

Expte. N° 13-04038905-3 carat. “DI PAOLA GUSTAVO RAFAEL C/MUNICIPALIDAD DE GODOY CRUZ P/AC. INC.”

Sala Primera

Excma. S.C.J.Mza.:

Vienen los presentes autos a despacho para dictaminar sobre la vista notificada a fs. 561 vta. respecto de la acción de inconstitucionalidad que tramita en autos.

#### I.- Antecedentes

##### 1. La demanda

A fs. 76/97 vta. se presenta GUSTAVGO RAFAEL DI PAOLA por medio de apoderado y plantea la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 1; 3; 4; 5; 25 y 27 de la Ordenanza del Municipio de Godoy Cruz 6588/16 por la cual se prohibió en todo el territorio de dicho Departamento la exhibición de animales domésticos o silvestres, autóctonos o exóticos de cualquier especie, sexo o edad, con fines de compraventa u ofrecimiento a título oneroso o gratuito en forma permanente o temporal; lo que aplica a la exhibición en vidrieras, jaulas o análogos en comercios de cualquier tipo, ferias, mercados, espacio o vía pública (art. 1° ordenanza 6588/16); lo que implica que la venta de esos animales sólo podría llevarse a cabo vía catálogo, para lo cual no sería menester montar un local; lo que se concreta en el artículo 5° de la ordenanza.

Ello, por considerar la normativa municipal irrazonable al lesionar el derecho a ejercer el libre comercio y anular el contenido de la habilitación concedida oportunamente, como así también el derecho a la autodeterminación personal, el derecho de propiedad y el principio de supremacía legal.

Asimismo cuestiona el art. 4 del mismo cuerpo normativo que excluye de la prohibición a los animales dados por las campañas de adopción promovidas, realizadas y/o autorizadas por organismos gubernamentales o por entidades protectoras de animales, previa autorización del municipio y a comercios de aves canoras u ornato que no se encuentren en centros comerciales cerrados; lo que constituye una grave discriminación.

A su vez pone en crisis el art. 25 que crea la autoridad de aplicación de la ordenanza con facultades sancionatorias, con lo cual se crea un estado policía dedicado a la persecución de los negocios de venta de animales públicos.

Finalmente, también cuestiona el art. 27 que les otorgaba un plazo de 90 días a los negocios ya autorizados para adecuarse a la nueva normativa.

Desde el punto de vista formal consigna que la ordenanza cuestionada fue dictada sin la previa consulta a los ciudadanos interesados a través de la realización de una audiencia pública, violentando el principio de publicidad de los actos de gobierno (arts. 1; 33; 41 y 42 C.N.) y con ello impidiéndole exponer sobre las consecuencias que la normativa en cuestión aparejaría, tanto en cuanto a los costos sociales como a los supuestos beneficios de la misma.

Desde lo sustancial tacha a las normas de irrazonables por la falta de fundamentos reales sobre el supuesto maltrato o crueldad contra los animales contemplados en normativa nacional (ley 14346); como así también a su derecho de ejercer actividad lícita bajo condiciones de libertad y conforme a las reglamentaciones (art. 14 C.N.), el principio de reserva (art. 19 C.N.), el derecho de propiedad (art. 17 C.N.) y de supremacía de la Constitución Nacional (art. 31 C.N.), conforme a las razones que en cada caso expone.

Ofrece pruebas, hace reserva del caso federal y solicita la medida cautelar de no innovar hasta tanto se resuelva la presente causa, la que fue admitida por V.E. en el auto de fs. 119/122 vta.

## 2. La contestación de la Municipalidad de Godoy Cruz y de la Fiscalía de Estado

A fs. 128/142 vta. el letrado de la Municipalidad plantea en primer término da cuenta de la imprecisión del planteo, consignando que de parte de su mandante no ha habido una prohibición al derecho de comerciar libremente, sino tan solo la reglamentación del mismo en lo que atañe a la venta de animales en el éjido municipal, todo lo cual lo sustenta en “la moral, buenas costumbres y preservación del patrimonio cultural”; todo ello dentro de un marco de razonabilidad que la sitúa dentro de los márgenes constitucionales que les compete a las municipalidades en lo atinen-

te a la reglamentación del ejercicio del comercio. Destacando, además, que la habilitación anterior no empece a su necesaria adecuación si fuera menester.

