tanto en cuestiones civiles (conf. esta Sala in re "Ferretería Industrial Paraná S.A. c/Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ Ordinario", 20/12/12; "Delgado c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ Ordinario", N° 7500, 20/03/2014, "Barbieri c/ Empresa Costera S.R.L. s/ Ordinario Daños y Perjuicios", N° 7448, 29/10/2015; "Riso Luis Mario c/ Trasandina Vial S.R.L. s/ Ordinario cobro de pesos", N° 8328, 17/03/2016,entre otros tantos) como en procesos constitucionales (cfr. "Castellaro Hugo Daniel c/ Estado de la Provincia de E.Ríos s/ Acción de Inconstitucionalidad", N°9647, 22/8/19), de tal guisa que se procederá a ponderar los agravios de los recurrentes, los cuales mas allá de los méritos técnicos, al menos en un caso relevante como el presente, le permite sortear el planteo de deserción del apelado en tanto al menos respecto a la cuestión principal traída a resolver.

Lo dicho no enerva que lo postulado no tenga mérito suficiente para conmovier lo resuelto, o que este Tribunal vaya a tratar cuestiones no propuestas al grado, y menos aún que se deba seguir la exposición de los postulados en la forma realizada sino lo contrario, de corresponder, encausará o denominará las pretensiones de forma lógica y correcta mas allá de cómo estas sean expuestas (así esta Sala, "Quintana Héctor María y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ Ordinario", N°7176, 07/05/2019).

5.- Yendo a lo que ha sido materia de agravios vemos que en este caso estamos en presencia de una acción de inconstitucionalidad regulado por los artículos 51 inc.b de la Ley de Procedimientos Constitucionales y encuadrable en el artículo 60 de la Constitución Provincial, que regula la acción individual en cabeza de un damnificado directo por la norma cuestionada, cuestión correctamente encuadrada en el grado a fs.101, dado que equivocadamente se promovió una acción meramente declarativa, que en nuestra Provincia no se utiliza como acontece a nivel federal, como vía procesal al contar con un procedimiento específico dentro de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Pero cabe aclarar que mas allá que en la demanda se han invocado una pléyade de artículos constitucionales, la quintaesencia de esta acción pasa por definir si la norma cuestionada afecta el derecho al comercio libre, pues las demás disposiciones

son argumentos colaterales que la apuntalan pero no hacen a lo medular de la cuestión. Y es por ello que en este tema corresponde centrar todo el análisis. Por otra parte el recurso se centra en una materia de esta cuestión que es el comercio minorista y el uso de la pirotecnia sonora, no discurre sobre otras como el transporte, deposito, fabricación, etc.-

Para tratar los cuestionamientos al fallo, tanto en lo concerniente a la excepción admitida para dos de los actores, como al rechazo del fondo en el caso de los restantes actores, hay que verificar cual ha sido el caso propuesto en concreto, el caso constitucional y los términos en que ha sido expuesta la demanda.

Ello, en tanto es sabido que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como una "ultima ratio" del orden jurídico (CSJN, Fallos 249-51; 260-153; 264-364; etc.) y es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el juicio quede palmariamente demostrado que provoca a alguna de las partes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación colisionaría de forma frontal con alguna garantía o derecho constitucional, de allí que la argumentación del caso y la actividad probatoria del afectado deben evidenciar esta situación constitucionalmente intolerable.

El control normativo que debe realizarse supone un proceso ajustado a las reglas del debido proceso sustancial para poder concluir en la invalidez de aquella por su inadecuación o contradicción con la Constitución Nacional.

En esta línea es preciso resaltar que cuanto mayor sea la claridad expositiva de la cuestión fáctica y argumentos jurídicos del caso constitucional, mayores serán las posibilidades de que el mismo sea atendido.

Esta cuestión va de suyo que presupone extirpar las alegaciones que se basan en contradicciones desde lo jurídico, probatorio o conductual de la parte.

Así para alegar el perjuicio se deberá demostrar el nexo causal de la norma y el daño, para lo cual debo lógicamente demostrar que la regulación sobre determinados hechos afectan ilegítimamente derechos constitucionales del demandante o al menos

de sus asociados como acontece con CAEFA.

Analizando la pretensión recursiva de esta asociaciones, debemos tener presente que CAEFA, si bien se presenta como una entidad destinada a la defensa de los intereses de sus asociados, es una asociación civil, no es un gremio del tipo sindical o profesional al estilo los colegios profesionales, ni tampoco una entidad destinada a la defensa de intereses difusos, por lo cual su representatividad no viene dada directamente por la ley sino por la voluntad de sus miembros establecida en los estatutos, cuyo actuación se ata al objeto (art.158 CCCN) el que legalmente debe ser preciso y determinado (art.156 CCCN).

En autos existe una notoria orfandad probatoria en los demandantes, dado que no han traído a juicio elementos para sostener su legitimación, en tanto la Cámara no acredita con ninguna prueba ni siquiera con copia de sus estatutos a quién representa, si tiene asociados en la ciudad o que de alguna forma u otra lo haga por medio de distribuidores, etc..-

De allí que al presentarse frente a terceros, y más si pretende demandar judicialmente, debe acreditar todos y cada uno de los recaudos concernientes a su legitimación pues ningún acto que realice puede presumirse que cuenta con legitimación en tanto es una persona jurídica distinta de su miembros, y además no es estrictamente un "gremio" con representación tácita de un sector, sino que su funcionamiento se rige por las reglas del contrato y del mandato plasmadas en el estatuto, su actuación se circunscribe a la voluntad estatutaria (art.156 CCCN) que siempre debe ir atada al bien común (art.168 CCCN).

Todo lo concerniente a los fines de la entidad y como alcanzará los mismos, los derechos y obligaciones de sus miembros y representantes deben quedar plasmados en los estatutos (Cahían Adolfo, *Las Asociaciones Civiles en la República Argentina*", pag.81, Ed.La Rocca, 1998).

