

Salta,

de mayo de 2015

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**CAPASSO, Francisco Pablo vs. MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE SALTA y POLICIA DE LA PROVINCIA DE SALTA - Amparo**", Expte. N° EXP 499.494/14 de esta Sala Tercera y, _____

_____ **C O N S I D E R A N D O** _____

_____ I) A fs. 2 se presenta el señor Francisco Pablo Capasso y deduce acción de amparo “para que de la justicia emane una disposición que nos proteja del uso indiscriminado de los fuegos artificiales y de las bombas de estruendo” (textual). _____

_____ En consideración que la acción deducida presentaba una insalvable oscuridad respecto al objeto de la acción y a los sujetos demandados, además de no cumplir con los requisitos que debe contener una demanda (artículo 320 del Código Procesal Civil y Comercial), el actor fue intimado a integrar su defensa con la intervención de un letrado a fin de garantizar su efectivo acceso a la justicia. _____

_____ A fs. 6/10 la señora Defensora Oficial Civil N° 5, en representación del actor, integra la acción de amparo. Relata que el objeto de la acción es lograr la protección de sus derechos individuales integrales, tales como el derecho a la salud, a la vida, protección del medio ambiente, derecho a la familia. A ello agrega que como ciudadano pretende el resguardo a los derechos de instituciones, hospitales, colegios, como así también de todos los animales y seres vivos que pueden ser objeto de daños irreversibles. Expresa que los afectados por el uso indiscriminado de pirotecnia son además de la sociedad en general, los jardines maternales, pre jardines, jardines de infantes, escuelas, colegios, clínicas y otros, respecto de los cuales solicita se evalúe integrar la litis. _____

_____ Relata que es una persona carente de recursos y en situación de calle, por lo cual el uso de pirotecnia le causa temor de que se produzca un daño a su salud, riesgo a su vida y la de las mascotas que viven con él, invocando su calidad de afectado en los términos del artículo 43 de la Constitución

Nacional. En cuanto a la parte accionada expresa que dirige su pretensión en contra la Municipalidad de la Ciudad de Salta y la Policía de la Provincia._____

_____ Afirma que los recaudos de procedencia de la acción de amparo se encuentran cumplidos ante la omisión del Estado de tratar seriamente la cuestión relativa a la pirotecnia y la inexistencia de otras vías idóneas._____

_____ Recuerda que es noticia cada año la existencia de accidentes por el uso indebido de los fuegos artificiales y que existen numerosos proyectos que fueron presentados tanto en la Provincia como en diferentes municipios del país tendentes a la prohibición del uso de la pirotecnia, destacando que en el Municipio Capital no existe legislación que trate la cuestión a excepción del artículo 38 de la Ordenanza N° 11.666 que establece que el uso de los artificios pirotécnicos se realizará siempre y cuando no perturben el orden público ni ocasionen molestias a terceros, disposición que -afirma- no se cumple._____

_____ Concluye solicitando la prohibición del uso de los fuegos artificiales, bombas de estruendos, globos aerostáticos y todo elemento pirotécnico que produzcan contaminación sonora y riesgo para la población. También, que se ordene el control y la sanción por el uso de dichos elementos, o que su manipulación la realice el órgano de aplicación con los debidos cuidados. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y pide la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 11.666 a excepción del artículo 38, y de todas la reglamentaciones modificatorias y de cualquier otra normativa que habilite el uso de pirotecnia dentro del éjido municipal. Ofrece prueba._____

_____ A fs. 17 el señor Juez de FERIA dispone el trámite del presente amparo.

_____ II) A fs. 57 se incorpora informe de la Municipalidad de la Ciudad de Salta. A fs. 66/68 obra informe ambiental de la licenciada Estela Viviana Giménez del Servicio Social del Poder Judicial; a fs. 73 se agrega informe del Presidente de la Cámara de Diputados, Dr. Manuel Santiago Godoy. A fs. 74 informe del Sanatorio El Carmen. A fs. 75 del Hospital Público Materno Infantil. A fs. 95/96 del Hogar Instituto de Rehabilitación Paralítico Cerebral. Finalmente, a fs. 100 consta informe del Hospital San Bernardo y a fs. 107/108 de la Directora General de Asuntos Administrativos de la Municipalidad