Ya en el rebate en particular a los planteos del actor, desestima que la intención de la normativa denunciada apunte a estimular la adopción de animales mestizos en detrimento de los de raza; insistiendo en que se trata de una reglamentación (al igual que la de la venta de bebidas alcohólicas, de cigarrillos, de explotación de locales nocturnos, etc.) razonable, imponiendo restricciones legítimas en la comercialización de animales y cuya finalidad no es otra que la concerniente a la preservación de la integridad física y psíquica de los mismos, ya que las limitaciones impuestas se sustentan en razones de policía de seguridad a que no se efectúe en determinadas formas o modos como en el caso sería la exhibición y exposición a los gritos y ruidos propios del lugar de emplazamiento del comercio generando miedo, angustias y estrés en su ser, sin ninguna otra finalidad que la comercial.

Por otra parte pone de manifiesto que la ordenanza en cuestión se inserta en la política municipal de que vela y trabaja incansablemente por los derechos de los animales o mejor dicho, por aquellas personas no humanas que sienten, sufren y quieren, cuya protección y respeto hoy forma parte inescindible del concepto moral de la sociedad en que vivimos.

Asimismo resalta que la ordenanza 6588/16 solo impone limitaciones a la venta de animales, pero no la comercialización misma, destacando que el accionante no ha demostrado una lesión actual y futura que atente contra su interés jurídico, por lo que su planteo es abstracto; a más de que se sustenta en doctrina y jurisprudencia que reconoce a los animales no ya el carácter de “cosas semovientes” sino el de “personas no humanas” ubicándolos en el pedestal de sujetos de derecho, poniendo en debate la constitucionalidad de aquellas normas del ordenamiento legal positivo vigente que cosifican al animal.

Para, por último, recordar que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es el último remedio o instancia institucional a que solo se puede acudir como última ratio en virtud de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos.

Ofrece prueba, funda en derecho y pide se notifique a Fiscalía de Estado.

Precisamente a fs. 145/147 contesta la demanda Fiscalía de Estado, la cual solicita el rechazo formal de la misma en razón de su extemporaneidad; sosteniendo asimismo en subsidio el rechazo sustancial en orden a las razones expuestas por la Municipalidad demandada en su responde.

### 3. Las etapas de pruebas y alegatos

Tras el rechazo de V.E. al planteo del actor para que se permita la intervención de terceros en el proceso (actuaciones de fs. 153 a 168), las partes ofrecieron pruebas, respecto de lo cual se dictó el auto de fs. 180/183 vta. procediéndose a su producción en los términos allí establecidos, en razón de haber sido desestimado un recurso de reposición de la demandada contra el mismo (cfr. auto de fs. 256/260 vta.).

En esa instancia solicitó su intervención en carácter de “amicus curiae” la Asociación Reencuentro por la Vida Animal (A.SO.RE.VA.), la que fue admitida mediante auto de fs. 536/540; presentando su dictamen a fs. 541/544.

A fs. 247/251 lucen los respectivos testimonios de Fabio Ibáñez y de Sergio Zuquetti y a fs. 255/257 la de Sergio Cattaneo, quien es tachado por la accionada a fs. 256/257. A fs. 288/292; 296/302; 305/306; 318/323; 352/353; 365/366; 393/397; 430/432 y 457/509 obran los respectivos informes de: Municipalidad de Capital, Municipalidad de Guaymallén, Colegio de Veterinarios, Municipalidad de Maipú, SENASA, Municipalidad de Las Heras, Decano de la Facultad de Ciencias Veterinarias de la Universidad Masa, CONICET y Municipalidad de Godoy Cruz.

Asimismo a fs. 442/446 luce el informe pericial practicado por la Médica Veterinaria Cristina Fernanda Silvestri, el que no mereció observaciones de las partes.

A fs. 516 se pusieron los autos a la oficina para alegar, luciendo los de la Municipalidad de Godoy Cruz a fs. 353/557 vta. y los de Fiscalía de Estado a fs. 559/560, sin que lo hiciera el actor, conforme a las constancias de fs. 516 vta. y siguientes.