Es que la personalidad no depende de la autorización estatal, sino de la voluntad de las personas físicas creadoras de la asociación dentro de la razonable regulación establecida por el legislador (CSJN 22/12/92 voto del Dr.Barra), pues las asociaciones tienen personalidad, pero se las justifica en razón de sus finalidades y legalmente de acuerdo con lo que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación -antes art.46 CC-.

En autos CAEFA solo presentó el poder por el que embestia a los letrados de

facultades para iniciar el juicio, pero no existe ni una sola prueba de cuál es su objeto, ni qué miembros lo integran, y menos aún que esté obrando a pedido de un asociado damnificado como prescribe el único artículo (segundo) del presunto estatuto y del que da cuenta la demanda. Ello más allá de que en la demanda se alude a un listado de asociados que nunca se acompañó.

En relación a Mendizábal cabe decir que ante la negativa expresa y contundente del municipio respecto a su falta de autorización para comerciar en la ciudad, y ante el hecho que en la demanda no se ofreció ni una sola prueba tendiente a demostrar lo contrario, cabe entender que la resolución de Primera Instancia ha sido acertada, no dándose argumentos recursivos que logren dar argumentos para modificarlos. En efecto como bien se dijo en el fallo bajo revisión resulta insuficiente un pedido o nota de pagos efectuados al municipio, es más podemos sostener que ni siquiera mínimamente ha demostrado su condición de comerciante radicado en la ciudad, o prueba de cualquier especie que lleve a pensar que se dedicará a tal actividad y ello lo inhabilita de plantear esta acción individual de inconstitucionalidad -en puro interés del interesado-.

Aclarado ello, se observa que en este caso no puede admitirse el planteo recursivo de CAEFA y de Delia Inés Mendizábal, en tanto lo expuesto en su memorial no logran conmover lo medular de la resolución recurrida pues sus argumentos reiteran lo ya dicho pero no se hace cargo de revertir argumentalmente y en función de las constancias del expediente, lo dicho por el juez de grado, en tanto en lo concreto no demostraron el perjuicio o daño, que es la base para el planteo de inconstitucionalidad articulado. Y ello es así en tanto no demostraron tener o realizar ni siquiera potencialmente alguna actividad comercial en el ejido municipal espacio territorial alcanzado por la norma cuestionada.

Por los demás debe considerarse que el perjuicio actual o inminente al particular es el punto de partida para el acuse de inconstitucionalidad de una norma dado el carácter remedial que tiene la figura, y este perjuicio no puede ser averado en una cuestión en que la afectación al derecho al libre comercio como argumento nuclear, cuando el propio demandante interesado no demuestra, es mas ni siquiera argumenta

con datos concreto, qué actividades propias se verían afectadas por la regulación que pretende impugnar.

Es sabido que "toda acción o pedido de inconstitucionalidad -no sustentada en la defensa institucional petición propia de la acción popular- (Loutayf Ranea Roberto G., Control de constitucionalidad y de convencionalidad, pág.317, Astrea, 2018; art.61 Constit. Entre Ríos; vide Reviriego Jose A., "La acción popular en la Constitución provincial de Entre Ríos"; en Constitución de Entre Ríos Logros y Deudas a 10 años de la reforma constitucional, pág.313) parte de la base del perjuicio que la norma provoca al peticionante. Explica Loutayf Ranea que el "alto tribunal ha señalado que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, para lo cual es menester que se precise y acredite suficientemente en la causa, el perjuicio que le origina la aplicación del precepto que se ataca. Si no se acredita que la aplicación de la disposición legal que se impugna haya ocasionado daño al reclamante carece de sentido pronunciarse sobre la alegada inconstitucionalidad" (op.cit.317/8), este criterio fijado como regla (CSJN "Nuevo Cómputo SA s AFIP " 331:1434; "Brandi Eduardo A., y otros c/ Mendoza Provincia de" 330:3109; Lemes Mauro I, Fallos 332:5) que no se ha seguido cuando media alguno de los siguientes supuestos: a) la norma o acto impugnado es susceptible de reiterarse, b) la duración de la situación es efímera, y por lo tanto, susceptible de sustraerse al control judicial, y c) el asunto reviste trascendencia, lo que hace necesario que se diga el derecho (op.cit, pag.318); no dándose en esta causa ninguna de las tres posibilidades que habilitan la excepción a la regla del "necesario gravamen" para admitir la acción de inconstitucionalidad.-

En igual tenor se dijo por esta Sala que "En esos términos, la protección judicial debe ser asegurada a las personas frente a la sola sanción de la norma, cuando ella produce efectos concretos para las partes, por ejemplo al imponerles un dilema de conducta o privarlas de un derecho del cual gozaban hasta ese momento. En este tipo de situaciones, los jueces deben considerar las características del planteo (si se basa en fundamentos jurídicos o se encuentra apoyado aspectos de hechos futuros e hipotéticos) y, en especial, la gravedad de la amenaza que supondría la aplicación efectiva de la ley. Si el planteo es principalmente jurídico, y la aplicación de la ley podría suponer un daño importante para el particular, ningún motivo parece justificar un retraso en el control judicial de esa ley (esta Sala in re: "Quintana Héctor María y otros c/

Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ Ordinario", N°7176, 07/05/2019, con cita de Laplacette, Carlos José; "Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial LA LEY 23/02/2015, 23/02/2015, 1).-

La legitimación de los demás demandantes fue admitida y no ha venido cuestionada.

Sin embargo los particulares "Sweet" radicados en la ciudad de Santa Fe no acreditan por ningún medio, que operan en la ciudad, ni que por algún medio realicen actividad comercial en el ejido local, y tampoco que estén autorizados por la ANMAT a comercializar con pirotecnia; por su parte, el Sr Saavedra tampoco acreditó esta autorización federal y la que adjunta a nivel local -municipal- se encuentra vencida al momento de interponer la demanda no acreditando su renovación (fs.131, expedida en el 2012 por 4 años). Y esto tendrá relación con lo que se sostiene más adelante.