de la Ciudad de Salta. _____

_____ III) A fs. 110/113 dictamina el Sr. Procurador General de la Provincia, Dr. Pablo Lopez Viñals, quien califica a la acción planteada como un caso referido a supuestos de afectación de derechos naturalmente colectivos como el ambiente, y la seguridad y salubridad pública. Respecto al control de la representatividad adecuada pone de resalto que en la clase que postula patrocinar el actor difieren dos posiciones jurídicas activas, la de los usuarios de pirotecnia eventualmente afectados pero intermediando su voluntad o la de sus padres o tutores, y la de los terceros no usuarios pero alcanzados involuntariamente por sus efectos, así como la protección de animales, estimando que el actor no puede representar a los primeros, afirmando que la demanda introducida puede postularse sólo como típicas y usuales para los integrantes de la sub clase de individuos afectados no consumidores de pirotecnia y la protección de la fauna. En cuanto a las prueba ofrecidas y rendidas estima que el marco probatorio dado resulta por demás escaso e insuficiente exponiéndose la existencia de la problemática pero no sus caracteres y formas de abordaje del modo que exige un proceso judicial de interés público. Pone de manifiesto que los oficios requeridos por el actor obtuvieron por respuesta información sobre el marco jurídico vigente pero no sobre la situación respecto al nivel y regularidad de su cumplimiento, cuestionando también la pertinencia de la restante prueba producida. _____

_____ Respecto a la faz pasiva del litigio, sostiene que debería incluirse los proveedores legales de pirotecnia que verán afectadas sus legítimas fuentes de ingreso alcanzadas por la decisión de autos y así permitirles ejercer su derecho de defensa. _____

_____ Destaca otros inconvenientes de índole procesal tales como la vía empleada, y los pretendidos alcances que podría tener la demanda planteada. _

_____ Concluye que el proceso no puede prosperar en el actual estado de autos con la sola representación colectiva del Sr. Francisco Pablo Capasso, y que en caso que se estime procedente la vía de amparo, propone la articulación de medidas de saneamiento procesal respecto de las observaciones realizadas.

_____ IV) El actor pretende la prohibición del uso de fuegos artificiales,

bombas de estruendos, globos aerostáticos y todo elemento pirotécnico que produzca contaminación sonora y riesgo para la población, también el control y la sanción por el uso de dichos elementos, y por último pide la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 11.666 y de todas las reglamentaciones que habiliten el uso de pirotecnia dentro del éjido municipal.

_____ En ese contexto, debo advertir de manera liminar que la cuestión tuvo tratamiento legislativo en el año 2014. En efecto, a fs. 72 rola el proyecto de ley presentado por el diputado Guido Giacosa en fecha 13 de febrero de 2014 por el cual se pretende la prohibición en toda la Provincia de Salta, de la *fabricación, comercialización, expendio al público, tenencia, guarda, acopio, transporte, depósito, exhibición, venta o cualquier otra modalidad de comercialización mayorista o minorista de elementos de pirotecnia.* _____

_____ Si bien dicho proyecto de ley no ha sido aprobado, no escapa a la consideración del Proveyente que hay una preocupación sobre el tema, aun cuando hoy fuere minoritaria en el cuerpo legislativo y entiendo que el cauce adecuado para su tratamiento es precisamente en dicho órgano de gobierno, por la posibilidad de colectar todos los antecedentes que existen en la materia, máxime cuando se trata de una actividad muy emparentada con las costumbres ancestrales de nuestra sociedad y que se potencia en las festividades de fin de año. _____

_____ También, no puede negarse que la prohibición de uso de pirotecnia se hizo efectiva en ciudades y provincias argentinas, tal el caso de Neuquén, el del Municipio de Florencio Varela en la Provincia de Buenos Aires y de Carlos Paz y Arroyito (ciudad libre de pirotecnia, según reza la prohibición), de la Provincia de Córdoba, lo cual anticipa la necesidad de un debate amplio sobre la materia, que debe ser hecho con tiempo y participación de todos los sectores involucrados y no necesariamente cuando se aproximan las fiestas de Navidad y Año Nuevo. _____

_____ Formuladas tales consideraciones me adentraré al análisis del caso, en el orden de exposición que paso a formular. _____