## II.- Algunas consideraciones sobre la acción de inconstitucionalidad del art. 223 C.P.C. (hoy 227 C.P.C.C. y T.) y su aplicación al subexámene

Como he reseñado en oportunidades anteriores y conforme lo refieren los comentarios al art. 223 C.P.C. (hoy 227 C.P.C.C. y T.), esta acción o demanda sirve para atacar leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones, etc., emanados de autoridades locales, por ser contrarios a la constitución nacional o provincial (Kemelmajer de Carlucci Aída Rosa, Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, Martín Fierro Impresores 1991, pg. 20, citada en Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza comentado, anotado y concordado, coord. Horacio C. Giannela, T. 2, pg. 504).

Acción que, conforme expresa Quevedo de Mendoza, ha sido calificada por la doctrina como declarativa, en cuanto a través de ella la jurisdicción se limita a brindar la certeza a los alcances que una norma jurídica imprime a una relación concreta, siempre que medie una falta de certeza proveniente de la pretensión de uno de los sujetos de esa relación, de que dicha norma sea contraria a la constitución. Aunque el mismo autor señala que, al ser requisito de la fundamentación de la demanda la “existencia de lesión actual”, en determinadas condiciones la acción de inconstitucionalidad adquiere el carácter de una acción de condena (Quevedo Mendoza Efraín, La acción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, JA 2002-II-1188; op. Cit. Pg. 505), lo que, de todos modos no ha sido receptado por la S.C.J.Mza. en diversos pronunciamientos.

En cuanto al objeto, se ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad no es idónea para que los administrados cuestionen la validez de resoluciones administrativas que deciden casos particulares (normas individuales o de alcance singular); ya que, por vía de esta acción se impugnan actos estatales normativos o de alcance general. Distinguiéndose el supuesto de acción de inconstitucionalidad del de la acción contencioso administrativa, a la cual se reservan los planteos donde se discute sobre la vulneración de un derecho administrativo de carácter particular (op. Cit. Pg. 509 y nota 1278). No obstante lo cual, en la acción que nos ocupa, de todas maneras, quien la incoa debe ostentar un interés legítimo, económico o moral, jurídicamente protegido y actual.

## III.- Consideraciones

1. Así entonces se advierte que conforme ha sido plan

teada la Litis, la actora ha logrado incardinar la pretensión en los términos de la norma en examen, en tanto y en cuanto ha acreditado los requisitos que surgen de la misma conforme a la prestigiosa doctrina mencionada más arriba; en razón de que pone en crisis la validez constitucional de una ordenanza municipal de alcance general que establece la prohibición de la exhibición de animales para la venta en “A) Vidrieras, jaulas o análogos en comercios de cualquier tipo; B) Ferias o mercados y C) Espacio o vía pública”; prohibición que no solo afecta al aquí actor –el cual ha probado su interés jurídico-, sino que también es extensible a otros sujetos o establecimientos comerciales que se encontrarían en igualdad de condiciones que aquél.

2. No obstante se advierte que la prohibición infrascripta no puede analizarse solo desde el punto de vista del “comercio”, o en todo caso de las normas constitucionales que garantizan su libre ejercicio, como así también el derecho de propiedad y el de ejercer toda industria lícita (aunque se encuentre reglamentada por normas nacionales y provinciales); sino que también entran en juego otros principios y derechos de rango superior que confrontan en el caso concreto con aquéllos, por lo cual se hace menester cotejarlos para establecer en la medida de lo posible si existe un orden jerárquico entre los mismos, o no; tales como la protección y bienestar de los animales, que se verían afectados a partir de las modalidades de exhibición para su venta, que, al decir del municipio, han sido reglamentadas y no prohibidas por la Ordenanza 6588/16.

Y en ese orden de ideas la primera cuestión a evaluar es si formalmente la Municipalidad de Godoy Cruz está facultada para legislar sobre las materias referidas.