Cabe reiterar que la litis quedó trabada como un pedido de inconstitucionalidad individual -no colectivo-, con lo cual el agravio constitucional se trasunta en la esfera probatoria en la demostración del concreto perjuicio que se ocasiona al comerciante, lo que presupone un despliegue probatorio que al menos dé cuenta de que el interesado vende el producto ahora prohibido, y que esa prohibición provoca un perjuicio económico injustificado, en tanto los fines tenidos en miras por la norma resultan imposibles de ser alcanzados con la restricción o bien sean difícilmente alcanzados por la misma. Y en estos obrados sólo se menciona en forma esfumada y general ello sin dar mayores argumentos y sin realizar un despliegue probatorio mínimo para demostrar tal tesis.

Amén de ello cabe seguir en la senda de dar una respuesta al recurso en tanto en el grado, se los consideró legitimados y, reitero, ello no viene a revisión.

En relación a la norma cuestionada y las facultades de la Municipalidad para regular el uso de la pirotecnia, cabe decir que el municipio entrerriano se encuentra constitucional y legalmente autorizado para regular gran parte de los aspectos de la convivencia urbana, los límites y linderos, las construcciones edilicias, el horario de atención al comercio, y relacionado con el tema a resolver (*thema decidendum*) principalmente (a) todo lo concerniente a la reglamentación de ruidos molestos y (b) protección de la salud como primer frente de prevención y protección -junto al estado

provincial- (c) protección del ambiente en general y del ambiente urbano en especial.

Tengamos presente que no sólo la Constitución Nacional, con la reforma de 1994 repotenció el rol de los Municipios locales, al consagrar la autonomía municipal, sino que además el CCCN claramente lo hizo en igual forma, por ejemplo al no inmiscuirse en todo lo relativo a límites y linderos entre vecinos, lo concerniente a las inmisiones inmatrimales provocadas por ruidos, olores, luminosidades, etc., claramente el CCCN, que es una ley constitucional, dispone en su artículo 1973 que no deben exceder la normal tolerancia.

Por otra parte, en ninguna parte la demanda ha cuestionado que la resolución adoptada la haya tomado el intendente por decreto, y no lo haya sido una ordenanza, y ello si bien vagamente se introduce en el recurso, no fue propuesto al grado estando enervado de su tratamiento en el presente. Además -y más allá de ello- en realidad la demanda cuestiona la facultad del municipio de regular la materia, con lo cual a la postre es en esencia el mismo cuestionamiento.

En el presente caso no podemos soslayar que en la instancia de grado no se produjo prueba que las partes hayan ofrecido tendiente a demostrar la peligrosidad o inocuidad del material cuya circulación, venta etc., se prohíbe, o el impacto concreto en las personas, en las personas con ciertas discapacidades, en el ambiente, y en los animales domésticos.

Lo que resulta trascendente es en función de lo que más abajo se expondrá.

Esta Sala dispuso, de oficio, producir un informe interdisciplinario al Dpto. Médico Forense del STJER, que de forma completa ilustra sobre las consecuencias sobre la salud de los estampidos pirotécnicos, en las personas con TEA y las que no padecen ese trastorno.

Dice el dictamen, en transcripción literal que:

" intentaremos dar respuesta a los puntos solicitado: a) si el uso de detonación de pirotecnia sonora, es susceptible de ocasionar alteraciones, perturbaciones o daños en la salud de las persona. En tal caso explicando las mismas.

La detonación de pirotecnia puede producir daños auditivos, oculares y en piel.

Respecto de los daños auditivos: Si bien no se han realizado a nivel mundial demasiados estudios sobre el efecto del ruido de la pirotecnia sonora, sí hay abundantes informes científicos relativos al ruido de armas de fuego, cuyas

conclusiones pueden extrapolarse fácilmente al caso que nos ocupa, debido a las similitudes acústicas de ambos tipos de detonaciones. El ruido asociado a cualquier explosión se caracteriza por ser de tipo impulsivo, lo cual significa que su duración es extremadamente corta. En el caso de la pirotecnia sonora (petardos, etc.), esta duración puede ser tan pequeña como un centésimo de segundo. El oído está provisto en forma natural de un mecanismo protector que reduce la transmisión de los sonidos más intensos hacia las delicadas células del oído interno, pero actúa recién después de unos diez centésimos de segundo, por lo cual es ineficaz frente al ruido de este tipo de pirotecnia. En otras palabras, sonidos de hasta 160 decibeles llegan casi inalterados al oído interno, sacudiendo violentamente las delicadas células ciliadas (las responsables directas e insustituibles de la percepción del sonido). Niveles tan altos inevitablemente dejan sus huellas en el oído humano, en la forma de lesiones inmediatas e irreversibles de las células responsables de percibir los sonidos más agudos. Si bien unos pocos petardos no comprometen en lo inmediato la capacidad de entender la palabra, ya que la comprensión oral no requiere de la total capacidad del oído, sí queda alterada irreversiblemente la percepción de los detalles más finos de la música, y sobre todo se abre una herida que se irá profundizando rápidamente con los años, hasta que en algún momento alcance la región de la palabra, poniendo en evidencia para la víctima y sus allegados la incipiente sordera. Otro efecto conocido es el de los acufenos o tinnitus, es decir zumbidos o silbidos que se perciben dentro del oído aun en ausencia de sonidos externos, y que por contraste son más notorios en ambientes silenciosos o por la noche, cuando el ruido de la ciudad se aplaca. Este efecto suele aparecer casi inmediatamente después de la detonación, y si bien luego disminuye su intensidad, a menudo no desaparece totalmente. Los niños pequeños están más expuestos que los adultos, por dos razones. Primero, porque a pesar de que en general aceptan mejor los ruidos intensos, su aparato auditivo es más vulnerable, y segundo porque hacen explotar la pirotecnia más cerca que los adultos, lo cual hace que el nivel sonoro efectivo al que se exponen sea mayor. Los riesgos descritos anteriormente se multiplican cuando las detonaciones tienen lugar en lugares cerrados o semi cerrados tales como habitaciones, balcones o patios, debido a que al ruido

directo proveniente del artefacto explosivo se agregan las reflexiones o ecos en las paredes y otras superficies.