_____ V) *Representatividad Adecuada*: Ya en el año 2.009 me pronuncié sobre la forma que debía darse a los procesos colectivos a fin de preservar las

garantías constitucionales de las partes intervinientes y de todos aquellos que resultarían alcanzados por los efectos de la sentencia. A partir del dictado del fallo en el caso “Halabi” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, senté criterio en el caso “Codelco” (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2009, fº 369/371) en cuanto al control de la representatividad adecuada de quienes se presentan en el proceso arrogándose la calidad de representar los derechos e intereses del grupo o clase. En tal ocasión expresé que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi” dijo que “La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357). En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige”. Dichos lineamientos no pueden soslayarse cuando quienes intervienen efectivamente en el proceso representan a un número indeterminado de individuos a quienes alcanzarán los efectos de la sentencia, motivo que obliga a extremar recaudos a fin de garantizar los derechos de quienes no participan en él, apreciándose -independientemente de la legitimación de los actores- la adecuada representación de la clase, obteniéndose así la mejor representación posible de sus intereses. Así, la Corte Suprema de Justicia en el citado fallo ha dicho que “debe resguardarse el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de

derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. En esta línea de pensamiento debe verificarse que el candidato a representante del grupo o categoría proteja adecuadamente los intereses del grupo en juicio. Este requisito es esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes, y por consiguiente, para que aquellos puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en dicho proceso (conf. Abraham Luis Vargas, *Legitimación activa en los procesos colectivos, Procesos Colectivos*, Editorial Rubinzal Culzoni, pág.240/241), máxime cuando no existen normas al respecto que permitan la opción de participar o no en el proceso a modo del sistema americano de *opt out*._____

También dije siguiendo a Owen Fiss que “el hecho verdaderamente perturbador es que se crea una situación en la cual puedo ser representado en procesos sobre los cuales nada sé, por alguien que no escogí y que ni siquiera conozco” (conf. Owen Fiss, *The Political Theory of the class action*, in *Washington and Lee Law Review*, ps. 21-31 (1996). Reviste vital importancia el análisis de la representación adecuada, puesto que mal puede responsabilizarse a quienes se encuentran ausentes en el proceso por la correcta o incorrecta defensa desplegada, dado que quien se postula como representante de la clase o grupo no ha sido por él elegido, es decir se excede la lógica del proceso tradicional, máxime en casos como el presente donde se representa derechos ajenos por tratarse, no ya de derechos de naturaleza indivisible, sino de invocadas afectaciones patrimoniales a los miembros de la clase”. (CApel. CC. Salta Sala III, Tomo 2.009: 369, *Codelco vs. Municipalidad de Salta*, Expte. nº 217.828/08 fallo de fecha 15/04/09)._____

_____ En esta línea de pensamiento debe verificarse que el candidato a representante del grupo o categoría proteja adecuadamente los intereses del grupo en juicio. Este requisito es esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes, y por consiguiente, para que aquéllos puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en dicho proceso._____

_____ Reviste vital importancia el análisis de la representación adecuada, puesto que mal puede responsabilizarse a quienes se encuentran ausentes en el

proceso por la correcta o incorrecta defensa desplegada, dado que quien se postula como representante de la clase o grupo no ha sido por él elegido, es decir se excede la lógica del proceso tradicional. _____

_____ En cuanto a los parámetros de control de la representatividad adecuada comparto la posición doctrinaria que estima que dicho control integra el derecho de defensa en juicio de los miembros del grupo o clase que se encuentran ausentes en el proceso, quienes han manifestado que “Los procesos colectivos son una garantía constitucional en la República Argentina. La Constitución Nacional receptó las legitimaciones colectivas, y por tanto, implícitamente, receptó también la cosa juzgada expansiva (afirmamos esto ya que si los efectos de la sentencia no adquieren calidad de cosa juzgada para todos los miembros del grupo afectado, hablar de legitimación colectiva sería un eufemismo). No obstante, tal garantía constitucional no se encuentra aislada, y por tanto debe compatibilizarse con otras. Especialmente, con la de debido proceso legal de los miembros del grupo representado. Teniendo en cuenta el alto sacrificio que implican los procesos colectivos para la autonomía individual de las personas afectadas, y considerando que la presencia de tales personas en el marco del debate atentaría contra la razón misma de establecer este tipo de mecanismos de discusión, la única forma de compatibilizar la existencia de un sistema procesal colectivo con la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo es el ejercicio de un estricto control de parte del juez respecto de la calidad de quien asume su representación (parte y abogados, claro está). *En este marco, y por más que no exista regulación positiva al respecto, la necesidad de que el juez controle que el representante y sus abogados ejercerán una vigorosa defensa del grupo configura una verdadera y propia exigencia constitucional.* Sólo de tal modo puede justificarse la litigación colectiva del conflicto a la luz de la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo. Y a dicha exigencia no escapan, aun admitiendo algunos matices diferenciales, las entidades intermedias ni los organismos públicos. Es que la posibilidad de que estos actores sociales defiendan adecuadamente los intereses de la clase siempre dependerá del contexto en el cual pretendan ejercer su legitimación