Al respecto y como ya fue expuesto en el dictamen producido en el marco de los autos N° 13-04283853-9 carat. “SAUDA S.R.L. C/MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ P/ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD” del 6 de mayo de 2019 (sobre cuyos lineamientos seguirá este dictamen), ante el planteo de inconstitucionalidad de una norma de similar contenido a la aquí cuestionada (Decreto Municipal 1175/17), considera este Ministerio Público Fiscal que sin perjuicio de lo establecido por la ley nacional de protección animal 14346 que data de noviembre de 1954, la posibilidad de que el Municipio reglamente la misma tomando como marco las normas superiores referidas, es constitucionalmente posible desde el momento en que los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional y 197 de la Constitución Provincial le garantizan el efectivo ejercicio del poder de policía en las materias en trato (Art. 80 L.O.M.); ya que, en todo caso, las referidas disposiciones constituyen el mínimo o piso del marco regulatorio de manera uniforme y común para todo el territorio nacional o en

su caso provincial; pudiendo imponer el municipio mayores exigencias o recaudos en su propio ámbito territorial.

3. Ahora bien, dejada a salvo la facultad municipal de legislar sobre cuestiones de salubridad y ambiente en su ámbito territorial, la pregunta que surge es si en el caso concreto, la ordenanza de marras avasalla normas constitucionales del orden nacional y/o provincial y por ende puede calificarse de arbitrario.

Sobre lo propio, conforme lo determina el art. 14 de la Carta Magna Argentina los derechos y garantías allí consagrados se ejercen “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”, lo que implica, al decir de Gelli que no hay derechos absolutos en su ejercicio y que solo la ley puede reglamentarlos (Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Tercera edición ampliada y actualizada, ed. La Ley, Bs. As. 2006, pg. 76 y ss.). Conceptos que se correlacionan con lo que establece el art. 28 del mismo cuerpo legal en lo referente a que la mentada reglamentación no puede alterarlos de modo tal que quedan delimitadas las competencias del Congreso en la función reglamentaria que le asigna el art. 14 –ya mencionado-.

Es precisamente de la conjunción de ambas normas que la doctrina ha elaborado el concepto de razonabilidad o debido proceso sustantivo como límite objetivo al poder estatal, el cual alcanza no solo a Congreso sino que también le es aplicable a todos los poderes del Estado y sus funcionarios, en tanto y en cuanto están obligados por el principio de limitación. Por ello, continúa diciendo Gelli, tal limitación alcanza al Poder Legislativo cuando dicta normas generales; al Poder Ejecutivo cuando las reglamenta y aplica, en la interpretación no arbitraria de aquellas; y al Poder Judicial cuando resuelve conflictos en los casos concretos (Gelli, op. Cit. pg. 326).

Y en esa misma línea da cuenta la autora citada que la Corte Suprema ha elaborado desde antiguo pautas de razonabilidad para examinar la constitucionalidad en ejercicio del poder de policía, dejando a salvo la falta de atribuciones para analizar la *conveniencia, oportunidad o eficacia* de las normas, pues esa es una atribución propia de los poderes políticos, conceptos de los cuales el cimero tribunal ha trazado la frontera de las cuestiones políticas no judiciales (op. Cit. pg. 328). En este sentido, ha dicho la Corte en el marco de los autos "Thomas, Enrique c/ E. N.A. s/ amparo" que ese tribunal ha destacado con señera precisión que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes, reconociéndose el cúmulo de fa-

cultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público (Fallos: 15 5: 248 ; 241:291, votos de los jueces Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte; 272:231; 308:2268, entre otros).