Es de destacar que el peligro de estos juegos de pirotecnia no se restringe a los de gran potencia. Aun los petardos más pequeños de venta autorizada son capaces de producir los trastornos mencionados, especialmente si no se toman ciertas precauciones.

En primer lugar, debe evitarse explotar petardos en ambientes cerrados, o muy cerca de paredes o superficies reflectantes, así como muy cerca de personas. En segundo lugar, es recomendable utilizar protectores auditivos, similares a los que se utilizan para natación, que pueden adquirirse en farmacias, ferreterías, etc. La protección auditiva se considera de rigor en el caso del tiro al blanco. En tercer lugar, debería reducirse al mínimo el uso de artículos de pirotecnia, dando prioridad a aquellos que, como las estrellitas, no producen explosiones. Finalmente, debería evitarse rigurosamente exponer a los niños al ruido directo de las detonaciones. Esto implica, desde luego, que no deberían ser los mismos niños quienes utilicen estos artefactos, sino un adulto responsable.

Respecto del daño oftalmológico: Casi la mitad de los lesionados por pirotecnia son espectadores. Niños de 15 años o menos representan un tercio de los perjudicados. En Estados Unidos más de 9000 lesiones causadas por fuegos artificiales ocurren cada año y aproximadamente uno cada 8 causa daños oculares. Las lesiones oculares más comunes incluyen quemaduras, laceraciones, abrasiones, desprendimiento de retina, daños al nervio óptico y estallido de globo ocular.

En Argentina más de mil personas anualmente deben ser atendidas en instituciones de salud por lesiones por pirotecnia, el 50% son niños y el 75% son varones. El 25 al 50% son espectadores que no manipularon los artefactos pirotécnicos. 15 al 30% son lesiones oftalmológicas.

Respecto de lesiones de piel: Principalmente ocurren quemaduras de piel de distinta gravedad dependiendo de la temperatura alcanzada y el tiempo de contacto. Pueden variar desde quemaduras tipo A superficiales sin alteraciones en el estado general hasta quemaduras tipo B amplias en superficie que pueden ocasionar la muerte. Otro tipo de lesiones accidentales frecuentes en la manipulación de pirotecnia son las amputaciones de dedos y manos que ocurren al producirse explosiones de uno

o más artefactos pirotécnicos.

b) si el uso de detonación de pirotecnia sonora, puede afectar a personas con autismo y otro tipo de patología que le lleve a tener hipersensibilidad auditiva.

Las personas con TEA pueden tener respuestas poco habituales al tacto, el olor, los sonidos, el aspecto y el gusto de las cosas. Por ejemplo, es posible que tengan poca reacción o una reacción exagerada al dolor o a un ruido fuerte. La hipersensibilidad al sonido es la modalidad sensorial más alterada en el autismo, lo que ocasiona que estas personas puedan sentir mucho miedo e inseguridad ante la presencia masiva de estímulos y ruidos. Dichos efectos nocivos de los petardos son consecuencia del carácter sorpresivo, impredecible, estruendoso y destellante de las explosiones que causan los materiales pirotécnicos.

El Trastorno del Espectro Autista (TEA) tiene entre sus síntomas la hipersensibilidad en sus sentidos, especialmente la auditiva. Por eso, las personas con autismo son muy sensibles a los estímulos externos, ya sean imágenes, olores o sonidos, por lo tanto la pirotecnia los afecta directamente, generando altos niveles de ansiedad y estrés. El ruido produce: Sensación de miedo que genera crisis de llanto y gritos. Actitud agresiva como forma de manifestar la molestia. Posibilidad de autolesionarse. La pirotecnia sonora generaría, por ende gritos y sensación de desesperación en las personas con TEA El ruido que más afecta la alta sensibilidad de las personas con TEA es aquel que resulta inesperado, de tono alto y cuando estos son múltiples, reuniendo la pirotecnia sonora esta trilogía letal.

c) Si la fabricación, transporte, distribución o comercialización del material pirotécnico es susceptible de ocasionar alteraciones, perturbaciones o daños en la salud de las personas, y si esta actividad puede afectar a personas con autismo y otro tipo de patología que le lleve a tener hipersensibilidad auditiva.

Este punto excede la competencia del departamento Médico. Para tal fin se sugiere pericia en Seguridad e Higiene en el Trabajo. d) Toda otra información que consideren relevante en función de lo solicitado”.

Con este informe técnico, ha quedado evidenciado, y de una forma más que clara lo perjudicial que resulta el uso de pirotecnia, para la salud humana y en especial para

las personas con TEA.

Entonces parece loable que el municipio busque proteger la salud humana, pero el *thema decidendum* es si tiene facultades para adoptar las medidas que tomó.

Ahora bien, los accionantes invocaron la Ley Nacional de Armas y Explosivos N°20.429 como norma infra-constitucional que asegura sus derechos, pero resulta que su reglamentación ésta en el decreto 302/83, cuando regula sobre el "Empleo de artificios pirotécnicos" dispone en el Artículo 298.

"El uso de los artificios pirotécnicos se hará de acuerdo a las ordenanzas municipales, edictos policiales o reglamentaciones locales, en los que se contemplarán los siguientes aspectos:

1 – *Queda prohibido para fines de entretenimiento el uso de artificios con riesgo de explosión en masa, (Clase C-4a) los de trayectoria impredecible, y los que emiten señales luminosas, fumígenas o de estruendo suspendidas de paracaídas.*

2 – *Artificios de entretenimiento:*

a – *De venta libre (Clases A - 11 y B - 3).*

– *Serán encendidos y usados de acuerdo a las instrucciones de sus fabricantes.*

– *Su uso no perturbará el orden ni ocasionará perjuicios a terceros."*

Con lo cual claramente se observa que la propia normativa nacional invocada, reenvía a las disposiciones municipales todo lo concerniente al uso de los artificios pirotécnicos, pero aclara que el uso de ellos "no perturbará el orden ni ocasionará perjuicios a terceros", es decir es un reenvío que conlleva un mandato legal de tipo preventivo.