colectiva. En "Halabi" la mayoría de la Corte Suprema estableció un verdadero hito al exigir el control de la calidad del representante y considerar este requisito como una de las "pautas adjetivas mínimas" que deben reunir los procesos colectivos. No obstante, creemos que debe seguirse avanzando en la discusión para obtener estándares claros que permitan a los operadores del sistema actual con mayor seguridad en esta arena, ya que los utilizados en el fallo en comentario no resultan idóneos para lograr el resultado que persiguen" (Oteiza-Verbic, *La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo "Halabi"?*, SJA 10/3/2010, Lexis N° 0003/014882)._____

_____ En tanto dichos parámetros no cuentan con recepción legislativa, estimo que el escrutinio debe ser en extremo prudente pues se actúa en defensa de ausentes, pero no puede convertirse en un obstáculo al ejercicio del derecho de acción cuando -al respecto- la mora del legislador continúa presente._____

_____ En el ya citado precedente CODELCO del año 2009 di intervención al Procurador de la Provincia de Salta a vez a fin de generar su intervención como eje del control de representatividad adecuada, en tanto su intervención no sólo es en calidad de legitimado extraordinario directo o subsidiario, sino también como fiscal de la ley y garante del orden público. Este mismo criterio sostuve en los precedentes "Castillo" (CApel. C.C. Salta, Sala III, t. 2012, f° 110/132), "Fundación Ambiental Global" Expte. N° CAM 436.394/13 (providencia de fecha 14/06/2013), "Defensor del Pueblo de la Ciudad de Salta" Expte. N° CAM 437506/13 (providencia de fecha 27/06/2013), y "Codelco" Expte. N° CAM 437696/13 (providencia de fecha 01/07/2013), entre otros._____

_____ VI) *El caso*: Tal como surge de las constancias de autos, deducida la demanda, adopté las medidas de saneamiento necesarias para permitir que el reclamo del actor tuviese un real acceso a la justicia, intentando subsanar las evidentes y serias deficiencias que el escrito de fs. 2 tiene. En efecto la presentación de fs. 2 relata una problemática, que a criterio del presentante merece protección jurisdiccional pero sin dar cumplimiento en modo alguno a

los recaudos enumerados en los seis incisos del artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial._____

_____ Luego, la integración de la demanda realizada por la señora Defensora Oficial operó adecuadamente en la faz técnica de la conformación de la defensa de la parte actora, pero sin lograr subsanar lo que hace a la adecuada representación que el legitimado extraordinario -el señor Capasso presentado en su carácter de afectado- debe ejercer respecto de los ausentes._____

_____ En efecto, y tal como lo señala el dictamen del señor Procurador General de la Provincia, el actor no concreta o define al grupo al que representa, cuestión que no puede ser subsanada por el Suscripto en tanto importaría modificar la pretensión deducida. Tampoco se ha trabado correctamente la litis en la faz pasiva, ya que la demanda debió plantearse con relación a todos los sujetos que podrían ver afectados sus derechos por los efectos de la sentencia a dictarse, cuestión que obsta al dictado de una sentencia válida._____

_____ La prueba ofrecida y producida muestra también la falta de idoneidad del pretendido representante, ya que ninguna ofreció al presentarse (fs. 2) y la propuesta a fs. 9 vta./10 tampoco logra suplir esa falencia en relación a la pretensión que se deduce._____

_____ El cuestionamiento referido a la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 11.666 es genérico y no puntualiza, ni individualiza, qué parte de su texto -en su criterio- repugna a la Constitución, y en su caso a qué artículo de la Carta Magna Nacional o de la Provincia es al que se opone, incumpliendo así los requisitos que la jurisprudencia ha impuesto para la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad por la vía del amparo. La Corte de Justicia de Salta ha dicho que “el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de que manera ésta contradice a la Constitución y le causa de ese modo un gravamen. Para ello es menester que precise y acredite fehacientemente, en los autos, el perjuicio concreto que le origina la aplicación de la disposición” (CJS, 84: 633/658; 86: 401/418; 86: 401/4189; 97: 193/204)._____