Así entonces, en el subexámine, se avizora que la Municipalidad de Godoy Cruz a través de la Ordenanza 6588/16 ha establecido restricciones para la comercialización de animales en consideración a sus condiciones de bienestar y sanidad y que su adquisición se realice de manera reflexiva imponiendo limitaciones a su exhibición, aparecen como necesarias y convenientes a tenor de lo expuesto por el Decano de la Facultad de Veterinaria de la Universidad Juan Agustín Maza en cuanto a que los animales destinados a la venta en pets shop sufren por lo general situación de estrés y falta de bienestar debido mayormente a la iluminación y temperatura incorrectas, alteración de los ritmos cardíacos, sobreexposición a ruidos y otros sufrimientos propios de los lugares donde son ubicados; lo cual a su vez se correlaciona con lo informado por la perito veterinaria, quien tras enunciar las condiciones de bienestar animal (conforme a pautas universalmente establecidas), da cuenta que en los pets shop o comercio de venta de animales, no se cumplen, en casi su totalidad, ninguna de ellas, y por lo tanto aquéllos experimentan falta de bienestar. A todo lo cual ha de prestarse debida atención en razón del reconocimiento a nivel nacional e internacional que distintas normativas y/o convenciones han reconocido a favor de los animales que son traídas a colación por el “amicus curiae” admitido por V.E. en su dictamen de fs. 541/544, que da cuenta que los animales (domésticos o no) si bien no gozan de derechos civiles, “son seres sintientes y debe garantizárseles su bienestar en sentido amplio, protegerse sus derechos fundamentales, como así también protegerse sus intereses básicos; el cual, en virtud de ello concluye que los lugares en donde se los coloca y exhibe para su comercialización son antinaturales e inadecuados, ya que se los priva del aire y luz natural, lo que pone en riesgo su salud física y psíquica.

Y desde ese punto de vista, la normativa cuestionada no hace otra cosa que reglamentar de un modo específico la situación infrascripta, procurando asegurar el “bienestar animal”, el que, como consignara supra, tiene reconocimiento legal en la órbita local como internacional; por lo cual, tampoco es arbitraria como pretende hacerlo ver el actor, a tenor de las consideraciones vertidas más arriba sobre los requerimientos constitucionales para que lo propio acaezca. A lo que no empece la vigencia de una habilitación comercial al tiempo de la sanción de la ordenanza que permitía ese tipo de modalidad, ya que siempre el municipio tiene la facultad de estable-

cer reglamentaciones en el ejercicio del poder de policía que mejore las condiciones de salubridad e higiene, sin que a la misma puedan oponerse autorizaciones previas sustentadas en ordenanzas anteriores, si las posteriores contribuyen de un mejor modo al logro de su cometido, siempre que no aparezcan como irrazonables (lo que ya ha sido descartado) o discriminatorias. En ese orden y en donde se discutía la validez constitucional de una ordenanza que modificaba las condiciones de venta de alcohol en las estaciones de servicios, prohibiéndolas, V.E. dijo que “Los derechos otorgados no resultan irrevocablemente adquiridos y en la colisión de derechos no aparece irrazonable la prohibición de la venta dentro de una estación de servicio, pues no se muestra manifiestamente inidónea para la consecución del fin, ni tampoco arbitraria. La normativa impugnada constituye una manifestación válida del poder de policía municipal, por lo que no resulta ilegítimo someter la habilitación como Autoservicio y Sandwichería (accesoria a la principal) a nuevos condicionamientos, pues los derechos reconocidos están sometidos a las reglamentaciones y limitaciones que en aras del bien común puede imponer el Municipio, por lo que no se advierte violación alguna a la libertad de trabajo y/o al ejercicio del comercio” S.C.J.Mza. Sala Primera, 12-2-2010, expte. 80501 “DALTRE S.R.L. C/MUNICIPALIDAD DE SAN RAFAEL S/ACC. INC.”).

4. Por último, cuadra recordar una vez más que, como ha sido dicho desde antiguo en forma pacífica por los tribunales superiores del país y de la provincia, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última ratio del ordenamiento jurídico (C.S.J.N. Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708 y 324:920, entre otros, *vid.* Cfr. Tab. SC, LS 243-375; 249-471; 258-420; 299-363; 322-135; 330-157 y 340-012); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto, conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923; 321:441)...”; el cual, en el subexámine, atento a las razones expuestas, no acontece.

### III.- Nuestro dictamen

Por consiguiente y en función de los fundamentos expuestos considera esta Procuración General que la acción de inconstitucionalidad incoada por Gustavo Rafael Di Paola en contra de la Ordenanza 6588/16, en particular los arts. 1; 3; 4; 5; 25 y 27 de la Municipalidad de Godoy Cruz, no resulta fundada en lo sustancial y por tanto, si V.E. comparte las razones expuestas, corresponde rechazarla.

Despacho, 02 de setiembre de 2020.-



Dr. HECTOR FRAGAPANE  
Fiscal Adjunto Civil  
Procuración General