Y señala el decreto que son tales, los que el Artículo 2 - *clasifica dentro del GRUPO A, Clase A - 11) Artificios pirotécnicos de bajo riesgo" y que "Son los artificios relativamente inocuos en sí mismos y no susceptibles de explotar en masa. Comprenden este grupo los artificios de entretenimiento o de uso práctico que sean clasificados como de "venta libre Clase A - 11" por el Registro Nacional de Armas. (Expresión sustituida por art.5° del Decreto N°37/2001 B.O. 17/1/2001. Vigencia: a partir del 1 de enero de 2001.)"*.

Por otra parte, de acuerdo con las normas constitucionales, las materias de salubridad y medio ambiente son de neto contenido público y están expresamente conferidas a los gobiernos locales, siendo potestades típicas municipales al ser de consabido carácter urbano, sobre el cual el poder de policía se debe manifestar claramente, pero además lo debe ser de forma celosa en tanto la autoridad local es la primera estructura estatal frente al ciudadano y consecuentemente en este tema es su

primer escudo protector (Torricelli Maximiliano, Organización constitucional del poder" Astrea, pag.320).

El federalismo argentino claramente otorga fuertes competencias a las Provincias y los Municipios pues la propia historia constitucional demuestra que el cabildo tuvo aquella primigenia función estatal y luego devino la provincia como una construcción política más elaborada y adaptada a una nueva realidad de una nación independiente.

Ha dicho un Superior Tribunal en términos que compartimos "El municipio se inserta en un ámbito de actuación más amplio que el delimitado a la Nación y a las provincias. Por tanto si bien la autonomía municipal importa el reconocimiento de un "status" jurídico propio, ello no significa una equivalencia jerárquica, sino que sus posibilidades de actuación deben coordinarse y armonizarse con el reparto de competencias y atribuciones que efectúan la Constitución Nacional y Provincial respecto de cada uno de esos niveles de gobierno (STJ Río Negro, in re, "T., H. R. c/ Municipalidad de San Antonio Oeste s/ contencioso Administrativo s/ Apelación" 16/Agosto/2006).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido que los estados locales tienen competencia en el manejo de cuestiones ambientales, así "*Roca, Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad*", entre otros, al reconocer en las autoridades locales (provincias y municipios) la potestad de aplicar criterios de defensa del ambiente, en tanto se consideren adeudados para el bienestar de la comunidad.

Por ello claramente la situación excede a la ley nacional que regula el uso de armas y explosivos pues en la actualidad, existe un paraguas constitucional protector de la salud de las personas, de los discapacitados en particular y del medio ambiente que constituyen la primera cuestión a tener en cuenta, más la clara delegación al ente municipal de la facultad de regular el uso de la pirotecnia -la cual no debe afectar a las personas conforme la norma de reenvío- y es así posicionados como se debe ver la razonabilidad en concreto de una medida.

Ciertamente no se puede soslayar que la organización del estado federal, comporta un estado *plurilegislativo*, en el que coexisten ordenamientos diversos que surgen de las facultades propias de cada órgano estatal.

Pero si bien la delimitación del ámbito de cada uno no siempre es sencillo, lo que debe propenderse es a la coordinación, no a la competencia legislativa, sino a la convivencia e intercadencia de las normas.

Se sostiene actualmente que "El ruido es uno de los agentes perturbadores del medio ambiente (entendido éste, en lo que aquí interesa, como el espacio o marco físico en el que se desarrolla la vida individual y social). Forma parte por ello del bloque material englobado bajo la denominación "medio ambiente" (Maurandi Guillén Nicolás Antonio, "Protección jurisdiccional frente al ruido, Revista Jueces para la democracia, en Boletín Contencioso Administrativo JpD N° 2, Volumen I, "La protección del Medio Ambiente", pag.29, 2020).

Por ello no puede analizarse la constitucionalidad de una norma desde lo abstracto, y genérico, derecho al libre comercio frente al poder de policía, pues ello resulta un análisis huérfano por demás de los componentes jurídicos esenciales de la cuestión.

Lo que se invoca por los recurrente es poder desarrollar una actividad, la cual es un hecho social, y ello en sí mismo no es la norma jurídica, sino su componente fáctico; y en este caso tiene diversas regulaciones que concurren porque son diversas las consecuencias.

En este caso vemos que, además de las constituciones Nacional y Provincial, y diversos instrumentos internacionales, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad confluye la Ley General del Ambiente n°25.675, a nivel provincial la ley de Pirotecnia, y la ordenanza de Ruidos Molestos e Innecesarios n°7061, y el Código Ambiental Municipal, y no se agota en la Ley 20.429, en lo referente a pólvoras, explosivos y afines, y su decreto n°302 como pretende el recurrente.

Además, cabe decir que la vinculación de la Ley de Armas y Explosivos con el resto del ordenamiento, debe necesariamente realizarse, en virtud de que no es un microsistema sino que se trata de una ley especial, y por tanto esta entrelazada al resto del ordenamiento compartiendo los mismos principios (Nicolau Noemí, La revisión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado, Revista de Estudios del Centro, UNR, Ctro.de Investigaciones de Derecho Civil n°2, 197, pag.80 y sig.; Sozzo Gonzalo, Derecho Privado Ambiental, pág.90/1; Rubinzal Culzoni, 2019, Santa Fe).