_____ La Corte local ha dicho repetidamente que la viabilidad del amparo

requiere no sólo la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, sino también que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (Tomo 61:917; 64: 137; 67:481; 83:835, entre otros). De igual modo, ha señalado que los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo trámite del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios (CJS Tomo 55:13; 73:121; 83:835, entre otros), ya que un ensanchamiento indebido de su cauce provocaría sin dudas su deformación, con el consecuente menoscabo –por la cognición limitada de su trámite- del principio del debido proceso, y el descalabro de todo el mecanismo jurisdiccional (cfr. esta Corte, Tomo 45:821; 55:89; 65:257; 93:587, entre otros). (...) Conforme lo ha sostenido el Tribunal, los jueces no están facultados para sustituir los trámites que correspondan por otros que se consideren más convenientes y expeditivos. La acción de amparo no altera el juego de las instituciones vigentes, ni autoriza a extender la jurisdicción acordada a los magistrados por la Constitución y las leyes; de lo contrario y siendo que todo derecho posee fundamentación constitucional (artículo 31 de la Constitución Nacional), correspondería derogar lisa y llanamente toda legislación procesal vigente y tramitar cualquier cuestión por la vía del amparo, en razón de que siempre se hallaría en discusión algún derecho que necesariamente tiene raigambre constitucional (cfr. esta Corte, Tomo 64:535; 66:643; 73:267; 76:1085, entre muchos otros).

_____ Las deficiencias marcadas deben ser controladas de oficio por el órgano jurisdiccional durante todo el proceso colectivo (cf. Giannini, *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*, en Oteiza (coord), *Procesos Colectivos*, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 188; Salgado, *Tutela Individual Homogénea*, Ed. Astrea, pág. 255), tomándose para ello como parámetro las pautas que el artículo 2, parte 2ª del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica tales como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y

extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; y la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. _____

_____ La legitimación y la representatividad adecuada deben ser controladas -como sucede en todo proceso- en el inicio, a los fines que el juez pueda indicar los defectos u omisiones y disponer que se subsanen deficiencias o se acrediten los extremos vinculados a la legitimación y la representatividad. Si quien se presenta carece de legitimación o representatividad, la posibilidad del rechazo in limine debe compatibilizarse no sólo con el deber de disponer un despacho saneador sino también con el de ordenar la citación de otros legitimados para que asuman la titularidad de la acción (Falcón, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. VI, de. Rubinzal Culzoni). _____

_____ En este proceso -tal como se puso de resalto- y como primer providencia hice uso de las facultades saneadoras que, como magistrado poseo, a fin de lograr que el actor tuviese un real acceso a la justicia con los alcances que debe tener (v. fs. 3), calificando a fs. 11 a la presente acción como amparo colectivo disponiendo la temprana intervención del señor Procurador General de la Provincial a fin de que se dictaminara sobre la representatividad adecuada del actor, todo ello a fin de lograr la traba de la litis en condiciones tales que permitiesen el dictado de una sentencia útil. Ahora bien, detectadas las falencias que se han puesto de resalto en el dictamen fiscal, obsta a hacer uso una vez más de las facultades saneadoras la falta de utilidad que las mismas pueden tener sobre el resultado del proceso. Me explico, si bien a fs. 11 expresamente imprimí trámite colectivo a este proceso, el magistrado interviniente en el período de feria judicial dio curso a este amparo como si fuese un proceso individual (v. fs. 17), soslayando a la vista al Ministerio Público Fiscal que se encontraba pendiente (v. fs. 14), requiriendo de las accionadas la presentación del informe circunstanciado previsto por el artículo 87 de la Constitución de la Provincia, lo que produjo finalmente la traba de la litis en los términos en que fue planteada la demanda. Dicha circunstancia, en un sistema preclusivo como el que rige el proceso en

nuestra Provincia, torna inútil la integración de la litis con otro legitimado extraordinario, ya que en nada podría modificarse su traba con posterioridad a la contestación de la demanda de los accionados, imponiéndose entonces -a los fines de resguardar los derechos de los sujetos que podrían verse alcanzados por la sentencia a dictarse- desestimar la demanda por falta de representatividad adecuada del señor Francisco Pablo Capasso, dejándose a salvo la posibilidad de que otros legitimados extraordinarios puedan iniciar un nuevo proceso colectivo manteniendo incólume su derecho de acceso a la jurisdicción._____

_____ Por ello,_____

_____ **F A L L O** _____

_____ I) **DESESTIMANDO** la demanda planteada a fs. 2 y 6/10 de autos, por falta de representatividad adecuada del señor Francisco Pablo Capasso en virtud de los argumentos dispuestos en los Considerandos. Sin costas._____

_____ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **ARCHÍVESE**._____