Y esta actividad -uso de pirotecnia estruendosa- además tiene la particularidad que gran parte de las consecuencias se expanden a terceros de forma negativa, de allí

que el análisis del negocio comercial que se pretende realizar aún bajo la invocación libertaria, no puede ser peyorativo hacia terceros: Los que serán afectados por el despliegue de esa libertad, no tienen porqué soportar los daños y los costes de aquella libertad, pues ello importa ni más ni menos que exigirles que resignen derechos fundamentales como la propia libertad, su salud, y su bienestar.

Por otra parte en lo que refiere a la regulación del ruido -su marco normativo-, además de la cuestión relativa al ámbito de competencia de cada estamento dentro del estado federal, no se puede obviar que conforme lo explica el Magistrado del TSJ español Maurandi Guillén, "deben diferenciarse dos aspectos: El de la regulación sustantiva, que alude a las normas que definen los niveles acústicos que son tolerables o intolerables. Y el de las técnicas de intervención administrativa para prevenir, reducir o castigar los ruidos intolerables (la contaminación acústica) (Maurandi Guillén, N.; op.cit.). Y en lo que aquí se trata de dilucidar es lo referente a una de las "técnicas de intervención administrativas" para prevenir o reducir los ruidos claramente y en ellas juega un esquema jurídico complejo desde lo estructural derivado de la concurrente intervención por distribución federal del poder, y además por la diversidad de leyes que abordan el problema.

La Ordenanza Municipal de Ruidos Molestos n°7061, que no ha sido cuestionada, sostiene en los artículos 1, 3 y 4 la prohibición genérica, comisionando al DEM a dictar cuales serán las excepciones de tal suerte que el decreto bajo análisis claramente está bajo este marco de actuación.

Artículo 1°.- Queda prohibido dentro de los límites del ejido municipal causar, producir o estimular ruidos innecesarios o excesivos, afecten o sean capaces de afectar al público, sea en ambientes públicos o privados, cualquiera sea la jurisdicción que sobre estos se ejercita y el acto, hecho o actividad de que se trate.

Artículo 3°.- Las prescripciones de esta ordenanza se aplicarán a cualquier actividad o comportamiento individual o colectivo que, aunque no esté expresamente especificado en la presente, produzca al vecindario una perturbación y sea evitable con la observancia de una conducta cívica normal.

Artículo 4°.- Por razones de organización de actos con especial proyección oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga el Departamento Ejecutivo podrá establecer excepciones al cumplimiento de las

disposiciones de la presente, en vías o sectores expresamente determinados y con carácter temporal.

Con lo cual vemos que está encuadrando en estas disposiciones esta actividad. Ahora bien, al no haber una política específica que controle la pirotecnia sonora, durante años se usó en esta ciudad y otras, a pesar de que socialmente ya había una toma de conciencia sobre el daño que ocasiona. Ello era una suerte de silencio positivo, como no se reguló debía considerarse que la actividad estaba autorizada.

Y aquí debemos mencionar otra cuestión que tampoco se puede obviar, que el Derecho es, además de un fenómeno normativo, un fenómeno social, contextual con los hechos que regula y consecuentemente ejerce su influencia en la sociedad al regular la conducta. Y corresponde sostener esto pues ese potencial regulador de la conducta, en una sociedad democrática y libre, claramente tendrá efecto cuando el contenido ético de la norma se ajuste al de la gran mayoría de la sociedad. Y está a la vista en estos años el efecto favorable que han tenido; y el cumplimiento de estas disposiciones -porque esto acontece no solo en esta ciudad- lo que hace presumir que la sociedad comparte el contenido de la norma.

También se debe considerar que es claro que nuestra Constitución desde la reforma de 1994 estableció el "poder de policía" como atribución concurrente, y si bien sobre este concepto no hay pleno consenso en la doctrina sobre el significado y alcance del mismo (Torricelli Maximiliano, Organización constitucional del poder", Astrea, pág. 322), sí se puede sostener que al estar ante un *estado plurilegislativo*, con facultades de contralor concurrentes, y ante un hecho queda tipificado o atrapado por una multiplicidad de normas de diversas índoles (por lo menos comercio, salud y medio ambiente) que generan una diversidad de respuestas posibles, y en ese contexto jurídico es necesario encontrar el punto de equilibrio de ese juego multiestelar de intereses.

Esa situación básicamente puede resumirse en la idea que los derechos consagrados en la Constitución Nacional sólo pueden ser delimitados o enmarcadas por leyes del congreso, mientras que ciertas regulaciones sean provinciales o locales, lo que pueden hacer es dentro de ese marco regularlas de tal forma que no la distorsionen y siempre que medie un interés general.

Veamos una norma regulatoria de los derechos aquí en juego, que por los

principios que trae sirve para echar luz en la cuestión. La ley General del Ambiente -nº25675, norma de carácter constitucional-, establece, en su artículo 4 diversos principios que resultan aplicables al análisis y comprensión de la conexión normativa en la materia, el *principio de congruencia* que dice: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Y sigue consagrando dos principios fundamentales más: "Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir." Y el más potente, el "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

Estos principios además están consagrados en la Constitución Provincial, en el artículo 83, otorgándole el poder de policía de forma concurrente a la provincia, los municipios y comunas.

En esta situación bajo examen, no se trata de vender libremente un elemento inocuo, que cuenta con autorización administrativa, sino de vender un elemento que afecta la salud humana en general y de ciertas personas discapacitadas en particular; como el medio ambiente en general y la salud de los animales de compañía en especial.

En relación a estos últimos cabe decir que tampoco pueden dejar de ser atendidos en el análisis, pues si bien no son humanos, son los seres sintientes que acompañan a las personas, en este caso, en su hábitat urbano prestando un servicio a su cuidador, y que son los que hay que considerar alcanzados en mayor medida por la norma; aunque actualmente ya existe fuerte conciencia social y jurídica que esto no se brinda bajo una relación de dominio como si se tratase de una simple cosa, sino que lo es cuanto menos a cambio de alimento, cobijo y también protección -y decimos solo esto para no ingresar en el efervescente debate de su naturaleza jurídica-. Y

claramente desde lo social, ya uniformemente se considera una conducta deleznable el maltrato animal en todas sus formas, amén de que el derecho positivo lo considere un delito.

Necesariamente entonces, se debe considerar a la salud, al bienestar humano, y al bienestar animal, de modo entrelazados por ser todos ellos componentes necesarios del ambiente urbano.

Se debe considerar que "El ser humano forma parte del Medio Ambiente: No es algo ajeno a ello, sobre lo que pueda gozar y disponer" (Campoy Manuel; Acción pública y responsabilidad medioambiental", en Boletín Contencioso Administrativo Jueces para la Democracia N° 2 Volumen I "La protección del Medio Ambiente", pag.20) como si fuesen bienes de apropiación libre o susceptibles de vincularse en una relación de dominio o señorío.

Ha dicho un tribunal extranjero que "La diferencia entre males que afectan a la salud de las personas y riesgos que dañan otras especies animales o vegetales y el medio ambiente se debe, en gran medida, a que el hombre no se siente parte de la naturaleza sino como una fuerza externa destinada a dominarla o conquistarla para ponerla a su servicio. Conviene recordar que la naturaleza no admite un uso ilimitado y que constituye un capital natural que debe ser protegido" (Tribunal Supremo de España, STS. Sala 2ª, 30-11-1990, nº 3851/1990, FD 17.2), por lo cual la concepción de la relación de los bienes con los seres humanos y otras especies y el medio ambiente en general ha cambiado, e incluso en el plano del derecho privado, en donde como explica el Dr. Gonzalo Sozzo, se da una ecologización del derecho privado, derivada de su constitucionalización, y de allí la nueva arquitectura que adquiere el Código Civil (Sozzo Gonzalo, Derecho Privado Ambiental, Rubinzal Culzoni, 2019, Santa Fe), y agregamos también las demás leyes, e incluso las anteriores que tienen que tener una reinterpretación estructural.

Entonces tenemos un ambiente (urbano) que se ve dañado o potencialmente perjudicado, pues se afecta a gran parte de los seres vivos que habitan en él, los humanos y los animales. Pero dentro del grupo de los seres humanos hay un especial grupo de personas vulnerables a estos estruendos que son las que tienen ciertas patologías como TEA y ciertos problemas auditivos.

El hecho de que se trata de un ruido que no es persistente en el tiempo no impide tratar la cuestión como si no hubiese daño, pues este aún limitado en el tiempo

el mismo ocurre.

Ante este cuadro, contando con disposiciones en la Constitución Nacional, como Provincial como en la Ley General del Ambiente, que pone en cabeza también del municipio el deber de adoptar las medidas preventivas, e incluso las precautorias, de los daños ambientales, parece difícil que pueda cuestionarse la potestad jurídica de limitar el ejercicio de determinados derechos individuales con el fin de asegurar el bienestar general.

En este contexto normativo y ante la evidencia que las explosiones pirotécnicas son perjudiciales para la salud humana y en especial para las personas con TEA (así surge del informe del Cuerpo Médico Forense de forma concluyente) como ante el hecho que también perjudican la salud de todos los humanos, y bienestar animal y el medio ambiente de la ciudad en general, es que debemos considerar que la prohibición de su uso es razonable -y muy por el contrario a lo sostenido incluso por algún tribunal supremo provincial- claramente es quien invoca la no dañabilidad de un acto contra los principios de precaución y prevención quien debe demostrar que la prohibición no es razonable.

En este conflicto, es el comerciante que pretende vender el material pirotécnico quien debe demostrar que el uso puede realizarse igualmente en ámbito urbano porque no afectar la salud, o bien porque existe otra opción, cosa que se dijo pero no se explicó y menos probó.

Ahora bien, esta cuestión aparece esclarecida en el decreto reglamentario de la Ley de Armas y Explosivos, que deja a los municipios la reglamentación de uso, siempre que no se cause daños a las personas, y de igual forma lo prevé el Código Civil y Comercial que establece que las inmisiones serán reguladas en el ámbito urbano pero que nunca podrán ocasionar daños.

Así, la prohibición de la venta minorista o al público es una herramienta legal adecuada, para efectivizar el no uso, dado que quien compra un producto destinado a explotar, el destino que tendrá naturalmente será ese. Y resulta razonable la prohibición de venta como mecanismo de control en tanto de esa forma resulta posible llevar una política efectiva de control municipal en función de que no puede ponerse

un inspector municipal para controlar a cada persona que compre un cohete, un petardo, u otro material pirotécnico prohibido.

Ello deviene de algo propio y característico del ambiente urbano, donde este tipo de actos por su masividad, terminan necesariamente en conductas caracterizadas por el anonimato. Si miles de habitantes compran pirotecnia, aun registrando a cada uno, será imposible saber quien provoca los estruendos dentro del ámbito municipal.

Así las cosas, controlando el expendio por los comerciantes razonablemente se controla el uso. Rosatti señala que son dos las políticas que puede llevar adelante el municipio en relación con el ruido, una es atacar las fuentes que los producen y la otra es atenuar los efectos, el éxito del primero depende del control, el segundo depende de la planificación urbana (Rosatti Horacio, Tratado de Derecho Municipal, T.2, pag.335/6, Rubinzal, Santa Fe). En Paraná resulta difícil, sino imposible cambiar el diseño urbanístico de tal suerte que no tengan efectos este tipo de ruidos, con lo cual no resulta irrazonable la decisión adoptada porque es una desición política que válidamente se puede seguir.

Tal vez existan otras posibilidades pero lo cierto es que ello es ajeno a nuestro análisis, pues sólo corresponde analizar la constitucionalidad, en función de su razonabilidad, no si es la mejor opción o no, pues ello es una cuestión reservada a otros poderes encargados de la gestión, y que en la practica resulta de difícil elucidación en abstracto en tanto los resultados de una norma de este tipo no se pueden tener en claro hasta que ello ocurra. Por otra parte, es la administración la que integra con las disposiciones concretas es decir su voluntad las normas, en cuanto efectúa una apreciación subjetiva, para integrar la ley en su etapa de aplicación. Ejerce una potestad discrecional.

En torno a esa discrecionalidad de la Adminstración y el margen de discrecionalidad que ésta tiene, lo que queda ajeno a la revisión judicial, se ha dicho que "...la ley confiere a la Administración cierto margen de libertad para apreciar cuál es la solución que satisface mejor el interés público y proceder en consecuencia, claro está dentro de los límites fijados en la norma, con el fin que ella persigue y según las formas, requisitos y principios aplicables a la actividad administrativa. La ley no predetermina la solución para el caso particular. Habilita varias alternativas posibles dentro del marco fijado, todas las cuales son válidas. Le corresponde a la Administración estimar cuál de éstas alternativas es la mas justa o apropiada para

satisfacer el interes público en el caso de que se trate".. (Luqui, Enrique R.: "Revisión de la actividad administrativa", T. I; pág. 192, Astrea; 2005; Bs.As.).

Tenemos presente que el derecho comparado presenta un caso en el que se falló en contra de quién pretendía se suspendan los fuegos artificiales en los festivales, me refiero al caso "Zammit Maempel c. Malta" del 22 de noviembre de 2011 del TEDH, pero el caso presenta una plataforma fáctica absolutamente distinta al presente, en donde incluso se resalto la política llevada adelante por el Estado Maltés para prevenir los daños, entre otras consideraciones del Tribunal.

Por otra parte, retomando el argumento central, no cabe dudas que tratándose de cuestiones de defensa de intereses colectivos, es el derecho administrativo local el que se presenta como el más idóneo para el control, y ello no solo para actividades que tienen algún tiempo ya en la costumbre sino también en las nuevas actividades riesgosas. Se ha sostenido "Ante este escenario, el derecho administrativo se convierte en una herramienta indispensable para que las administraciones nacionales o subnacionales formulen regulaciones acordes con el contexto de riesgo en las nuevas actividades humanas, fruto de esta revolución tecnológica que continuamente experimentamos, pues su aplicación se formula en una simbiosis entre la relación administración-ciudadano, planteando, en cabeza del Estado, la capacidad de organización de la sociedad a través de reglas de estímulo o de sanción sobre ciertas conductas que pueden crear riesgos" (Hugo Granja-Arce; Riesgos ambientales y principio de precaución: una perspectiva desde el derecho administrativo" en "Principio de precaución Desafíos y Escenarios de debate", AA.AA, Iván Vargas Chaves y Gloria Amparo Rodríguez Compiladores, Temis – Universidad del Rosario).

El argumento recursivo que afirma que la norma castiga al vendedor registrado y favorece a la venta clandestina, es un argumento de política, no jurídico, y que no puede sostenerse como argumento de inconstitucionalidad pues implica desde lo jurídico exigir el derecho a dañar porque otros lo hacen y ello es un argumento inadmisibles. Y por otra parte contiene una falacia, en tanto, no sólo esta norma municipal sino además la ley provincial de pirotecnia claramente prohíben no solamente la venta callejera, sino la venta de toda pirotecnia que incumpla con los recaudos legales.

Y lo aquí dicho es suficiente para dar respuesta al recurso, el que se ha centrado en cuestionar la prohibición de uso, y venta minorista de pirotecnia, y dado que la vigencia de los demás artículos, y prohibición de actividades, no han sido motivo de expresión de agravios con lo cual los actores han en ese punto consentido la sentencia de primera instancia, por lo cual no se entrará en otras consideraciones del decreto municipal.

6.- Por todo lo expuesto corresponde rechazar el recurso, con costas a los recurrentes vencidos, y que la suma fijada como honorarios lo es sin IVA .

A la cuestión planteada los Dres. Valentina Ramirez Amable y Virgilio Alejandro Galanti adhieren al voto que antecede por compartir en términos generales sus fundamentos.

Con lo que no siendo para más, se da por terminado el acto quedando acordada la siguiente sentencia:

Andrés Manuel Marfil

Valentina Ramirez Amable

Virgilio Alejandro Galanti

Ante mí:

Sandra Ciarrocca
Secretaria de Cámara

S E N T E N C I A :

Paraná, 20 de mayo de 2020.

Y V I S T O S :

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, se

R E S U E L V E :

1º) Rechazar el recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 01/03/2019, obrante a fs. 162/171, y confirmarla en cuanto ha sido materia de agravios.

2°) Imponer las costas a la recurrente vencida, -art.61 Ley de Procedimientos Constitucionales-.

3°) Regular los honorarios de Alzada a los Dres. Santiago José Halle, Walter Oscar Rolandelli, Francisco Avero y Guido Zuffiaurre, en las respectivas sumas de Pesos Treinta y Siete Mil Ochocientos (\$ 37.800,00), Dieciocho Mil (\$18.000,00), Dieciocho Mil (\$18.000,00) y Dieciocho Mil (\$18.000,00), arts. 3, 64 Ley 7046.

Regístrese, notifíquese conforme arts. 1 y 4 Acordada 15/18 SNE. Oportunamente, bajen.

Andrés Manuel Marfil

Valentina Ramirez Amable

Virgilio Alejandro Galanti

En igual fecha se registró. Conste.

Sandra Ciarrocca
Secretaria de Cámara

Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 7046, se transcriben los siguientes artículos:

Art. 28: NOTIFICACION DE TODA REGULACION.

Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art.114".-

Art. 114: PAGO DE HONORARIOS.

Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales y los convenidos por escrito, cuando sean exigibles, se abonarán dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más un interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que quede fijado definitivamente su instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres Jueces y Tribunales.-

*Sandra Ciarrocca
Secretaria de Cámara*